

Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 30

Volker Rieble und Clemens Latzel

Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien

Am Beispiel der Leiharbeit



ZAAR Verlag München 2012

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publi-
kation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2012 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-24-4

Vorwort

Mindestlöhne können staatlich festgesetzt werden durch Allgemeinverbindlicherklärung oder nach dem MiArbG – doch das gelingt nicht überall. Deshalb setzt der Staat seine Marktmacht ein, um dort, wo er private Unternehmen beauftragt oder konzessioniert, deren Verpflichtung zur Gewährung bestimmter Arbeitsbedingungen durch vertragliche Vereinbarung zu erzeugen. Diese Flucht aus der hoheitlichen in die private Regelsetzung hatte das BVerfG in seiner Tariftreue-Entscheidung zwar gebilligt – doch der EuGH kurz darauf in der *Rüffert*-Entscheidung beanstandet. Solche Peinlichkeit vermeidet das BVerfG (4.10.2011 – 1 BvL 3/08 – NJW 2012, 45) inzwischen durch einen Vorrang der Vorlage an den EuGH.

Die Länder suchen freilich nach Auswegen, um ihrem Staatswillen zu »sozialen Arbeitsbedingungen« Rechnung zu tragen. Der jüngste Versuch nutzt die Wirtschaftsförderung und will Unternehmen, die »unerwünschte« soziale Verhaltensweisen an den Tag legen – insbesondere Leiharbeitsunternehmen beauftragen – von staatlichen Beihilfen ausschließen. Daneben sollen Landesvergabegesetze die nach der *Rüffert*-Entscheidung noch verbleibenden »Spielräume« nutzen, um bestimmte Mindestarbeitsbedingungen im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe auf privatrechtlichem Wege zu verordnen.

Ob das geht, ist die Frage, vor allem vor dem Hintergrund der Leiharbeitsrichtlinie, die das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit aus Art. 16 der EU-Grundrechtecharta zu einem »Grundrecht auf Leiharbeit« ausformuliert hat. Unsere Erwägungen fußen auf einem überarbeiteten Gutachten für den Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. (BAP). Wir veröffentlichen das Gutachten, weil insbesondere die Rechtsfragen der selektiven Wirtschaftsförderung bislang kaum diskutiert werden.

München im Juli 2012

Volker Rieble und Clemens Latzel

Inhaltsverzeichnis	Seite
Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	13
 § 1 Wirtschaftsförderung als Gestaltungsinstrument	 17
A. Ziele und Instrumente der Wirtschaftsförderung	17
B. Sozialpolitik durch Wirtschaftsförderung	19
C. Insbesondere: Einschränkung von Leiharbeit	20
I. Leiharbeitsquoten in Förderrichtlinien der Länder	20
II. Sonstiger Ausschluß von Leiharbeit in Förderrichtlinien der Länder	21
III. Leiharbeit als Kriterium bei der Vergabe öffentlicher Aufträge	24
1. Unmittelbare Vergabebeschränkungen	24
2. Mittelbare Vergabebeschränkungen	24
a) Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen	24
b) Landestariftreuegesetz Baden-Württemberg	25
 § 2 Staatliche Beihilfen nach sozialen Kriterien	 29
A. Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach sozialen Kriterien mit dem Unionsrecht	29
I. Unionsrechtliche Vorgaben für staatliche Beihilfen	29
1. Primärrechtliche Vorgaben	29
a) Anwendungsbereich des europäischen Beihilfenrechts	29
b) Zulässigkeit und Kontrolle von Beihilfen	30
2. Sekundärrechtliche Vorgaben	31

a) <i>De-minimis</i> -Verordnung	31
b) Verordnung für regionale Investitionsbeihilfen	31
c) Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung	32
aa) Geltungsbereich	32
bb) Anreizerfordernis	33
cc) Einstellung benachteiligter Arbeitnehmer	33
dd) Regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen	35
ee) Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen für KMU	36
3. Leitlinien und Mitteilungen der Kommission	36
a) Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007-2013	37
b) Kommissionsmitteilung zur Förderung großer Investitionsvorhaben	37
c) Kommissionsmitteilung zur Bewertung staatlicher Beihilfen für benachteiligte und behinderte Arbeitnehmer	38
4. Maßgeblichkeit sonstigen Unionsrechts	39
a) Verhältnismäßigkeitsprinzip	40
b) Einheit und praktische Wirksamkeit des Unionsrechts	41
c) Grundrechte	42
II. Vereinbarkeit sozialer Beihilfenkriterien mit dem Beihilfenrecht	43
1. Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen	43
2. Schaffung und Besetzung neuer Arbeitsplätze	44
3. Zulässige Anforderungen an förderfähige Arbeitsplätze	44
a) Kein Primat des »Normalarbeitsverhältnisses«	44
aa) Jährliche Arbeitseinheiten als Rechengröße	45
bb) Gleichbehandlung aller Beschäftigungsformen	45
b) Förderfähigkeit befristet Beschäftigter und Leiharbeiter	47
aa) Erstattungsfähige »Lohnkosten«	48
bb) Maßgeblichkeit materieller Personalkosten	48
cc) Mögliche Einschränkung für überschüssiges Überlassungsentgelt	49
dd) Keine »Überförderung«, keine »Doppelförderung«	49
ee) Den Förderungszielen dienlich	50
4. Berücksichtigung sonstiger Unternehmensmerkmale	50
a) Beihilfenrechtliche Einschränkungen	50
b) Sektorale Steuerung durch Leiharbeitsquoten	51

aa) Leiharbeit als Wirtschaftssektor	52
bb) Leiharbeitsquoten als gezielte (negative) Sektoralförderung	52
c) Verhältnismäßigkeit und Verbot »beihilfenzweckfremder« Modalitäten	53
aa) Zweckbindung von Beihilfemodalitäten	53
bb) Zweckverfehlung von Leiharbeitsquoten in GRW-Programmen	54
5. Zwischenergebnisse	57
III. Vereinbarkeit sozialer Beihilfekriterien mit der Leiharbeitsrichtlinie	59
1. Vorgaben und Ziele der Leiharbeitsrichtlinie	59
a) Flexibilisierung und Beschäftigungssicherheit	59
b) Leiharbeit unter Diskriminierungsschutz	61
c) Leiharbeitsverhältnisse und Leiharbeitnehmer unter Diskriminierungsschutz	61
2. Diskriminierungsverbote des Art. 4 LeiharbRL	61
a) Schutzbereich des Art. 4 LeiharbRL	61
aa) Sachlicher Schutzbereich	62
bb) Persönlicher Schutzbereich	62
b) Inhalt des Diskriminierungsverbots	63
c) Rechtfertigung von Verboten und Beschränkungen	65
aa) Allgemeine Rechtfertigungsprinzipien	65
bb) »Schutz der Leiharbeitnehmer« und »Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz«	65
cc) »Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten«	66
dd) Insbesondere: »vorübergehend«	71
ee) Insbesondere: Keine grundfreiheitliche »Als-ob-Betrachtung«	75
ff) Sonstige Gründe des Allgemeininteresses	79
3. Verstoß von Leiharbeitsquoten gegen Art. 4 LeiharbRL	80
a) Beihilfen als nationale Maßnahme	80
b) Beihilfen nach Leiharbeitsquoten als Beschränkung des Leiharbeitseinsatzes	81
c) Rechtfertigung von Leiharbeitsquoten durch Allgemeininteressen?	83

aa) Schutz der Arbeitnehmer	83
bb) Erfordernisse des Gesundheitsschutzes und der Arbeitssicherheit	83
cc) Reibungsloses Funktionieren des Arbeitsmarktes	83
dd) Verhütung eventuellen Mißbrauchs	84
ee) Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen«	88
ff) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses	88
4. Zwischenergebnisse	90
IV. Vereinbarkeit sozialer Beihilfekriterien mit der Dienstleistungsfreiheit	92
1. Leiharbeit und Korrespondenzdienstleistungsfreiheit	92
2. Gewährleistungen der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit	93
3. Schranken der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit	93
4. Unvereinbarkeit von Leiharbeitsquoten mit der Dienstleistungsfreiheit	94
a) Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit	94
b) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit	95
c) Rechtfertigung der Beschränkung	96
5. Zwischenergebnisse	96
B. Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach sozialen Kriterien mit deutschem Recht	97
I. Vorgaben des deutschen Rechts für staatliche Beihilfen nach sozialen Kriterien	97
1. Verfahrensrechtliche Vorgaben	97
2. Materielle Vorgaben	98
a) Verfassungsrechtliche Vorgaben	98
b) Gesetzliche Vorgaben	99
3. Insbesondere: Gemeinschaftsaufgabe »Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur«	100
a) Gesetzlicher Rahmen	100
b) GRW-Koordinierungsrahmen	101
II. Vereinbarkeit sozialer Beihilfekriterien mit deutschem Recht	105
1. Länderkompetenz zur Wirtschaftsförderung	105
2. Gleichbehandlung von Leiharbeit	106
3. Gleichheitsgrundsatz	107
4. Wettbewerbsfreiheit – Vorrang des Unionsrechts	107
5. Verfassungsrechtlicher Hintergrund	109

III. Zwischenergebnisse	110
-------------------------------	-----

§ 3 Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialen Kriterien

	112
--	-----

A. Vereinbarkeit der Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialen Kriterien mit dem Unionsrecht	112
--	-----

I. Gleichbehandlungsgrundsatz der Leiharbeitsrichtlinie	112
---	-----

II. Vergabe öffentlicher Aufträge nach Leiharbeitsquoten	113
--	-----

III. <i>Equal-pay</i> -Zwang bei Ausführung öffentlicher Aufträge	114
---	-----

1. Vereinbarkeit mit der Entsenderichtlinie	115
---	-----

a) Vorgaben und Anwendbarkeit der Entsenderichtlinie	115
--	-----

b) Formal zulässige Lohnfestsetzung	116
---	-----

c) Verhältnis zur Leiharbeitsrichtlinie	118
---	-----

2. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit	118
--	-----

a) Anwendbarkeit neben der Entsenderichtlinie	118
---	-----

b) Beschränkung durch den <i>Equal-pay</i> -Zwang	120
---	-----

c) Rechtfertigung der Beschränkung	121
--	-----

aa) Schutz der Arbeitnehmer	121
-----------------------------------	-----

bb) Vermeidung von »Sozialdumping«	125
--	-----

cc) Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen«	126
--	-----

dd) Stärkung der einheimischen Wirtschaft	126
---	-----

IV. Zwischenergebnisse	126
------------------------------	-----

B. Vereinbarkeit der Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialen Kriterien mit dem deutschen Recht	127
--	-----

I. Gesetzgebungskompetenz der Länder	128
--	-----

II. Vereinbarkeit mit Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie	128
---	-----

1. Schutzbereich	128
------------------------	-----

2. Eingriff	129
-------------------	-----

3. Rechtfertigung	131
-------------------------	-----

III. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit	132
---	-----

1. Schutzbereich	132
------------------------	-----

2. Eingriff	133
-------------------	-----

3. Rechtfertigung	133
-------------------------	-----

a) Legitime Zwecke	133
b) Geeignetheit und Erforderlichkeit	133
c) Angemessenheit	134
IV. Vereinbarkeit mit sonstigem Bundesrecht	134
V. Zwischenergebnisse	135

§ 4 Zusammenfassung in Thesen

136

A. Staatliche Beihilfen nach sozialen Kriterien	136
---	-----

B. Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialen Kriterien	138
--	-----

Literaturverzeichnis	139
----------------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung	BayObLG.....	Bayerisches Oberstes Landesgericht
a.a.O.	am angegebenen Ort	BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft/Union	BayVerfGH.....	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Abs.	Absatz	BB	Der Betriebs-Berater
a.E.	am Ende	Bd.	Band
AEntG.....	Arbeitnehmerentsendegesetz	Begr.....	Begründer
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	bes.	besondere/er/es
a.F.	alte Fassung	BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
AGVO	Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung 800/2008/EG	BGB.....	Bürgerliches Gesetzbuch
AktG	Aktiengesetz	BGBI.	Bundesgesetzblatt
allgem.	allgemein/e/es	BGH	Bundesgerichtshof
Anh.	Anhang	BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Anm.	Anmerkung	BGH	Bundesgerichtshof
ANÜ.....	Arbeitnehmerüberlassung	BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
AO	Abgabenordnung	Brem.	Bremer/Bremischer/es/e
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	bspw.	beispielsweise
ArbG	Arbeitsgericht	BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
arg.	argumentum	BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Art.	Artikel	BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Aufl.	Auflage	BW	Baden-Württemberg
AÜG.....	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	bzw.	beziehungsweise
AuR	Arbeit und Recht	ca.	circa
Az.	Aktenzeichen	d.	der/die/das/des
BAG	Bundesarbeitsgericht	DB	Der Betrieb
BAnz.	Bundesanzeiger		

DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund	EuR.....	Europarecht (Zeitschrift)
d.h.	das heißt	EUR	Euro
ders.	derselbe	EUV	Vertrag über die Europäische Union
dies.	dieselbe/n	EuZA.....	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
DJT	Deutscher Juristentag	EuZW.....	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
DM	Deutsche Mark	evtl.	eventuell
Dok.	Dokument	EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung	EWGV.....	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
DStR.....	Deutsches Steuerrecht	EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft	EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EGV.....	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft	f.	folgende
Einl.	Einleitung	FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
einschl.	einschließlich	ff.	fortfolgende
EL.....	Ergänzungslieferung	Fn.	Fußnote
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	FS.....	Festschrift
endg.	Endgültig	G	Gesetz
EntsenderRL	Entsenderichtlinie 96/71/EG	GA.....	Generalanwalt
ErfK.....	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht	GBL.	Gesetzblatt
ESC	Europäische Sozialcharta	gem.	gemäß
etc.	et cetera	GG.....	Grundgesetz
EU	Europäische Union	ggf.	gegebenenfalls
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz	GRC	Grundrechtecharta der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof		

GRW	Gemeinschaftsaufgabe »Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur«	KMU	kleine und mittlere Unternehmen
GRWG	Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe »Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur«	KOM	Mitteilung der Kommission
GS	Gedächtnisschrift	krit.	kritisch
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt	LAG	Landesarbeitsgericht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	LAN	Leiharbeitnehmer
HdbEuropaR ..	Handbuch Europarecht	LeiharbRL	Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts	LG	Landgericht
HGrG	Haushaltsgrundsatzgesetz	lit.	litera
Hrsg.	Herausgeber	LS	Leitsatz
Hs.	Halbsatz	LT-Drs.	Landtag-Drucksache
h.M.	herrschende Meinung	LTTG	Landestariftreugesetz
i.E.	im Ergebnis	max.	maximal
i.S.d.	im Sinne der/des	MiArbG	Mindestarbeitsbedingungengesetz
i.V.m.	in Verbindung mit	MinBl.	Ministerialblatt
IG	Industriegewerkschaft	Mio.	Million/en
insbes.	insbesondere	MüKo-WettbR	Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht
int.	international/e/er/es	m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
JA	Jahresarbeits-einheit/en	NACE	Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne
Jura	Juristische Ausbildung	n.F.	neue Fassung
JuS	Juristische Schulung	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung	NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Kap.	Kapitel	Nr.	Nummer
		NRW	Nordrhein-Westfalen

NSER	Richtlinie zur nachhaltigen Stadtentwicklung	UAbs.	Unterabsatz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht	usw.	und so weiter
NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	v.	von
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report	Verf.	Verfasser
NZG.....	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht	VGH.....	Verwaltungsgerichtshof
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht	vgl.	vergleiche
OLG.....	Oberlandesgericht	v.H.	von Hundert
PuR	Personalpraxis und Recht	VO.....	Verordnung
R.....	Recht	VOBl.	Verordnungsblatt
RdA	Recht der Arbeit	Vorbem.	Vorbemerkung/en
Rh.-Pf.....	Rheinland-Pfalz	WettbR	Wettbewerbsrecht
RIW.....	Recht der Internationalen Wirtschaft	WirtschaftsvR.	Wirtschaftsverwaltungsrecht
RL	Richtlinie	z.B.	zum Beispiel
Rn.	Randnummer	ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
S.	Seite	ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
SGB	Sozialgesetzbuch	ZfA.....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Slg.	Sammlung	ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
sog.	sogenannte/r/s	ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
StGB.....	Strafgesetzbuch	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
StGH	Staatsgerichtshof		
TVG.....	Tarifvertragsgesetz		
TVgG.....	Tariftreue- und Vergabegesetz		
u.	und		
u.a.	unter anderem/und andere		

§ 1 Wirtschaftsförderung als Gestaltungsinstrument

Ist eine Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien, insbesondere nach dem Einsatz von Leiharbeitnehmern mit deutschem und europäischem Recht vereinbar? ¹

Zu dieser Frage haben die Hans-Böckler-Stiftung, die Otto-Brenner-Stiftung und die Friedrich-Ebert-Stiftung ein Gutachten von *Wolfhard Kohte* eingeholt, das im Frühjahr 2012 unter dem Titel »Die Umsetzung nachhaltiger und sozialer Wirtschaftsförderung auf Landesebene« veröffentlicht wurde¹. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, daß die Vergabe von Wirtschaftsförderungsmitteln an soziale Kriterien wie Einkommenshöhe, Ausbildungsleistung, Begrenzung von Leiharbeit oder die Förderung benachteiligter Personengruppen gebunden werden darf. Es bestünden weder verfassungsrechtliche noch europarechtliche Bedenken. ²

Hier sollen nicht alle existierenden Regelungen zur Wirtschaftsförderung im Einzelnen auf ihre Rechtmäßigkeit untersucht werden. Auch sind nicht alle denkbaren »sozialen Kriterien«, nach denen staatliche Wirtschaftsförderung differenzieren könnte, am europäischen und deutschen Recht zu messen. Es sollen nur die europäischen und deutschen Vorgaben für die staatliche Wirtschaftsförderung aufgezeigt und auf Möglichkeiten zur Differenzierung nach sozialen Kriterien am Beispiel des Einsatzes von Leiharbeit untersucht werden. Dabei ist an geeigneten Stellen auch auf andere soziale Kriterien einzugehen. ³

A. Ziele und Instrumente der Wirtschaftsförderung

Auch in einer Marktwirtschaft greift der Staat permanent in das freie Spiel der Kräfte ein: Einerseits fördert er die Wirtschaft *allgemein*, um mehr Beschäftigung und niedrigere Sozialausgaben zu erreichen (z.B. durch Konjunkturpakete, Kurzarbeitergeld, Steuersenkungen etc.); andererseits versucht der Staat, die Wirtschaft in bestimmte Sektoren (z.B. Windenergie), Regionen (z.B. Brandenburg) oder Methoden (z.B. Integration behinderter Menschen) zu lenken. Welche Ziele der Staat bei der Wirtschaftsförderung verfolgt, richtet sich primär nach seinem politischen Willen. Sofern Wirtschaftsförderung nur »lenkt« und nicht zwingend vorschreibt, was wo wann und wie zu tun ist, sind die Anforderungen an ⁴

¹ www.otto-brenner-shop.de/uploads/tx_mplightshop/FES_B_Rechtsgutachten_03.02.2012.pdf [9.7.2012].

die Regelungsdichte und die Bestimmtheit des Gesetzes geringer als in Fällen der Eingriffsverwaltung².

- 5 Unter staatliche Wirtschaftsförderung fallen im weitesten Sinne alle Maßnahmen staatlicher Organe, welche das wirtschaftliche Verhalten Privater positiv beeinflussen sollen. Man unterscheidet unmittelbar *leistende Maßnahmen* und mittelbar *verhaltenseinwirkende Maßnahmen*³.
- 6 • *Leistende* Wirtschaftsförderung (die klassische Subvention) kann auf zwei Weisen erfolgen: aktiv durch Gewährung von Vorteilen (Zuschüsse, Prämien, Preise, Darlehen, Bürgschaften, Garantien, Natursubventionen etc.) oder passiv durch Schonung vor Belastungen (Steuer- und Abgabenvergünstigungen)⁴.
- 7 • *Verhaltenseinwirkende* Maßnahmen der Wirtschaftsförderung sind weniger interventionistisch, denn sie sollen die Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft insgesamt langfristig stärken und unabhängig von öffentlicher Hilfe machen. Dabei handelt es sich weniger um Fragen der formellen Ausgestaltung der Subventionsverfahren, sondern vielmehr um die Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen für die Privatwirtschaft insgesamt⁵.
- 8 Hier soll anhand zweier typischer Maßnahmen der aktiv leistenden Wirtschaftsförderung geprüft werden, inwiefern sie nach sozialen Kriterien eingesetzt werden dürfen: *staatliche Beihilfen* und die *Vergabe öffentlicher Aufträge*. Letztere ist zwar nur dann im engeren Sinne eine Subvention, wenn der Beauftragte den Auftrag unter besonderen Bedingungen anstatt unter neutralen Marktbedingungen erhält⁶. Um die Rechtmäßigkeit von Verteilungskriterien zu untersuchen, ist indes das vom Staat zu verteilende Gut (ob Geld, ob Auftrag) nur von sekundärer Bedeutung, denn sowohl Beihilfen als auch öffentliche Aufträge sind wirtschaftlich grundsätzlich erstrebenswert. Gerade deshalb sind Unternehmen meist sogar bereit, Auflagen zu erfüllen, um Beihilfen oder Aufträge (auch zu normalen Marktbedingungen) zu erlangen⁷.
- 9 Obwohl soziale Kriterien bei der Vergabe von Beihilfen wie von öffentlichen Aufträgen das Verhalten von Unternehmen in bestimmte Rich-

2 Maunz/Dürig/Herzog/Grzeszick, EL 51 (12/2007), Art. 20 VI. Rn. 117 f.; dazu auch Rn. 264 ff.

3 Stober, Allgem. WirtschaftsvR, S. 235.

4 Stober, Allgem. WirtschaftsvR, S. 235 ff.

5 Stober, Allgem. WirtschaftsvR, S. 238.

6 Stober, Allgem. WirtschaftsvR, S. 236 f.

7 Eingehend zur funktionalen Äquivalenz von Beihilfen und öffentlichen Aufträgen: Bultmann, Beihilfen- u. VergabeR, S. 139 ff.; Koppmann, Inhaltskontrolle, S. 142 ff.

tungen lenken sollen, werden direkte Subventionen als stärkerer *Eingriff in die Privatautonomie* angesehen als die Vergabe öffentlicher Aufträge⁸. Indes ist der Vergleich überhaupt nur in Bereichen möglich, in denen sowohl direkte Subventionen als auch öffentliche Aufträge vergeben werden.

B. Sozialpolitik durch Wirtschaftsförderung

In Deutschland zeichnet sich ein Trend ab, staatliche Wirtschaftsförderung an »sozialen Kriterien« auszurichten. Auf diesem Weg sollen die Unternehmen zu bestimmten, politisch gewünschten Verhaltensweisen ohne gesetzlichen Zwang bewegt werden. Vorreiter waren die Richtlinien und (Landes-)Gesetze zur Vergabe öffentlicher Aufträge mit ihren Tariftreueklauseln. Nun werden auch Instrumente der unmittelbaren Wirtschaftsförderung (Beihilfen) zunehmend nach sozialen Kriterien eingesetzt.

Welche Kriterien als »sozial« angesehen werden, ist nicht in Abgrenzung zu »unsozialen« Kriterien zu bestimmen. Vielmehr betreffen soziale Kriterien in der Wirtschaftsförderung den inneren Zustand der zu fördernden Unternehmen, insbesondere die Arbeitsbedingungen. Die Auswahl der maßgeblichen sozialen Kriterien ist – wie die Wirtschaftsförderung insgesamt – von politischen Wünschen geprägt. So hat etwa der *Wunsch nach einem Mindestlohn* im Bremischen Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe⁹ zu folgendem § 9 Abs. 1 geführt:

»Öffentliche Aufträge werden nur an solche Unternehmen vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten, abgesehen von Auszubildenden, bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt von mindestens 8,50 EUR (brutto) pro Stunde zu bezahlen«.

Ein ähnliches Ziel verfolgt das Land Berlin mit Nr. 5 seiner Kriterien für die Förderung im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe »Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur« (GRW):

»Investitionsvorhaben sind nur förderfähig, wenn mindestens der überwiegende Teil der Beschäftigten in den Berliner Betriebstätten – bei Vollzeitbeschäftigung – [...] ein Jahresarbeitgeberbrutto von 25.000 Euro oder mehr erhält«¹⁰.

8 Wiedmann, Soziale Vergabekriterien, S. 209.

9 Gesetz vom 24.11.2009, Brem. GBl. S. 476; zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.4.2011, Brem. GBl. S. 251.

10 Bekanntmachung der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Frauen vom 23.8.2011, ABl. 2011, S. 2093; www.ibb.de/portaldata/1/resources/content/download/WiFoe/GRW_Berlinerfoerderkriterien_RL.pdf [9.7.2012].

C. Insbesondere: Einschränkung von Leiharbeit

- 13 In jüngerer Zeit wird mit Hilfe der Wirtschaftsförderung auch der politische *Wunsch nach weniger Leiharbeit* verfolgt. Dabei lassen sich in den Förderrichtlinien der Bundesländer zwei Hauptströmungen ausmachen: Zum einen wird bei der *unternehmensorientierten* Förderung solchen Unternehmen die Förderung versagt, die bestimmte Leiharbeitsquoten überschreiten; zum anderen werden bei der *arbeitsplatzorientierten* Förderung mitunter solche Arbeitsplätze, die mit Leiharbeitnehmern besetzt sind, als *förderunfähig* eingestuft. Außerdem beginnen einige Bundesländer damit, bei der *Vergabe öffentlicher Aufträge* zumindest die Art und Weise des Einsatzes von Leiharbeit zu regulieren. Im Einzelnen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):

I. Leiharbeitsquoten in Förderrichtlinien der Länder

- 14 • *Berlin* hat im Jahr 2011 in den »Kriterien der Förderung mit Investitionszuschüssen der Gemeinschaftsaufgabe ›Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur‹« (GRW) unter Punkt 6 eine Leiharbeitsquote eingeführt:
- »Unternehmen, die in ihren Berliner Betriebsstätten mehr als 30% Leiharbeitskräfte beschäftigen, erhalten keine Förderung. Unternehmen mit mehr als 20% Leiharbeitskräften werden mit maximal der Hälfte des jeweils möglichen Förderhöchstsatzes gefördert. [...]«¹¹.
- 15 • *Brandenburg* hat zum 1. Januar 2012 eine Leiharbeitsquote in der »Richtlinie des Ministeriums für Wirtschaft und Europaangelegenheiten zur Förderung der gewerblichen Wirtschaft im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe ›Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur‹« (GRW) verankert, der sich wortgleich im Teil »Große Richtlinie« unter Punkt 5.5 wie im Teil »Wachstumsprogramm für kleine Unternehmen« unter Punkt 5.4 findet:
- »Unternehmen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Bewilligung mehr als 30 Prozent Leiharbeiter in der Betriebsstätte beschäftigen, erhalten keine Förderung. Bei Unternehmen, die mehr als 10 Prozent Leiharbeiter in der Betriebsstätte beschäftigen, wird die Förderung um 20 Prozentpunkte gekürzt. Dies gilt nicht bei der Errichtung einer neuen Betriebsstätte«¹².

11 Bekanntmachung vom 23.8.2011 – SenWTF III D, ABl. 2011, S. 2093; www.ibb.de/portaldata/1/resources/content/download/WiFoe/GRW_Berlinerfoerderkriterien_RL.pdf [9.7.2012].

12 »Große Richtlinie«: Bekanntmachung des Ministeriums für Wirtschaft und Europaangelegenheiten vom 6.2.2012, ABl. 2012, S. 250; www.bravors.brandenburg.de/sixcms/media.php/15/Amtsblatt%2007_12.pdf [9.7.2012]; »Wachstumsprogramm für kleine Unternehmen«: Bekanntmachung vom

- *Sachsen-Anhalt* hat zum 1. Februar 2012 seine »Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen aus Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe ›Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur‹« reformiert. Nun heißt es dort unter Punkt 2.4.2: 16

»Betriebsstätten mit mehr als 20 v.H. Leiharbeitern erhalten keine Förderung«¹³.

- *Thüringen* hat zum 1. Januar 2012 seine Leiharbeitsquote unter Punkt 4.4.4 der »Richtlinie für die Gewährung von Zuwendungen im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe ›Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur‹« (GRW) wie folgt neu gefaßt: 17

»Unternehmen mit mehr als 30 % Leiharbeitern erhalten keine Förderung. Unternehmen mit mehr als 10 % Leiharbeitern können mit einem Basisfördersatz gefördert werden. Dieser beträgt bei kleinen und mittleren Unternehmen bis zu 12,5 % und bei großen Unternehmen bis zu 10 % der nach dieser Richtlinie förderfähigen Kosten. [...]«¹⁴.

II. Sonstiger Ausschluß von Leiharbeit in Förderrichtlinien der Länder

- *Baden-Württemberg* schließt Leiharbeitsverhältnisse vom »Förderprogramm zur Einstellung von Innovationsassistenten und Innovationsassistentinnen in kleinen und mittleren Unternehmen aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds« unter Punkt 2.7 aus: 18

»Des Weiteren sind von der Förderung ausgeschlossen: [...] Beschäftigungsverhältnisse mit Leiharbeitskräften und freien Mitarbeitern«¹⁵.

- *Bayern* trifft in der »Richtlinie zur Durchführung des bayerischen regionalen Förderungsprogramms für die gewerbliche Wirtschaft« (BRF) unter Punkt 2.1.8 folgende Regelung: 19

20.12.2011, ABl. 2012, S. 71; www.bravors.brandenburg.de/sixcms/media.php/15/Amtsblatt%2003_12.pdf [9.7.2012].

13 Runderlaß des Wissenschafts- und Wirtschaftsministeriums vom 10.1.2012 – 22-32320/10, MinBl. 3/2012, S. 33; www.ib-sachsen-anhalt.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/pdf/wirtschaft/lareg.pdf [9.7.2012].

14 Staatsanzeiger 2011, S. 1837; www.thueringen.de/imperia/md/content/tmwta/wirtschaft/foerderung/GRW-RL-Teil-I-ab-2012.pdf [9.7.2012]; vgl. vorherige Fassung der Richtlinie mit ähnlicher Quotenregelung, Staatsanzeiger 2011, S. 679.

15 Merkblatt des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft (Stand: 2/2008); www.esf-bw.de/esf/fileadmin/user_upload/downloads/Wirtschaftsministerium/Programme/Innoassistenten/Merkblatt_Innovationsassistenten_MFW.pdf [9.7.2012].

»Eine Förderung erfolgt nicht in folgenden Bereichen: [...] Leiharbeitsfirmen«¹⁶.

- 20 • *Berlin* schreibt in den »Richtlinien des Landes Berlin zum Programm Innovationsassistent/-in für die Gewährung von Zuschüssen zur Beschäftigung von Innovationsassistenten/-innen in kleinen und mittleren Unternehmen der Berliner Wirtschaft« vom 1. Januar 2012 in der Fassung vom 1. Juni 2012 unter Punkt 4.8 vor:

»Von der Förderung ausgeschlossen sind Beschäftigungsverhältnisse: [...] mit Leiharbeitskräften oder freien Mitarbeitern/-innen«¹⁷.

- 21 • *Brandenburg* sieht in der »Richtlinie zur nachhaltigen Stadtentwicklung« (NSER) unter Punkt 8.5.3 vor:

»Arbeitsplätze von Leiharbeitskräften können berücksichtigt werden, wenn diese Beschäftigungsverhältnisse innerhalb von zwei Jahren in feste Arbeitsverhältnisse beim Zuwendungsempfänger umgewandelt werden«¹⁸.

Außerdem enthält die »Richtlinie des Ministeriums für Wirtschaft über die Gewährung von Zuschüssen an kleine und mittlere Unternehmen im Land Brandenburg zur Beschäftigung von Innovationsassistenten/-assistentinnen« unter Punkt 4.3.4 folgende Regelung:

»Von der Förderung ausgeschlossen sind: [...] Beschäftigungsverhältnisse mit Leiharbeitskräften [...]«¹⁹.

Auch die Grundsätze zur »Förderung von Existenzgründungen und Übernahmen von innovativ ausgerichteten Unternehmen (Gründung innovativ)« enthalten unter Punkt 2.5 eine Regelung zur Leiharbeit:

»Nicht förderfähig sind Arbeitsplätze mit Zeitarbeitskräften [...]«²⁰.

-
- 16 Bekanntmachung des Staatsministeriums für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie vom 27.8.2008 – III/2-3541/189/3; www.stmwivt.bayern.de/fileadmin/Web-Dateien/Dokumente/foerderprogramme/BRF_2008.pdf [9.7.2012].
- 17 www.ibb.de/portaldata/1/resources/content/download/WiFoe/Innoassi_Richtlinie.pdf [9.7.2012].
- 18 Runderlaß des Ministeriums für Infrastruktur und Landwirtschaft vom 14.6.2010; www.ilb.de/media/dokumente/dokumente_fuer_programme/dokumente_mit_programmzuordnung/wirtschaft/zuschuesse/15_nachhaltige_stadtentwicklung/Nachhaltige_Stadtentwicklung_Richtlinie.pdf [9.7.2012].
- 19 Vom 1.7.2007, geändert durch Richtlinie vom 3.6.2009; www.bravors.brandenburg.de/sixcms/detail.php?gsid=land_bb_bravors_01.c.43485.de [9.7.2012].
- 20 Ministerium für Arbeit, Soziales, Frauen und Familie, 22.7.2011; www.ilb.de/media/dokumente/dokumente_fuer_programme/dokumente_mit_programmzuordnung/wirtschaft/zuschuesse/05_gruendung_innovativ/Gruendung_inno

- **Rheinland-Pfalz** sieht in der Richtlinie zur »Förderung von Innovationsassistentinnen und -assistenten in kleinen und mittleren Unternehmen« unter Punkt 4 vor: 22
 »Eine Förderung ist nur möglich, sofern [...] das Beschäftigungsverhältnis nicht begründet wird, um überwiegend Aufträge etc. bei Dritten durchzuführen (Leiharbeitsverträge)«²¹.
- **Sachsen-Anhalt** schließt Leiharbeitsverhältnisse in der »Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Beschäftigung von Innovationsassistenten im Land Sachsen-Anhalt« unter Punkt 4.6 lit. c aus: 23
 »Von der Förderung ausgeschlossen sind: [...] Beschäftigungsverhältnisse mit Leiharbeitskräften [...]«²².
 In der »Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen aus Mitteln der Gemeinschaftsaufgabe ›Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur‹« wird unter Punkt 2.2.6 geregelt:
 »[...] Ebenfalls nicht berücksichtigt werden neu geschaffene Arbeitsplätze, die durch Leiharbeiter, [...] besetzt werden«²³.
- **Schleswig-Holstein** regelt in der »Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Beschäftigung von Absolventinnen und Absolventen von Fachhochschulen und wissenschaftlichen Hochschulen in kleinen Unternehmen in Schleswig-Holstein« unter Punkt 2.2: 24
 »Von der Förderung ausgeschlossen sind insbesondere Beschäftigungsverhältnisse im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes [...]«²⁴.

vativ_Richtlinie.pdf [9.7.2012].

- 21 Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau vom 13.1.2010; www.mwkel.rlp.de/icc/internet/med/e3b/e3b30c4b-31d3-b721-a31d-1d7305e1df7d,11111111-1111-1111-1111-111111111111.pdf [9.7.2012].
- 22 Runderlaß des Wissenschafts- und Wirtschaftsministeriums vom 2.8.2011 – II.3-04011/122034, MinBl. 2011, S. 482; www.ib-sachsen-anhalt.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/pdf/wirtschaft/innovationsassistent_richtlinie.pdf [9.7.2012].
- 23 Runderlaß des Wissenschafts- und Wirtschaftsministeriums vom 10.1.2012 – 22-32320/10, MinBl. 3/2012, S. 33; www.ib-sachsen-anhalt.de/fileadmin/user_upload/Dokumente/pdf/wirtschaft/lareg.pdf [9.7.2012].
- 24 Bekanntmachung des Ministeriums für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr vom 11.7.2011 – VII 323; www.wtsh.de/wtsh/de/service/download-center/downloads/foerderung/wtsh_foerderrichtlinie_innovationsassistent.pdf [9.7.2012].

- 25 • *Thüringen* schließt Unternehmen, die Leiharbeitnehmer beschäftigen, von Lohnkostenzuschüssen gem. Punkt 4.5 der »Richtlinie über die Gewährung von Lohnkostenzuschüssen aus Mitteln des Europäischen Sozialfonds und/oder des Freistaats Thüringen im Rahmen des Programms ›Arbeit für Thüringen und Zukunft Familie« aus:

»Die Einstellung von Leiharbeitnehmern im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes AÜG (Zeitarbeit) ist nicht förderfähig«²⁵.

III. Leiharbeit als Kriterium bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

1. Unmittelbare Vergabebeschränkungen

- 26 Für die Vergabe öffentlicher Aufträge sind bislang – soweit ersichtlich – noch keine Regelungen getroffen worden, welche den Einsatz von Leiharbeit bei der Auftragsdurchführung *unmittelbar* beschränken oder verbieten würden. Nur der *Hamburger* Leitfaden für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen (außer Bauleistungen) stellt unter Punkt 3.1.2 klar, daß Verträge mit Leiharbeitsunternehmen nach allgemeinen Regeln auszuschreiben sind:

»Verträge mit Zeitarbeitsfirmen (Arbeitnehmerüberlassungsverträge) fallen grundsätzlich nicht unter die Ausnahme des § 100 Abs. 2 GWB, so dass diese auszuschreiben sind«²⁶.

2. Mittelbare Vergabebeschränkungen

- 27 *Mittelbare* Einflußnahmen auf die Leiharbeit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge findet sich in mittlerweile zehn Tariftreuegesetzen der Bundesländer²⁷, von denen hier zwei vorgestellt seien:

a) Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen

- 28 Das Tariftreue- und Vergabegesetz des Landes *Nordrhein-Westfalen* (TVgG-NRW) vom 10. Januar 2012 ist am 1. Mai 2012 in Kraft getreten. In dessen § 4 Abs. 5 heißt es:

»Öffentliche Aufträge im Sinne der Absätze 1 bis 3 werden nur an solche Unternehmen vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, da-

25 Bekanntmachung des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Technologie vom 5.10.2011, Staatsanzeiger Nr. 43/2011, S. 1423; www.thueringen.de/imperia/md/content/tmwta/wirtschaft/foerderung/lkz-richtlinie.pdf [9.7.2012].

26 Stand: 1.5.2011; www.hamburg.de/contentblob/2336668/data/leitfaden-fuer-die-vergabe-von-lieferungen-und-leistungen.pdf [9.7.2012].

27 Überblick bei www.boeckler.de/index_tariftreue.htm#cont_37407 [9.7.2012].

für zu sorgen, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes [...] bei der Ausführung der Leistung für die gleiche Tätigkeit ebenso entlohnt werden wie ihre regulär Beschäftigten«²⁸.

Und weiter in § 9 TVgG-NRW:

»(1) ¹Für den Fall der Ausführung übernommener Leistungen durch Nachunternehmer oder bei Beschäftigung von entliehenen Arbeitskräften hat sich der Bieter bei Angebotsabgabe in der Verpflichtungserklärung gemäß § 4 zu verpflichten, auch von seinen Nachunternehmern und den Verleihern von Arbeitskräften eine Verpflichtungserklärung im Sinne des § 4 abgeben zu lassen. ²Satz 1 gilt entsprechend für alle weiteren Nachunternehmer des Nachunternehmers.

(2) Die Bieter sowie nach Erteilung des Zuschlags die Auftragnehmer haben ihre Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften sorgfältig auszuwählen. Dies schließt die Pflicht ein, die Angebote der Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften daraufhin zu überprüfen, ob sie auf der Basis der nach § 4 maßgeblichen tarifvertraglichen Mindestarbeitsentgelte und -bedingungen bzw. mindestens auf Basis des festgelegten vergabespezifischen Mindestlohns kalkuliert sein können«.

Diese Vorgaben gelten für Aufträge ab einem geschätzten Wert von 20.000 Euro ohne Umsatzsteuer (§ 2 Abs. 5 TVgG-NRW).

b) Landestariftreuegesetz Baden-Württemberg

Die Landesregierung Baden-Württemberg hat – in Anlehnung an die Vorgehensweisen anderer Länder wie etwa Rheinland-Pfalz²⁹ und Nordrhein-Westfalen³⁰ – am 18. April 2012 einen *Entwurf* für ein Tariftreuegesetz für Baden-Württemberg (LTTG-BW) vorgelegt³¹. Der Gesetzesentwurf beruht auf der Annahme, daß der wirtschaftliche Wettbewerb nicht (auch) über die Lohnkosten ausgetragen werden soll. Es führe zu einer »Wettbewerbsverzerrung«, Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge deshalb den Zuschlag geben zu müssen, weil sie das wirtschaftlich günstigste Angebot durch die untertarifliche Entlohnung ihrer Beschäftigten erreichten. Dadurch würden tarifgebundene Arbeitsplätze »in beträchtlichem Maße gefährdet«³².

28 GVBl. 2012, S. 17; www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/XMMGVB122.pdf?von=17&bis=25 [9.7.2012]; dazu kritisch Pöttering, PuR 2012, 51 (53).

29 Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (Landestariftreuegesetz - LTTG) vom 1.12.2010, GVBl 2010, 426 (in Kraft getreten am 1.3.2011).

30 Rn. 28.

31 Gesetzesentwurf vom 18.4.2012; www.baden-wuerttemberg.de/fm7/2028/Entwurf%20Tariftreuegesetz%20-%20Stand%2018%2004%202012%20.pdf [9.7.2012].

32 Entwurfsbegründung vom 18.4.2012 (Fn. 31), S. 1.

- 30 Nach § 2 Abs. 1 LTTG-BW soll das Gesetz bei der Vergabe öffentlicher Bau- und Dienstleistungsaufträge im Sinne des § 99 GWB gelten, sofern sie einen geschätzten Auftragswert von 20.000 Euro überschreiten (§ 2 Abs. 3 LTTG-BW). Gebunden werden sollen alle öffentlichen Auftraggeber in Baden-Württemberg im Sinne des § 98 Nr. 1-5 GWB, sofern sie nicht Vergabeverfahren im Namen oder Auftrag des Bundes oder eines anderen Bundeslandes durchführen (§ 2 Abs. 4 LTTG-BW).
- 31 Das LTTG-BW bedient sich dreier Wege, um die ausgemachten »Wettbewerbsverzerrungen« zu vermeiden: Einer Rechtstreuepflicht gegenüber Mindestlöhnen nach AEntG und MiArbG (§ 3 Abs. 1, 2 LTTG-BW), einer »echten« Tariftreueverpflichtung für Aufträge über Verkehrsdienstleistungen (§ 3 Abs. 3, 4 LTTG-BW) und einer Mindestentgeltpflicht (§ 4 LTTG-BW):
- 32 • Öffentliche Aufträge, die in den Geltungsbereich von AEntG oder MiArbG fallen, dürfen gem. § 3 Abs. 1 bzw. Abs. 2 LTTG-BW nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Abgabe ihres Angebots schriftlich verpflichten, ihren bei der Auftragsausführung eingesetzten Beschäftigten diejenigen Arbeitsbedingungen einschließlich des Entgelts zu gewähren, die nach Art und Höhe mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages nach §§ 4-6 AEntG bzw. derjenigen Rechtsverordnung nach § 7 AEntG oder § 4 Abs. 3 MiArbG entsprechen, an den/die das Unternehmen von Gesetzes wegen gebunden ist. Diese Treueerklärung ist primär deklaratorisch, denn die Unternehmen sind ohnehin an Mindestarbeitsbedingungen nach AEntG oder MiArbG von Gesetzes wegen – bei der Ausführung öffentlicher wie privater Aufträge – gebunden und ihre Gesetzes-treue ist Vergabekriterium nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB. Indes gibt die Einbeziehung der Einhaltung gesetzlicher Pflichten in den späteren Vertrag dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, einerseits die tatsächliche Gewährung der gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen hoheitlich zu überwachen (§ 7 LTTG-BW: Auskunfts- und Prüfungspflichten) und andererseits eventuelle Verletzungen der eigentlich arbeitnehmerschützenden Gesetze mit den Mitteln des Vertragsrechts zu sanktionieren (§ 8 LTTG-BW: Vertragsstrafe, Kündigung, Schadensersatz, Auftragssperre)³³.
- 33 • Bewerber um öffentliche Aufträge über Verkehrsdienstleistungen müssen sich bei der Abgabe ihres Angebots gem. § 3 Abs. 3 Satz 1 LTTG-BW schriftlich zu zweierlei verpflichten:

33 Däubler/Lakies, Anh. 1 zu § 5 TVG Rn. 34: »zusätzliche effektive Durchsetzungsdynamik«.

- Nr. 1: Sie müssen sich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt zu zahlen, das »insgesamt« mindestens dem in Baden-Württemberg für diese Leistung in einem der »einschlägigen und repräsentativen«, mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehenen Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten – einschließlich der Aufwendungen für die Altersversorgung – entspricht.
- Nr. 2: Sie müssen sich außerdem verpflichten, während der Ausführung der Leistung eintretende tarifvertragliche Änderungen des Entgelts »nachzuvollziehen«

Die für den jeweiligen öffentlichen Auftrag »einschlägigen und repräsentativen« Tarifverträge hat der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen des Auftrags zu benennen (§ 3 Abs. 3 Satz 2 LTTG-BW). Welche Tarifverträge »einschlägig und repräsentativ« sind, soll sich aus einem Verzeichnis nach § 3 Abs. 4 Satz 4 LTTG ergeben. Das genaue Verfahren zur Ermittlung der »einschlägigen und repräsentativen« Tarifverträge regelt das LTTG nicht selbst, sondern soll das Sozialministerium durch Rechtsverordnung festlegen (§ 3 Abs. 4 Satz 1 LTTG-BW).

- Außerdem sollen öffentliche Aufträge gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 LTTG-BW nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Auftragsausführung ein *Mindestentgelt* zu zahlen. Das Mindestentgelt legt der Gesetzentwurf auf 8,50 Euro/Stunde fest (§ 4 Abs. 1 Satz 1 LTTG-BW). Das Sozialministerium wird zugleich ermächtigt, die Höhe des Mindestentgelts »unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung« im Einvernehmen mit dem Finanz- und Wirtschaftsministerium durch Rechtsverordnung anzupassen (§ 4 Abs. 2 Satz 1 LTTG-BW).

Nicht nur die Bewerber um öffentliche Aufträge müssen nach § 5 Abs. 1, 4 LTTG-BW bei Angebotsabgabe Verpflichtungserklärungen nach § 3 Abs. 1-3 LTTG-BW »oder« § 4 Abs. 1 LTTG abgeben, sondern auch ihre Nach- und *Verleihunternehmen*, soweit diese bereits bei Angebotsabgabe bekannt sind. Die mit der Auftragsausführung betrauten Unternehmen müssen auch ihre Nach- und *Verleihunternehmen* »sorgfältig« auswählen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 LTTG-BW). Dazu soll auch die Pflicht gehören, die Angebote der Nach- und *Verleihunternehmen* darauf zu überprüfen, »ob sie auf der Basis der nach diesem Gesetz anzuwendenden Lohn- und Gehaltstarife kalkuliert sein können« (§ 6 Abs. 1 Satz 2 LTTG-BW). Das beauftragte Unternehmen hat sich ferner für den Fall der Ausführung vertraglich übernommener Leistungen durch Nach- oder *Verleihunternehmen* zu

verpflichten, die Erfüllung der Pflichten aus den §§ 3 und 4 LTTG durch die Nach- und *Verleihunternehmen* sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber Tariftreue- »und« Mindestentgelterklärungen der Nach- und Verleihunternehmer vorzulegen (§ 6 Abs. 2 LTTG-BW).

- 37 Im Unterschied zum TVgG-NRW will das LTTG-BW nicht direkt die Gleichbezahlung von Leiharbeitnehmern (*equal-pay*) erzwingen, die zur Ausführung öffentlicher Aufträge eingesetzt werden, sondern indirekt über die Tarif- bzw. Mindestlohtreuepflicht des unmittelbaren Auftragnehmers als entleihendes Unternehmen. Neben einem allgemeinen Mindestlohn für die zur Auftragsausführung überlassenen Leiharbeitnehmer von 8,50 Euro/Stunde wird im Verkehrsbereich eine klassische Tariftreuepflicht ohne Allgemeinverbindlicherklärung aufgestellt, die auch die Leiharbeit erfaßt, soweit sich Auftragnehmer ihrer bedienen.

§ 2 Staatliche Beihilfen nach sozialen Kriterien

Beihilfen (auch »verlorene Zuschüsse« oder »Zulagen«) verlangen vom Empfänger ein bestimmtes wirtschaftliches Verhalten (meist eine Investition) und sind grundsätzlich nicht zurückzuzahlen. Beispiele sind Lohnkostenzuschüsse bei Einstellung von Langzeitarbeitslosen und Gründungszuschüsse bei Aufnahme selbständiger Tätigkeiten³⁴.

A. Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach sozialen Kriterien mit dem Unionsrecht

Staatliche Beihilfen sind zuerst am Unionsrecht zu messen. Seit Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft unterliegen Beihilfen der Mitgliedstaaten einer strengen Kontrolle durch die EU-Kommission (heute: Art. 107 bis 109 AEUV). Nur soweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten Spielräume beläßt, können die Vergabekriterien für Beihilfen auch am nationalen Recht gemessen werden.

Damit korrespondiert die Verteilung der Prüfungskompetenz zwischen nationalen Gerichten und Unionsorganen: Nur Modalitäten von nationalen Beihilfenregelungen, die zur Verwirklichung des Zwecks der Beihilfe nicht zwingend notwendig sind, dürfen nationale Gerichte am nationalen Recht und unmittelbar geltenden Unionsrecht prüfen. Im übrigen liegt die Beihilfenkontrolle umfassend – auch bezüglich der Beihilfenmodalitäten – bei den Unionsorganen³⁵.

I. Unionsrechtliche Vorgaben für staatliche Beihilfen

1. Primärrechtliche Vorgaben

a) Anwendungsbereich des europäischen Beihilfenrechts

Gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV sind – soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist – staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Für das grenzüberschreitende Element der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung genügt schon eine mittelbare Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen

34 Stober, Allgem. WirtschaftsvR, S. 235.

35 EuGH vom 23.4.2002 – C-234/99 (*Nygård*) – Slg. 2002, 3657 (Rn. 57 f.); MüKo-WettbR/Schwab, Bd. 3, Art. 107 AEUV Rn. 39.

Handels. An deren Nachweis werden keine hohen Anforderungen gestellt. Auch günstige Folgen machen eine Beihilfe nicht automatisch zulässig³⁶.

- 42 Eine Beihilfe kann selbst dann den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen oder den Wettbewerb verfälschen, wenn das begünstigte Unternehmen, das im Wettbewerb mit Unternehmen anderer Mitgliedstaaten steht, selbst nicht grenzüberschreitend tätig ist:

»Gewährt nämlich ein Mitgliedstaat einem Unternehmen eine Beihilfe, so kann dies das inländische Angebot stabilisieren oder erhöhen und damit die Chancen der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen mindern, ihre Leistungen auf dem Markt dieses Mitgliedstaats anzubieten«³⁷.

- 43 Ein bestimmter Grad der Beeinträchtigung der Handelsbeziehungen ist ebensowenig erforderlich wie überhaupt eine tatsächliche Beeinträchtigung³⁸. Die bloße Eignung genügt³⁹.

b) Zulässigkeit und Kontrolle von Beihilfen

- 44 Nach Art. 107 Abs. 2 AEUV sind bestimmte Beihilfen stets mit dem Binnenmarkt vereinbar: Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, Beihilfen zur Schadensbeseitigung nach Naturkatastrophen, Beihilfen zur Überwindung der Folgen der Teilung Deutschlands.
- 45 Nach Art. 107 Abs. 3 AEUV können bestimmte Beihilfen als binnenmarktkonform eingestuft werden (*Ermessenstatbestand*). Darunter fallen etwa Regionalbeihilfen, die nach Art. 107 Abs. 3 lit. a AEUV zulässig sein können, wenn sie zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung⁴⁰ außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht, oder zur Förderung außereuropäischer Territorien im Sinne des Art. 349 AEUV dienen. Auch nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV können Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete zulässig sein, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

36 Grabitz/Hilf/Nettesheim/v. Wallenberg/Schütte, 46. EL (10/2011), Art. 107 AEUV Rn. 75.

37 EuG vom 29.9.2000 – T-55/99 (*CETM/Kommission*) – Slg. 2000, II-3207 (Rn. 86).

38 Grabitz/Hilf/Nettesheim/v. Wallenberg/Schütte, 46. EL (10/2011), Art. 107 AEUV Rn. 77 f.

39 EuGH vom 30.4.2009 – C-494/06 (*Kommission/Italien u.a.*) – Slg. 2009, 3639 (Rn. 50).

40 »Lebenshaltung« meint Lebensstandard, Grabitz/Hilf/Nettesheim/v. Wallenberg/Schütte, 46. EL (10/2011), Art. 107 AEUV Rn. 147.

Nach Art. 108 AEUV kontrolliert die Europäische Kommission die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt und kann schließlich auch das EuG bzw. den EuGH anrufen. Die Mitgliedstaaten sind gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV verpflichtet, jede beabsichtigte Beihilfe der Kommission anzuzeigen. Gestützt auf Art. 109 AEUV ist die Verordnung 659/1999/EG über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags (Durchführungsverordnung)⁴¹ erlassen worden. Sie bestimmt u.a., daß eine Beihilfe als genehmigt gilt, wenn die Kommission innerhalb einer (verlängerbaren) Frist von zwei Monaten nicht über die Beihilfe entschieden hat (Art. 4 Abs. 6 VO 659/1999/EG). Zeigt ein Mitgliedstaat eine Beihilfe nicht an, sind die diesbezüglichen nationalen Maßnahmen ungültig, selbst wenn die Kommission die Beihilfe später als unionsrechtskonform einstuft⁴². 46

2. Sekundärrechtliche Vorgaben

a) *De-minimis*-Verordnung

Gem. Art. 2 der Verordnung 1998/2006/EG über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf *De-minimis*-Beihilfen⁴³ sind *de-minimis*-Beihilfen von der Beihilfenkontrolle ausgenommen und unterliegen daher nicht der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV, wenn sie transparent gewährt werden (Bruttosubventionsäquivalent im Voraus ohne Risikobewertung genau berechenbar) und bestimmte Freigrenzen nicht überschreiten. Nach Art. 2 Abs. 2 VO 1998/2006/EG liegt die allgemeine Freigrenze bei einer Gesamtsumme von 200.000 Euro pro Unternehmen innerhalb von drei Steuerjahren. 47

b) Verordnung für regionale Investitionsbeihilfen

Bis zum 26. August 2008 galt die Verordnung 1628/2006/EG über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf *regionale Investitionsbeihilfen* der Mitgliedstaaten⁴⁴. Sie gilt noch für Beihilfen fort, die vor dem 31. Dezember 2008 nach dieser Verordnung bewilligt wurden und die Voraussetzungen der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung 800/2008/EG (AGVO)⁴⁵ nicht erfüllen (Art. 44 Abs. 2 AGVO). Nach Art. 4 Abs. 1 VO 1628/2006/EG sind Beihilfen für Erstinvestitionen von der Beihilfenkontrolle ausgenommen, wenn sie in Fördergebieten gewährt werden, die in der genehmigten Fördergebietskarte des betreffenden 48

41 ABl. 1999 L 83, S. 1.

42 EuGH vom 21.11.1991 – C-354/90 (*FNCE/Frankreich*) – NJW 1993, 49 (Rn. 12 ff.).

43 ABl. 2006 L 379, S. 5.

44 ABl. 2006 L 302, S. 29.

45 Dazu Rn. 50 ff.

Mitgliedstaats für den Zeitraum 2007-2013 ausgewiesen sind, und die Bruttobeihilfeintensität die Beihilfenobergrenze des jeweiligen Fördergebiets nicht überschreitet. Außerdem muß die zu fördernde Investition in der betreffenden Region mindestens fünf Jahre bzw. im Fall von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) drei Jahre erhalten bleiben, nachdem die gesamte Investition abgeschlossen ist.

- 49 Nach Art. 4 Abs. 3 VO 1628/2006/EG sind Bemessungsgrundlage für die Obergrenzen nach Abs. 1 entweder die förderfähigen Investitionskosten oder »die prognostizierten Lohnkosten für *investitionsgebundene Arbeitsplätze*, die für die eingestellte Person während eines Zeitraums von zwei Jahren anfallen« (oder eine Mischung aus beiden). Wird die Beihilfe auf Grundlage der Lohnkosten berechnet, müssen nach Art. 4 Abs. 9 VO 1628/2006/EG die Arbeitsplätze »unmittelbar durch ein Investitionsvorhaben geschaffen werden« und die »Arbeitsplatzschaffung muss innerhalb von drei Jahren nach Abschluss der Investition stattfinden und mindestens fünf Jahre lang bzw. im Fall von KMU drei Jahre lang erhalten bleiben«.

c) Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung

- 50 Die VO 1628/2006/EG wurde abgelöst durch die *allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung* 800/2008/EG zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (AGVO)⁴⁶.

aa) Geltungsbereich

- 51 Die AGVO gilt u.a. für regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen, für Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen für KMU, Forschungs-, Entwicklungs- und Innovationsbeihilfen, Ausbildungsbeihilfen und Beihilfen für benachteiligte Arbeitnehmer (Art. 1 Abs. 1). Die AGVO gilt nicht für Einzelbeihilfen, deren Bruttosubventionsäquivalent bestimmte Schwellenwerte übersteigt (Art. 6 Abs. 1)⁴⁷. Die Verordnung erhebt den Anspruch, für »fast alle« Wirtschaftszweige zu gelten (Erwägungsgrund Nr. 9). Sollen mit regionalen Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen Ziele in ganz bestimmten Wirtschaftszweigen verfolgt und damit sektorale statt horizontale Wirkungen erzielt werden, sollen die Beihilfen grundsätzlich nicht von der Anmeldepflicht des Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt werden (14. Erwägungsgrund).

⁴⁶ ABl. 2008 L 214, S. 3.

⁴⁷ Etwa Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen für KMU: 7,5 Mio. Euro pro Unternehmen und Investitionsvorhaben; Beihilfen für die Einstellung benachteiligter Arbeitnehmer: 5 Mio. Euro pro Unternehmen und Jahr.

bb) Anreizerfordernis

Nach Art. 8 Abs. 1 AGVO sind nur Beihilfen mit Anreizeffekt von der Beihilfenkontrolle freigestellt. In *formeller Hinsicht* ist von einem Anreizeffekt der Beihilfe grundsätzlich dann auszugehen, wenn sie beantragt wurde, bevor mit der zu fördernden Maßnahme begonnen wurde (Art. 8 Abs. 2 AGVO). Unter Umständen ist zusätzlich eine »Förderwürdigkeitsbetätigung« einer nationalen Behörde erforderlich (Art. 8 Abs. 3 AGVO)⁴⁸. 52

Nach jüngerer Rechtsprechung des EuGH kann die Kommission aber auch den Nachweis ungeschriebener *materieller Anreizeffekte* verlangen. Dann muß der Mitgliedstaat konkret darlegen, daß die zu fördernde Maßnahme ohne die Beihilfe nicht oder nur in erheblich geringerem Umfang durchgeführt worden wäre. Dadurch sollen Mitnahmeeffekte vermieden werden⁴⁹. 53

cc) Einstellung benachteiligter Arbeitnehmer

Ein Anreizeffekt wird u.a. bei Beihilfen in Form von *Lohnkostenzuschüssen für die Einstellung benachteiligter Arbeitnehmer* im Sinne des Art. 40 AGVO angenommen, wenn die Beihilfe »zu einem Nettozuwachs an [...] benachteiligten Arbeitnehmern führt« (Art. 8 Abs. 5 Satz 2 AGVO). Die Förderung der Einstellung benachteiligter Arbeitnehmer nimmt ausweislich des 61. Erwägungsgrundes der AGVO »in der Wirtschafts- und Sozialpolitik der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten eine Schlüsselposition ein«. 54

Art. 40 AGVO regelt sodann konkret: 55

»(1) Beihilferegelnungen für die Einstellung benachteiligter Arbeitnehmer in Form von Lohnkostenzuschüssen sind [...] mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar und von der Anmeldepflicht [...] freigestellt, wenn die Voraussetzungen der Absätze 2 bis 5 dieses Artikels erfüllt sind.

(2) Die Beihilfeintensität darf 50 % der beihilfefähigen Kosten nicht überschreiten.

(3) Beihilfefähig sind die Lohnkosten über einen Zeitraum von höchstens 12 Monaten nach der *Einstellung*.

Im Falle stark benachteiligter Arbeitnehmer sind beihilfefähige Kosten die Lohnkosten über einen Zeitraum von höchstens 24 Monaten nach der Einstellung.

(4) Hat die Einstellung in dem betreffenden Unternehmen keinen *Nettozuwachs an Beschäftigten* im Vergleich zur durchschnittlichen Beschäftigtenzahl in den vorausgegangenen zwölf Monaten zur Folge, muss (müssen) die Stel-

48 Soltész, EuZW 2012, 174 (176).

49 EuGH vom 21.7.2011 – C-459/10 P (*Freistaat Sachsen u.a./Kommission*) – juris (Rn. 27 ff.); kritisch Soltész, EuZW 2012, 174 (176).

le(n) im Anschluss an das freiwillige Ausscheiden, die Invalidisierung, den Eintritt in den Ruhestand aus Altersgründen, die freiwillige Reduzierung der Arbeitszeit oder die rechtmäßige Entlassung eines Mitarbeiters wegen Fehlverhaltens und nicht infolge des Abbaus von Arbeitsplätzen frei geworden sein.

(5) Außer bei rechtmäßiger Entlassung wegen Fehlverhaltens hat der benachteiligte Arbeitnehmer *Anspruch auf eine dauerhafte Beschäftigung über den Mindestzeitraum*, der in den einschlägigen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder in Tarifvereinbarungen über Beschäftigungsverträge niedergelegt ist.

Ist der Beschäftigungszeitraum kürzer als 12 oder gegebenenfalls 24 Monate, wird die Beihilfe entsprechend gekürzt« (Hervorhebung durch Verf.).

56 Unter »Lohnkosten« fallen gem. Art. 2 Nr. 15 AGVO alle Kosten, die der Beihilfenempfänger für den fraglichen Arbeitsplatz tatsächlich tragen muß, namentlich: Bruttolohn, Pflichtbeiträge wie Sozialversicherungsbeiträge und Kosten für die Betreuung von Kindern und die Pflege von Eltern.

57 »Benachteiligte Arbeitnehmer« sind nach Art. 2 Nr. 18 AGVO Personen, die:

- in den vorangegangenen sechs Monaten keiner regulären bezahlten Beschäftigung nachgegangen sind oder
- über keinen Abschluß der Sekundarstufe II bzw. keinen Berufsabschluß verfügen oder
- die älter als 50 Jahre sind oder
- als Erwachsene alleine leben und mindestens einer Person unterhaltsverpflichtet sind oder
- in einem Wirtschaftszweig oder einem Beruf in einem Mitgliedsstaat arbeiten, in welchem das Ungleichgewicht zwischen Männern und Frauen mindestens 25 Prozent höher ist als das durchschnittliche Ungleichgewicht zwischen Männern und Frauen, das in dem betreffenden Mitgliedstaat in allen Wirtschaftszweigen insgesamt verzeichnet wird, und zu der betreffenden Minderheit gehören oder
- Angehörige einer ethnischen Minderheit in einem Mitgliedstaat sind, und die ihre sprachlichen oder beruflichen Fertigkeiten ausbauen oder mehr Berufserfahrung sammeln müssen, damit sie bessere Aussichten auf eine dauerhafte Beschäftigung haben.

Als »stark benachteiligte Arbeitnehmer« gelten Personen, die seit mindestens 24 Monaten ohne Beschäftigung sind (Art. 2 Nr. 19 AGVO).

dd) Regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen

Das Ziel von regionalen Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen (Regionalbeihilfen) beschreibt der 40. Erwägungsgrund der AGVO wie folgt: 58

»Einzelstaatliche Regionalbeihilfen sollen die Nachteile strukturschwacher Gebiete ausgleichen und so den *wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft als Ganzes fördern*. Einzelstaatliche Regionalbeihilfen sollen *durch Investitionsförderung und Schaffung von Arbeitsplätzen* zur nachhaltigen Entwicklung der besonders benachteiligten Gebiete beitragen« (Hervorhebung durch Verf.).

Für regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen darf die Beihilfeintensität nicht die Obergrenze für Regionalbeihilfen überschreiten, die zum Bewilligungszeitpunkt im betreffenden Fördergebiet gilt (Art. 13 Abs. 3, Abs. 5 AGVO). Die Beihilfeintensität wird entweder als Prozentsatz der beihilfefähigen Kosten einer Investition in Vermögenswerte berechnet oder als Prozentsatz der geschätzten *»Lohnkosten für direkt durch die Investition geschaffene Arbeitsplätze*, die für jeden eingestellten Arbeitnehmer während eines Zeitraums von zwei Jahren anfallen« (oder eine Mischung aus beiden). 59

Auch bei regionalen Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen fallen unter *»Lohnkosten«* gem. Art. 2 Nr. 15 AGVO alle Kosten, die der Beihilfempfänger für den fraglichen Arbeitsplatz tatsächlich tragen muß, namentlich: Bruttolohn, Pflichtbeiträge wie Sozialversicherungsbeiträge und Kosten für die Betreuung von Kindern und die Pflege von Eltern. 60

Wird die Beihilfe auf der Grundlage der Lohnkosten berechnet, müssen die *Arbeitsplätze »direkt durch das Investitionsvorhaben geschaffen werden«* (Art. 13 Abs. 8 AGVO). Nach Art. 2 Nr. 14 AGVO sind *»direkt durch ein Investitionsvorhaben geschaffene Arbeitsplätze«*, 61

»Arbeitsplätze, die die Tätigkeit betreffen, auf die sich die Investition bezieht, einschließlich Arbeitsplätzen, die im Anschluss an eine durch die Investition bewirkte höhere Kapazitätsauslastung geschaffen werden«.

Bei Regionalbeihilfen gelten die durch ein Investitionsvorhaben direkt geschaffenen Arbeitsplätze nur dann als beihilfefähige Kosten, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllen (Art. 12 Abs. 3 AGVO): 62

- Die Arbeitsplätze müssen innerhalb von drei Jahren nach Abschluß der Investition geschaffen werden,
- das Investitionsvorhaben muß im betreffenden Unternehmen zu einem *Nettozuwachs an Beschäftigten* im Vergleich zur durchschnittlichen Beschäftigtenzahl in den vorausgegangenen zwölf Monaten führen und

- die neugeschaffenen Arbeitsplätze müssen für mindestens fünf Jahre bzw. bei KMU für mindestens drei Jahren erhalten bleiben.
- 63 Die »Beschäftigtenzahl« definiert Art. 2 Nr. 13 AGVO wie folgt:
- »Zahl der jährlichen Arbeitseinheiten (JAE), d. h. Zahl der während eines Jahres *vollzeitlich Beschäftigten*, wobei *Teilzeitarbeit oder Saisonarbeit* nach JAE-Bruchteilen bemessen wird« (Hervorhebung durch Verf.).

ee) Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen für KMU

- 64 Auch bei regional unabhängigen *Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen für KMU* sind nur die Kosten einer Investition in Vermögenswerte oder »die über einen Zeitraum von zwei Jahren geschätzten Lohnkosten für direkt durch das Investitionsvorhaben geschaffene Arbeitsplätze« beihilfefähig (Art. 15 Abs. 3 AGVO). In Art. 5 des Anhangs I zur AGVO werden konkretere Vorgaben zur Berechnung der Mitarbeiterzahl von Unternehmen gemacht, um sie als kleinere oder mittlere Unternehmen einordnen zu können:

»Die Mitarbeiterzahl entspricht der Zahl der Jahresarbeitseinheiten (JAE), d.h. der Zahl der Personen, die in dem betroffenen Unternehmen oder auf Rechnung dieses Unternehmens während des gesamten Berichtsjahres einer Vollzeitbeschäftigung nachgegangen sind. Für die Arbeit von Personen, die nicht das ganze Jahr gearbeitet haben oder die im Rahmen einer Teilzeitregelung tätig waren, und für Saisonarbeit wird der jeweilige Bruchteil an JAE gezählt. [...] Die Dauer des Mutterschafts- bzw. Elternurlaubs wird nicht mitgerechnet«⁵⁰.

3. Leitlinien und Mitteilungen der Kommission

- 65 Da auch die AGVO den Mitgliedstaaten Handlungsspielräume belässt, hat die Kommission konkretere, aber unverbindliche Leitlinien und Mitteilungen herausgegeben. Obwohl es sich dabei um »soft law« handelt, müssen sie von den nationalen Gerichten »berücksichtigt« werden, insbesondere wenn sie der Auslegung verbindlichen Unionsrechts oder nationaler Durchführungsbestimmungen dienen⁵¹.
- 66 Die Kommission beschränkt sich selbst durch ihre Mitteilungen und Leitlinien, weil sie von ihnen nicht grundlos abweichen kann, ohne die Grundsätze der Gleichbehandlung und des Vertrauensschutzes zu verletzen⁵².

50 Wortgleich Art. 5 der Kommissionsempfehlung vom 6.5.2003 zur Definition von Kleinst-, kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. 2003 L 124, S. 36).

51 EuGH vom 13.12.1989 – C-322/88 (*Grimaldi/FDMP*) – Slg. 1989, 4407 (Rn. 8, 18); eingehend zu den Rechtswirkungen von Leitlinien und Mitteilungen der Kommission: *Frenz*, HdbEuropaR, Bd. 3, Rn. 749 ff.

52 EuGH vom 28.6.2005 – C-189/02 P u.a. (*Dansk Rørindustri u.a./Kommission*) – Slg. 2005, 5425 (Rn. 211).

a) Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007-2013

Nach Nr. 1 Satz 1 der Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007-2013⁵³ sollen einzelstaatliche regionale Investitionsbeihilfen die Entwicklung der besonders benachteiligten Gebiete durch »*Förderung der Investitionen und Schaffung von Arbeitsplätzen*« unterstützen. Nach Nr. 8 Satz 1 wird die Kommission diese Leitlinien auf Regionalbeihilfen in sämtlichen Wirtschaftszweigen mit Ausnahme der Fischerei- und Kohleindustrie anwenden. 67

Ebenso wie die AGVO bestimmt Nr. 36b der Leitlinien, daß regionale Investitionsbeihilfen auf der Grundlage der Kosten des Erstinvestitionsvorhabens oder der veranschlagten Lohnkosten für die durch das Investitionsvorhaben direkt geschaffenen Arbeitsplätze bemessen werden. Hier wird unter »Arbeitsplatzschaffung« die Nettoerhöhung der Anzahl der »direkt beschäftigten Arbeitnehmer des betroffenen Betriebs« im Verhältnis zum Durchschnitt der vorangegangenen zwölf Monate verstanden (Nr. 58): 68

»Die Zahl der Beschäftigten entspricht der Zahl der jährlichen Arbeitseinheiten (JAE), d. h. der Zahl der während eines Jahres vollzeitlich Beschäftigten, wobei Teilzeitarbeit oder Saisonarbeit JAE-Bruchteile darstellen«⁵⁴.

b) Kommissionsmitteilung zur Förderung großer Investitionsvorhaben

Die Leitlinien werden u.a. erläutert in der Mitteilung der Kommission zu den Kriterien zur eingehenden Prüfung staatlicher Beihilfen mit regionaler Zielsetzung zur Förderung großer Investitionsvorhaben⁵⁵. Nach deren Nr. 13 können Regionalbeihilfen zwei Ziele verfolgen: 69

»Wenngleich mit Regionalbeihilfen vorrangig Ziele des *Gleichheitsprinzips* (z.B. wirtschaftlicher Zusammenhalt) gefördert werden sollen, können sie auch eingesetzt werden, um *Marktversagen entgegenzuwirken*. Regionale Nachteile können mit Marktversagen verbunden sein; [...]. Wenn Regionalbeihilfen neben Gleichheitszielen auch Effizienzprobleme angehen, ist eine insgesamt größere positive Wirkung zu erwarten« (Hervorhebung durch Verf.).

Ob eine Regionalbeihilfe positive Auswirkungen entfalten kann, ist anhand des nicht abschließenden Katalogs in Nr. 14 der Mitteilung zu ermitteln: 70

53 ABl. 2006 C 54, S. 13.

54 Fn. 52 zu Nr. 58 der Leitlinien.

55 ABl. 2009 C 223, S. 3.

»Die positiven Auswirkungen der Beihilfe können sowohl direkter Art (z.B. Schaffung direkter Arbeitsplätze) als auch indirekter Art sein (z.B. Innovation auf lokaler Ebene).

- Die *Zahl* der durch die Investition geschaffenen direkten Arbeitsplätze ist ein wichtiger Indikator für den Beitrag zur regionalen Entwicklung. Auch die *Qualität* der geschaffenen Arbeitsplätze und das erforderliche *Qualifikationsniveau* sollten berücksichtigt werden. [...]« (Hervorhebung durch Verf.).

c) Kommissionsmitteilung zur Bewertung staatlicher Beihilfen für benachteiligte und behinderte Arbeitnehmer

- 71 Die Mitteilung der Kommission zu den Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender staatlicher Beihilfen für die Beschäftigung von benachteiligten und behinderten Arbeitnehmern mit dem gemeinsamen Markt⁵⁶ erläutert die Kriterien bei der beihilfenrechtlichen Würdigung von *staatlichen Beihilfen in Form von Lohnkostenzuschüssen* (Art. 6 Abs. 1 lit. h und lit. i AGVO). Die Mitteilung gibt über ihren beschränkten Anwendungsbereich hinaus Aufschluß darüber, welche Beihilfenwirkungen von Unionsrechts wegen zu vermeiden sind. Negative Effekte stehen einer Beihilfe allerdings nicht generell entgegen. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die positiven Auswirkungen einer Beihilfe ihre negativen Effekte aufwiegen (Nr. 28 der Mitteilung).
- 72 Zunächst müssen staatliche Beihilfen für die Beschäftigung benachteiligter und behinderter Arbeitnehmer das Verhalten der Beihilfempfeänger dahingehend *positiv beeinflussen*, daß es in dem betreffenden Unternehmen zu einem Nettozuwachs an behinderten oder benachteiligten Arbeitnehmern kommt (Nr. 10 der Mitteilung):
- »Staatliche Beihilfen dürfen somit *nicht* dazu verwendet werden, *Arbeitnehmer zu ersetzen*, für die das Unternehmen keine Beihilfen mehr erhält und die daraufhin entlassen wurden« (Hervorhebung durch Verf.).
- 73 Nach Nr. 13 der Mitteilung muß der Mitgliedstaat darlegen, daß die Beihilfe *erforderlich* ist und der Beihilfenbetrag auf das zur Erreichung des angestrebten Ziels *notwendige Minimum beschränkt bleibt*. Wenn die Beihilfe im Hinblick auf das intendierte Ziel verhältnismäßig ist, hält die Kommission die negativen Auswirkungen der Beihilfe für begrenzt (Nr. 14 der Mitteilung):
- »Zuweilen kann jedoch auch eine Beihilfe, die im Falle eines bestimmten Unternehmens erforderlich und verhältnismäßig ist, [...] eine Verhaltensänderung des Beihilfempfeängers zur Folge haben, die den *Wettbewerb erheblich ver-*

fälscht. In diesen Fällen wird die Kommission die Wettbewerbsverzerrung eingehend prüfen« (Hervorhebung durch Verf.).

Ferner hält die Kommission in Nr. 16 der Mitteilung fest, daß eine Beihilfenregelung, mit der Unternehmen allgemein angeregt werden sollen, mehr benachteiligte oder behinderte Arbeitnehmer zu beschäftigen, eine andere Wirkung auf den Markt haben dürfte als eine umfangreiche Beihilfe, die einem einzelnen Unternehmen gewährt wird, *damit es mehr Arbeitnehmer einer bestimmten Gruppe beschäftigt*: 74

»Im letztgenannten Fall ist die zu erwartende Wettbewerbsverzerrung sicherlich größer, weil die Wettbewerber des Beihilfeempfängers an Wettbewerbsfähigkeit verlieren. Die Wettbewerbsverzerrung ist sogar noch größer, wenn die Arbeitskosten einen hohen Teil der Gesamtkosten des Beihilfeempfängers ausmachen« (Hervorhebung durch Verf.).

Eine *Wettbewerbsverzerrung* nimmt die Kommission u.a. dann an, wenn ein *Substitutionseffekt* eintritt. Nach Nr. 22 und Nr. 23 der Mitteilung ist das der Fall, 75

»[...] wenn Arbeitsplätze für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern lediglich Arbeitsplätze für andere Arbeitnehmergruppen ersetzen. Durch Beihilfen in Form von Lohnkostenzuschüssen für bestimmte Untergruppen von Arbeitnehmern erfolgt eine *Trennung der Arbeitnehmerschaft* in subventionierte und nichtsubventionierte Arbeitskräfte, so dass die Gefahr besteht, dass Unternehmen nichtsubventionierte Arbeitnehmer *durch subventionierte Arbeitnehmer ersetzen*, weil sich die relativen Lohnkosten für subventionierte und nichtsubventionierte Arbeitnehmer ändern.

Da Unternehmen die subventionierte Arbeitnehmer beschäftigen auf denselben Dienstleistungs- bzw. Produktmärkten mit Unternehmen, die keine subventionierten Arbeitnehmer beschäftigen, im Wettbewerb stehen, *tragen Beihilfen in Form von Lohnkostenzuschüssen unter Umständen zum Verlust von Arbeitsplätzen an anderer Stelle bei*. Dazu kommt es, wenn ein Unternehmen, das subventionierte Arbeitnehmer beschäftigt, seine Produktion steigert und Unternehmen, die keine subventionierten Arbeitnehmer beschäftigen, dadurch Marktanteile verlieren, so dass *durch die Beihilfe nichtsubventionierte Beschäftigung verdrängt wird*« (Hervorhebung durch Verf.).

4. Maßgeblichkeit sonstigen Unionsrechts

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann die Kommission eine staatliche Beihilfe, die wegen einer ihrer Modalitäten gegen andere Bestimmungen der Verträge verstößt, nicht für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklären⁵⁷. 76

57 EuGH vom 20.3.1990 – C-21/88 (*Du Pont de Nemours Italiana*) – Slg. 1990, 889 (Rn. 20); EuGH vom 19.9.2000 – C-156/98 (*Deutschland/Kommission*) –

- 77 Deshalb dürfen weder Beihilfen, die in den Anwendungsbereich der AGVO fallen, noch anzumeldende Beihilfen unter keinen Umständen auch nur mit einer ihrer Modalitäten gegen andere Bestimmungen der Verträge verstoßen. Dies bestätigt auch Art. 50 Abs. 2 lit. h AEUV, wonach die Unionsorgane »sicherstellen, dass die Bedingungen für die Niederlassung *nicht durch Beihilfen der Mitgliedstaaten verfälscht* werden«. Weil die Niederlassungsfreiheit ohnehin unmittelbar anwendbar ist, hat die Norm aber zu recht keine selbständige Bedeutung erlangt⁵⁸.
- 78 Zu den hier interessierenden Bestimmungen der Verträge zählen neben den Grundfreiheiten auch die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 3 EUV), die Grundrechtecharta (GRC – Art. 6 Abs. 1 EUV) und die verbindlichen Ziele von Richtlinien (Art. 288 Abs. 3 AEUV), deren praktische Wirksamkeit die Mitgliedstaaten gewährleisten müssen (Art. 4 Abs. 3 EUV).

a) Verhältnismäßigkeitsprinzip

- 79 Ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist das *Verhältnismäßigkeitsprinzip*⁵⁹. Beihilfen müssen also ein legitimes Ziel verfolgen und zu dessen Erreichung erforderlich und angemessen sein⁶⁰.
- 80 Legitime Ziele sind nur solche, die *im Interesse der Union* liegen. Die Sicht des jeweiligen Mitgliedstaats ist unerheblich⁶¹. Konkret muß jede staatliche Beihilfe zur Erreichung eines der in Art. 107 Abs. 3 AEUV genannten Ziele *notwendig* sein:

»[Die Kommission kann] eine Beihilfe nur dann für vereinbar mit Art. 87 Abs. 3 EG erklären, wenn sie feststellen kann, dass die Beihilfe zur Verwirklichung eines der genannten Ziele beiträgt, die das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen durch eigene Maßnahmen nicht erreichen könnte. *Den Mitgliedstaaten darf mit anderen Worten nicht erlaubt werden, Zahlungen zu leisten, die die finanzielle Lage des begünstigten Unternehmens verbessern würden, ohne zur Erreichung der in Art. 87 Abs. 3 EG vorgesehenen Ziele notwendig zu sein* [...].

EuZW 2000, 723 (Rn. 78); EuGH vom 19.9.2002 – C-114/00 (*Spanien/Kommission*) – Slg. 2002, 7657 (Rn. 104).

58 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff, 46. EL (10/2011), Art. 50 AEUV Rn. 19.

59 Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRC; vorher schon: EuGH vom 20.2.1979 – 122/78 (*Buitoni*) – Slg. 1979, 677; EuGH vom 13.12.1979 – 44/79 (*Hauer*) – Slg. 1979, 3727 (LS 5).

60 Vgl. Nr. 13 der Kommissionsmitteilung zur Bewertung staatlicher Beihilfen für benachteiligte und behinderte Arbeitnehmer (dazu Rn. 71 ff.).

61 Grabitz/Hilf/Nettesheim/v. Wallenberg/Schütte, 46. EL (10/2011), Art. 107 AEUV Rn. 144.

Es kann nämlich nicht zugelassen werden, dass die Modalitäten und insbesondere die Höhe einer Beihilfe beschränkende Auswirkungen haben, die über das hinausgehen, was erforderlich ist, um mit der Beihilfe die nach dem EG-Vertrag zulässigen Ziele erreichen zu können»⁶² (Hervorhebung durch Verf.).

b) Einheit und praktische Wirksamkeit des Unionsrechts

Außerdem ist die wertungsmäßige *Einheit der Unionsrechtsordnung* zu 81
beachten. Trotz des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung
(Art. 5 Abs. 2 EUV) ist die Rechtsordnung der EU in den von ihr erfaßten
Bereichen auf einheitliche Ziele gerichtet und bildet insofern eine ge-
schlossene Einheit. Deshalb sind Widersprüchlichkeiten möglichst zu
vermeiden⁶³.

Daraus folgt, daß staatliche Beihilfen weder den EU-Verträgen noch den 82
Zielen von Richtlinien der Union zuwiderlaufen dürfen. Das rechtfertigt
sich schon aus dem *Gebot der praktischen Wirksamkeit (effet utile* –
Art. 4 Abs. 3 EUV). Gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV sind Richtlinien zwar für
jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, nur hinsichtlich des zu
erreichenden Ziels verbindlich und überlassen den innerstaatlichen Stel-
len die Wahl der Form und der Mittel. Daraus folgt aber zugleich das
Verbot, verbindliche Richtlinienziele – egal auf welche Weise – zu konter-
karieren. Schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist ist es den Mitgliedstaaten
verwehrt, Maßnahmen zu treffen, welche die Erreichung der in einer
Richtlinie festgeschriebenen Ziele ernsthaft in Frage stellen⁶⁴.

Außerdem *konkretisieren Richtlinien auch Grundfreiheiten und Grund-* 83
rechte und gehen insofern dem ansonsten unmittelbar geltenden Primär-
recht vor. Soweit Primärrecht aber durch Richtlinien ausformuliert und
ausdifferenziert wird, müssen sich Beihilfen an ihnen messen lassen, weil
die primärrechtlichen Bestimmungen dann im Sinne der Richtlinien zu
verstehen sind, soweit ihr Anwendungsbereich reicht. Um den Wertungs-
gleichlauf zu gewährleisten, verlangt der Grundsatz der Einheit der
Unionsrechtsordnung umgekehrt dann die primärrechtskonforme Ausle-
gung des Sekundärrechts⁶⁵.

62 EuG vom 14.1.2009 – T-162/06 (*Kronopoly/Kommission*) – Slg. 2009, II-1
(Rn. 65 f.); bestätigt durch EuGH vom 24.6.2010 – C-117/09 P – Slg. 2010, 85;
vgl. EuGH vom 17.9.1980 – 730/79 (*Philip Morris/Kommission*) – Slg. 1980,
2671 (Rn. 17).

63 Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Borchardt, § 15 Rn. 50.

64 EuGH vom 18.12.1997 – C-129/96 (*Inter-Environnement Wallonie/Région
wallonne*) – EuZW 1998, 167 (Rn. 41 ff.).

65 Höpfner, Systemkonforme Auslegung, S. 220 ff.

c) Grundrechte

- 84 Die *Europäische Grundrechtecharta* (GRC) ist gem. Art. 6 Abs. 1 EUV seit dem Vertrag von Lissabon rechtsverbindlich. Sie gilt für die Mitgliedstaaten »ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union« (Art. 51 Abs. 1 GRC). Gem. Art. 52 Abs. 1 GRC dürfen die in der Charta enthaltenen Rechte und Freiheiten nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden, das heißt sie müssen erforderlich sein und »den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen«. Die Grundrechtecharta gewährt u.a.:
- Nach Art. 15 Abs. 1 GRC hat jede Person das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben.
 - Nach Art. 16 GRC wird die unternehmerische Freiheit nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt.
 - Nach Art. 31 Abs. 1 GRC hat jeder Arbeitnehmer das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen. Davon umfaßt sind das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 31 Abs. 2 GRC).
- 85 Die unverbindliche Europäische Sozialcharta (ESC)⁶⁶ umschreibt in Art. 3 das Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen dahingehend, daß sich die Vertragsparteien verpflichten
- Sicherheits- und Gesundheitsvorschriften zu erlassen,
 - für Kontrollmaßnahmen zur Einhaltung dieser Vorschriften zu sorgen und
 - die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen in geeigneten Fällen bei Maßnahmen zu Rate zu ziehen, die auf eine Verbesserung der Sicherheit und der Gesundheit bei der Arbeit gerichtet sind.
- 86 Die ebenfalls unverbindliche *Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte* der Arbeitnehmer vom 9. Dezember 1989⁶⁷ erkennt in Nr. 7 verschiedene Beschäftigungsformen nebeneinander an:
- »Die Verwirklichung des Binnenmarktes muß zu einer Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft führen. Dieser Prozeß erfolgt durch eine *Angleichung dieser Bedingungen auf dem Wege des Fortschritts und betrifft namentlich die Arbeitszeit und*

66 BGBl. 1964 II, 1261.

67 KOM 1989, S. 248 endg.

die Arbeitszeitgestaltung sowie *andere Arbeitsformen als das unbefristete Arbeitsverhältnis, wie das befristete Arbeitsverhältnis, Teilzeitarbeit, Leiharbeit und Saisonarbeit*« (Hervorhebung durch Verf.).

II. Vereinbarkeit sozialer Beihilfenkriterien mit dem Beihilfenrecht

Die unionsrechtlichen Vorgaben für staatliche Beihilfen sind im Ansatz 87 nur auf das Anmeldeverfahren (Notifizierung) gerichtet, damit die Kommission den freien Wettbewerb innerhalb der Union wirksam vor »wildem«, latent protektionistischen Beihilfen der Mitgliedstaaten schützen kann. Es bleibt den Mitgliedstaaten grundsätzlich freigestellt, *ob* sie überhaupt Beihilfen vergeben wollen. *In welchen Bereichen und zu welchen Zwecken* die Mitgliedstaaten aber Beihilfen vergeben dürfen, ist durch das grundsätzliche *Verbot mit Ausnahmeverbehalt* (Art. 107 AEUV) stark reglementiert.

Ausdrücklich anerkannt und nach Maßgabe der AGVO ohne vorherige 88 Genehmigung der Kommission prinzipiell zulässig sind u.a. Beihilfen für Investitionen in strukturschwache Gebiete sowie allgemein für die Beschäftigung benachteiligter Arbeitnehmer. Beiden ist gemein, daß sie Arbeitslosigkeit bekämpfen sollen. Deswegen zieht der EuGH auch Parallelwertungen zwischen beiden Beihilfearten⁶⁸.

Ob die Mitgliedstaaten ihre Beihilfen im unionsrechtlich erlaubten Rahmen 89 auch nach »sozialen Kriterien« an Unternehmen vergeben dürfen, ist (bislang) nicht geregelt. Es lassen sich aber den dargestellten Rechtssätzen einige grundsätzliche Wertungen entnehmen:

1. Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen

Wie die Kommissionsmitteilung zur Bewertung staatlicher Beihilfen für 90 benachteiligte und behinderte Arbeitnehmer⁶⁹ ausführlich darlegt, sollen Beihilfen sowenig wie möglich den freien Wettbewerb verfälschen und im Idealfall nur dort gewährt werden, wo der Markt versagt, also unerwünschte Ergebnisse hervorbringt (ungleiche Produktivitätsverteilung, Unterbeschäftigung benachteiligter Arbeitnehmer). Auf jeden Fall sollen Substitutions- und Mitnahmeeffekte (»Beihilfenneurosen«) vermieden werden. Deshalb müssen Beihilfen nachweislich positive Anreizeffekte haben; insbesondere Lohnkostenbeihilfen dürfen nicht versteckt sonstige Betriebskosten finanzieren.

68 EuGH vom 2.4.2009 – C-415/07 (*Lodato Gennaro/INPS u.a.*) – Slg. 2009, 2599 (Rn. 23).

69 Dazu Rn. 71 ff.

2. Schaffung und Besetzung neuer Arbeitsplätze

- 91 Wollen Mitgliedstaaten ihre Beihilfen nach Lohnkosten bemessen, ist deshalb folgerichtig erforderlich, daß die Arbeitsplätze »direkt« durch die zu fördernde Investition geschaffen werden. Der Erhalt bestehender Arbeitsplätze soll gerade nicht gefördert werden, damit die Beihilfen nicht ihren Investitionsanreiz und damit letztlich ihren Beitrag zur Angleichung der Wirtschaftsbedingungen in der Union verlieren. Auch bei der allgemeinen Förderung benachteiligter Arbeitnehmer ist erforderlich, daß ihre Anzahl im Unternehmen netto zunimmt.
- 92 Bei Investitionsförderungen nach dem Kriterium des Beschäftigungszuwachses sind nur solche neugeschaffenen Arbeitsplätze förderungsfähig, die innerhalb gewisser Fristen nach Abschluß der geförderten Investition besetzt werden und ab dann auch über mehrere Jahre besetzt bleiben, ohne andere Arbeitsplätze zu verdrängen. So können geförderte Unternehmen bis zu acht Jahre nach Abschluß des geförderten Vorhabens und über mehr als zehn Jahre ab Beginn des Vorhabens die neugeschaffenen Arbeitsplätze besetzt halten müssen, wenn sie die Beihilfe nicht riskieren wollen⁷⁰.

3. Zulässige Anforderungen an förderfähige Arbeitsplätze

- 93 Soweit die Beihilfeintensität nicht nach den Kosten einer Neuinvestition in Vermögenswerte, sondern nach den neugeschaffenen Arbeitsplätzen bemessen wird, ist sie nach der Anzahl der neuen Arbeitsplätze im zu fördernden Unternehmen bzw. am Zuwachs seiner Beschäftigtenzahl zu bemessen. Das Unionsrecht macht aber wenig nähere Angaben zur Art der förderfähigen Arbeitsplätze. Sie müssen nur – wie gesagt – besetzt werden und für eine gewisse Zeit auch bleiben. Aus der sehr allgemeinen Formulierung, »auch die Qualität der geschaffenen Arbeitsplätze und das erforderliche Qualifikationsniveau sollten berücksichtigt werden«⁷¹, kann aber geschlossen werden, daß *bei investitionsbedingt neugeschaffenen Arbeitsplätzen soziale Kriterien prinzipiell eine Rolle spielen dürfen*.

a) Kein Primat des »Normalarbeitsverhältnisses«

- 94 Allerdings findet sich das von *Kohte* postulierte Primat des »Normalarbeitsverhältnisses« im Beihilfenrecht der Union nicht. Im Gegenteil: Es wird widerlegt durch die Methode, mit der positive Beschäftigungseffekte von Beihilfen ermittelt werden:

70 MüKo-WettbR/*Knoblich*, Bd. 3, Art. 13, 14 AGVO Rn. 284, 270.

71 Rn. 70.

aa) Jährliche Arbeitseinheiten als Rechengröße

Um festzustellen, ob eine Beihilfe einen positiven Beschäftigungseffekt 95 hat, werden als Rechengröße die jährlichen Arbeitseinheiten herangezogen. Die Jahresarbeitseinheit (JAE) wird definiert, als die Anzahl der während eines Jahres vollzeitlich Beschäftigten: ein über das ganze Jahr vollzeitlich Beschäftigter = eine JAE; 100 über das ganze Jahr vollzeitliche Beschäftigte = 100 JAE. Maßgeblich ist dabei die tatsächlich geleistete Arbeit, weshalb ganzjährig in Mutterschaft oder Elternzeit befindliche (Vollzeit-)Beschäftigte mit null JAE anzusetzen sind⁷². Teilzeit- und Saisonarbeitnehmer sind nach JAE-Bruchteilen einzubeziehen. Wer also über das gesamte Jahr nur halbtags beschäftigt ist, erbringt 0,5 JAE; wer nur während einer dreimonatigen Saison in Vollzeit beschäftigt ist, erbringt 0,25 JAE.

bb) Gleichbehandlung aller Beschäftigungsformen

Da die JAE eine bloße Rechengröße zur Ermittlung des Personalbedarfs 96 ist (vergleichbar dem »Manntag« oder der »Personenstunde«), ist nicht notwendig, daß die neueinzustellenden Arbeitnehmer allesamt oder wenigstens zum Teil auch tatsächlich »vollzeitlich beschäftigt« sein müssen. Denn als alternative Beschäftigungsformen werden gerade ausdrücklich die Teilzeitarbeit und die Saisonarbeit als anteilig förderfähig anerkannt. Das muß auch so sein, denn es würden etwa Frauen entgegen Art. 21 Abs. 1, Art. 23 GRC mittelbar diskriminiert, wenn Teilzeitbeschäftigte nicht förderfähig wären und deshalb von geförderten Unternehmen auf neugeschaffenen Arbeitsplätzen typischerweise nicht eingestellt würden⁷³.

Obzwar erforderlich ist, daß die neugeschaffenen Arbeitsplätze über be- 97 stimmte Zeiträume besetzt bleiben, ist eine *Besetzung durch jeweils vorübergehende Beschäftigungsverhältnisse nicht ausgeschlossen*. Wie Generalanwalt Colomer zutreffend festgestellt hat, dient jede Art neuer Beschäftigung der Förderung des Wachstums, sofern sie eine gewisse Stabilität aufweist und es ermöglicht, das genaue Maß des durch sie geleisteten Beitrags festzustellen. Deswegen ist es unionsrechtlich auch untersagt, Unternehmen, die sich des Instruments der Saisonarbeit bedienen, bei der Berechnung der Beschäftigungszunahme zu benachteiligen,

⁷² MüKo-WettbR/Knoblach, Bd. 3, Art. 13, 14 AGVO Rn. 263.

⁷³ Zur Verknüpfung von Teilzeitbeschäftigung und mittelbarer Frauendiskriminierung etwa: EuGH vom 2.10.1997 – C-100/95 (*Kording*) – EuZW 1998, 191 (Rn. 16 ff.); EuGH vom 27.5.2004 – C-285/02 (*Elsner-Lakeberg*) – EuZW 2004, 476 (Rn. 17).

sofern der Fortbestand des Saisonarbeiterbedarfs nachgewiesen wird und die Saisonarbeiter nach JAE-Bruchteilen gezählt werden⁷⁴.

98 Der EuGH hat sich dieser Meinung angeschlossen:

»Daher diskriminiert die Methode Unternehmen, deren Tätigkeit von der Saison abhängt, nicht, weil die Saisontätigkeit auch in Form von JAE-Bruchteilen in die zweite Vergleichsgröße im Rahmen des Vergleichs einbezogen ist, der für die Prüfung vorzunehmen ist, ob die Voraussetzung der Schaffung von Nettoarbeitsplätzen erfüllt ist. Wie der Generalanwalt in den Nrn. 57 bis 71 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, *wäre eine Ungleichbehandlung dieser Unternehmen und der anderen nicht gerechtfertigt, da sie alle, um in den Genuss einer Beihilfe zu gelangen, in gleicher Weise verpflichtet sind, die neu geschaffenen Arbeitsplätze für eine Mindestdauer zu erhalten*«⁷⁵ (Hervorhebung durch Verf.).

99 Wenn ein Mitgliedstaat die Investitionsförderung nach neugeschaffenen Arbeitsplätzen bemißt, muß er sich nach dem Zuwachs der JAE richten. Um dabei die Vielzahl der unionsrechtlich anerkannten Beschäftigungsformen⁷⁶ zu erfassen, mit Hilfe derer die JAE auf den neugeschaffenen Arbeitsplätzen tatsächlich erbracht werden können, ist zunächst der abstrakt neugeschaffene Arbeitsbedarf nach JAE zu ermitteln. Sodann sind die Kosten seiner tatsächlichen Bewältigung als »Lohnkosten« förderfähig.

100 Es darf nicht verlangt werden, daß die neuen Arbeitsplätze über den gesamten Mindestzeitraum durchweg mit Arbeitnehmern (erst recht nicht in Vollzeitbeschäftigung) besetzt sind. Wie der EuGH ausgeführt hat⁷⁷, sind die neugeschaffenen *Arbeitsplätze*, also der investitionsbedingte JAE-Mehrbedarf, für die Mindestdauer zu erhalten. Im Ergebnis sind freilich nur die »Lohnkosten« für Zeiten der tatsächlichen Besetzung förderfähig; der Beihilfenempfänger darf nicht »auf Gutachtenbasis« abrechnen. Eine alternative Berechnungsform – etwa ausschließlich nach Neubegründeten Vollzeit-Arbeitsverhältnissen mit dem Beihilfenempfänger – steht den Mitgliedstaaten bei regionalen Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen *nicht* zur Verfügung.

101 Dies bestätigt sich darin, daß bei der investitionsunabhängigen *Förderung benachteiligter Arbeitnehmer* nach Art. 40 AGVO gerade die »Einstellung« und »dauerhafte Beschäftigung« des konkret eingestellten, benachteiligten Arbeitnehmers Förderungsvoraussetzung ist. Diese Beihilfenart

74 GA Colomer, Schlußanträge vom 27.11.2008 zu EuGH – C-415/07 (*Lodato Gennaro/INPS u.a.*) – Slg. 2009, 2601 (Rn. 67 ff.).

75 EuGH vom 2.4.2009 – C-415/07 (*Lodato Gennaro/INPS u.a.*) – Slg. 2009, 2599 (Rn. 31).

76 Dazu Rn. 86.

77 Rn. 98.

verlangt nicht einen investitionsbedingten JAE-Mehrbedarf des Beihilfenempfängers, sondern einen Nettozuwachs benachteiligter Arbeitnehmer im Unternehmen des Beihilfenempfängers. Die Gesamtbeschäftigtenzahl muß dafür nicht notwendig erhöht werden, denn Art. 40 Abs. 4 AGVO richtet sich nur gegen die »Freikündigung« von Arbeitsplätzen, die bislang von nicht benachteiligten Arbeitnehmern besetzt waren, und damit gegen Substitutionseffekte. Es soll nur das spezifische Beschäftigungsniveau benachteiligter Arbeitnehmer gesteigert werden⁷⁸.

Für diese Beihilfenart sind (Fest-)Einstellungen unionsrechtlich sogar geboten, sodaß ein Nettozuwachs an benachteiligten Leiharbeitnehmern beim *entleihenden Unternehmen* nicht förderfähig ist – aber ohne weiteres beim *Leiharbeitsunternehmen*. Hingegen fehlt den Vorschriften zu den regionalen Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen eine Bezugnahme auf das konkrete Arbeitsverhältnis; dort wird nur allgemein ein JAE-Zuwachs verlangt. Dieser systematische Vergleich bestätigt, daß bei Beschäftigungsbeihilfen die Mitgliedstaaten *nicht nach Beschäftigungsformen differenzieren* dürfen. 102

Freilich werden die Mitgliedstaaten auch bei *Beihilfen für benachteiligte Arbeitnehmer* nicht etwa die Einstellung zur Vollzeitbeschäftigung verlangen dürfen, sondern gleichermaßen die Einstellung zur Teilzeit- und Saisonarbeit anerkennen müssen. Auch mit diesen Beschäftigungsformen wird schließlich das Beschäftigungsniveau benachteiligter Arbeitnehmer angehoben. Gem. Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte⁷⁹ soll gerade die Angleichung der Arbeitsbedingungen auch durch andere Arbeitsformen als das unbefristete Arbeitsverhältnis – namentlich das befristete Arbeitsverhältnis, Teilzeitarbeit, Leiharbeit und Saisonarbeit – verwirklicht werden. 103

b) Förderfähigkeit befristet Beschäftigter und Leiharbeitnehmer

Obgleich die unionsrechtlichen Vorgaben für regionale Beschäftigungsbeihilfen nur Teilzeit- und Saisonarbeit als mögliche Beschäftigungsformen nennen, sind auch neugeschaffene Arbeitsplätze, die mit befristet Beschäftigten oder Leiharbeitnehmern besetzt werden, gleichermaßen förderfähig. *Befristet Beschäftigte* sind als solche ohnehin »vollzeitlich beschäftigt«. Der Einsatz befristet Beschäftigter wird auch nicht faktisch durch die Mindesterhaltungsdauer der Arbeitsplätze beschränkt, weil die *Arbeitsplätze* zu erhalten sind, nicht die *Arbeitsverhältnisse*. Auch *Leiharbeit* ist eine gleichermaßen förderfähige Beschäftigungsform. Dagegen 104

⁷⁸ MüKo-WettbR/*Jestaedt*, Bd. 3, Art. 40 AGVO Rn. 6 f.

⁷⁹ Rn. 86.

sprechen insbesondere nicht die Vorschriften zur Erstattung der »Lohnkosten«:

aa) Erstattungsfähige »Lohnkosten«

- 105** Art. 2 Nr. 15 AGVO⁸⁰ versteht unter den erstattungsfähigen Lohnkosten »Bruttolohn« und Sozialabgaben. Beides zahlt ein Unternehmen, das die neugeschaffenen JAE von Leiharbeitnehmern erbringen läßt, *bei formeller Betrachtung* nicht. Wenn etwa ein Unternehmen durch eine Investition 100 neue Arbeitsplätze für vollzeitliche Beschäftigung (= 100 JAE) schafft, diese aber mit Leiharbeitnehmern besetzt, betragen die investitionsbedingten »Lohn«-Kosten des Beihilfenempfängers null Euro. Sollte ein Mitgliedstaat die Beihilfeintensität ausschließlich nach den Lohnkosten für neugeschaffene Arbeitsplätze bemessen, erhielte der Unternehmer demnach für seine Investition überhaupt keine Förderung.
- 106** Indes werden Lohnkosten in Art. 2 Nr. 15 AGVO zunächst allgemein als »alle Kosten, die der Beihilfeempfänger für den fraglichen Arbeitsplatz tatsächlich tragen muss«, definiert. Die im Anschluß aufgeführten Posten (Bruttolohn, Pflichtbeiträge, Pflege- und Betreuungskosten) müssen nicht abschließend gemeint sein. Vielmehr deutet die Definition – auch vor dem Hintergrund der generellen Ausrichtung der Beschäftigungsbeihilfen auf Schaffung von mehr JAE-Bedarf – auf eine Gleichstellung von Lohnkosten mit personenbezogenen Arbeitsplatzkosten, sprich: Personalkosten hin. Personalkosten können der Bruttolohn und die verschiedenen, nach dem jeweiligen Sozialrecht der Mitgliedstaaten vorgesehenen Lohnnebenkosten sein. Personalkosten können aber *bei materieller Betrachtung* ebenso auch die Vergütungen sein, die der Beihilfenempfänger einem Leiharbeitsunternehmen für die Überlassung von Leiharbeitnehmern zahlt, um den investitionsbedingten JAE-Mehrbedarf zu bewältigen. Dann wären die Zahlungen an das Leiharbeitsunternehmen Personalkosten für die Zeit der Überlassung und damit Lohnkosten im Sinne des Art. 2 Nr. 15 AGVO.

bb) Maßgeblichkeit materieller Personalkosten

- 107** Welche Betrachtung vorzugswürdig ist, richtet sich nach den Zielen der Union, insbesondere der konkreten Beihilfenart. Das europäische Beihilfenrecht will vor allem den unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt schützen. Erlaubt sind Beihilfen etwa nur dann, wenn sie strukturschwache Regionen fördern, indem sie dort ansässige Unternehmen zu Investitionen in Vermögenswerte oder zur Schaffung neuer Arbeitsplätze animieren. Es läßt sich dem Unionsrecht nicht entnehmen, daß diese Beihilfen »Normalarbeitsverhältnisse« schaffen sollen, denn es geht einzig

80 Rn. 60.

um die »Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht« (Art. 107 Abs. 3 lit. a AEUV). Investieren Unternehmen in solche Gebiete, wirken sie beidem entgegen. Mit welchen Beschäftigungsinstrumenten sie ihre unternehmerischen Ziele verfolgen, ist beihilfenrechtlich irrelevant. *Jeder neue Arbeitsplatz ist ein Beitrag zu mehr Beschäftigung und einem höheren Lebensstandard*⁸¹.

Für die materielle Auslegung der »Lohnkosten« spricht zudem, daß die Vergütung für die Überlassung von Leiharbeitnehmern wirtschaftlich sowohl den Bruttolohn der Leiharbeitnehmer als auch die darauf entfallenden Sozialabgaben umfaßt. Nur werden diese Lohnkosten nicht unmittelbar vom Beihilfenempfänger an die Leiharbeitnehmer, sondern an das Leiharbeitsunternehmen gezahlt. Deswegen verlieren sie aber nicht ihre Einstufung als Lohnkosten im Sinne des Art. 2 Nr. 15 AGVO, denn es handelt sich auch um »Kosten, die der Beihilfeempfänger für den fraglichen Arbeitsplatz tatsächlich tragen muss«. Der Zahlungsempfänger der Lohnkosten ist irrelevant. Nach deutschem Recht zahlt der Arbeitgeber auch seine Beiträge zu den Sozialversicherungen nicht an die Arbeitnehmer, sondern an die Sozialkassen; gleichwohl sind sie erstattungsfähige Lohnkosten. 108

cc) Mögliche Einschränkung für überschießendes Überlassungsentgelt

Einzig der über die Lohnkosten der Leiharbeitnehmer hinausgehende Betrag, welchen der Beihilfenempfänger dem Leiharbeitsunternehmen für die Überlassung zahlt, ist wirtschaftlich keine Erstattung der tatsächlichen Lohnkosten des Leiharbeitsunternehmens. Dieser Anteil könnte deshalb bei restriktiver Auslegung des Lohnkostenbegriffs aus den förderfähigen Lohnkosten des Beihilfenempfängers ausgeklammert werden⁸². 109

dd) Keine »Überförderung«, keine »Doppelförderung«

Aufgrund der strikten Orientierung auf die JAE ist eine Mehrfachförderung von Leiharbeitsverhältnissen ausgeschlossen. Arbeitsplätze, die mit Leiharbeitnehmern besetzt sind, sind wie in den Fällen von Teilzeit- und Saisonarbeit nur während der tatsächlichen Überlassung besetzt und damit sind auch nur die für diese Zeiten entstehende Personalkosten förderfähig. Wurde bereits das Leiharbeitsunternehmen für die von ihm geschaffenen Arbeitsplätze gefördert, muß eine Zweit-Förderung des 110

81 Ebenso GA Colomer (Rn. 97) für die Saisonarbeit.

82 Auch MüKo-WettbR/Knoblich, Bd. 3, Art. 13, 14 AGVO Rn. 279, 271, sieht nur »Bruttolohnkosten« als förderfähig an, »die das entleihende Unternehmen aufwenden muss«.

entleihenden Unternehmens für die Zeit der Überlassung ausgeschlossen sein⁸³. Allerdings ist die Beihilfenkumulation einzelfallabhängig (vgl. nur Art. 7 AGVO).

ee) Den Förderungszielen dienlich

- 111** Es kann nicht eingewandt werden, daß der Einsatz von Leiharbeit nicht zu mehr Beschäftigung oder einem höheren Lebensstandard in strukturschwachen Regionen führe. Auch Leiharbeitnehmer sind »normale« Arbeitnehmer und nicht bloße Teilnehmer einer Beschäftigungsmaßnahme im Sinne des SGB II. Durch ihre Arbeit tragen sie wie »normale« Arbeitnehmer zur wirtschaftlichen Stärkung ihres Einsatzortes bei⁸⁴. Dieser Ansicht ist auch die EU, wie in Erwägungsgrund Nr. 11 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG deutlich wird:

»Die Leiharbeit entspricht nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren. Sie trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei«.

Außerdem ist der beschäftigungsfördernde Effekt der Leiharbeit auch statistisch nachgewiesen⁸⁵.

- 112** Leiharbeitnehmer erhalten für ihre Arbeit auch dank des *equal-pay*-Grundsatzes (Art. 5 Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG) – vorbehaltlich nationaler Besonderheiten – prinzipiell das gleiche Arbeitsentgelt wie »normale« Arbeitnehmer, was den Lebensstandard in der strukturschwachen Region erhöht. Daß Leiharbeitnehmer eher als »normale« Arbeitnehmer aus strukturstarken in strukturschwache Regionen pendeln, ist nicht bekannt und auch unerheblich. Auch Pendler tragen zur Wirtschaftskraft ihres Arbeitsortes bei.

4. Berücksichtigung sonstiger Unternehmensmerkmale

a) Beihilfenrechtliche Einschränkungen

- 113** Abseits der zu fördernden Maßnahmen stellt das *Beihilfenrecht* der Union keine besonderen Anforderungen an die potentiellen Beihilfenempfänger. Allerdings dürfen nach Art. 1 Abs. 3 AGVO Unternehmen in bestimmten Wirtschaftsbereichen nicht auf Grundlage der AGVO gefördert werden (Fischerei, Landwirtschaft, Steinkohlebergbau, Stahlindustrie, Schiffbau). Art. 1 Abs. 4 AGVO nimmt außerdem nationale Regionalbeihilfenregelungen aus, die »gezielt bestimmte Wirtschaftszweige des verarbeitenden Gewerbes oder des Dienstleistungssektors betreffen« (mit Ausnahme der

⁸³ MüKo-WettbR/*Knoblich*, Bd. 3, Art. 13, 14 AGVO Rn. 271.

⁸⁴ MüKo-WettbR/*Knoblich*, Bd. 3, Art. 13, 14 AGVO Rn. 271.

⁸⁵ Dazu Rn. 216.

Tourismusindustrie). Der dazugehörige 14. Erwägungsgrund betont, daß mit regionalen Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen nicht Ziele in ganz bestimmten Wirtschaftszweigen verfolgt und damit sektorale statt horizontale Wirkungen erzielt werden dürfen. Solche Beihilfen müssen die Mitgliedstaaten nach wie vor der Kommission einzeln anmelden und von ihr genehmigen lassen⁸⁶.

Die Mitgliedstaaten dürfen also mit ihren Beihilfen *im Rahmen der AGVO keine sektoralen Steuerungen* vornehmen – das ist nur mit einzelfallbezogener Genehmigung der Kommission oder im Rahmen spezifisch sektorenbezogener Beihilfeverordnungen⁸⁷ zulässig. Die Kommission hat in ihren Leitlinien für *Beschäftigungsbeihilfen* von 1995⁸⁸ dies in den abschließenden Bemerkungen unter Nr. 29 bekräftigt:

»Indes können staatliche Beschäftigungsbeihilfen in den Fällen, in denen sie bestimmte Wirtschaftsbereiche, bestimmte Unternehmen oder bestimmte Kategorien von Beihilfen betreffen, für die besondere gemeinschaftliche Vorschriften gelten, nur dann als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden, wenn sie die in diesen genannten Voraussetzungen erfüllen«.

b) Sektorale Steuerung durch Leiharbeitsquoten

Staatliche Regionalbeihilfen betreffen einerseits »gezielt« einen bestimmten Wirtschaftszweig im Sinne des Art. 1 Abs. 4 AGVO, wenn sie nur oder bevorzugt Unternehmen aus diesem Wirtschaftszweig fördern (*positive sektorale Steuerung*) – etwa eine Förderrichtlinie, die Investitionen in strukturschwachen Gebieten durch Unternehmen der Automobilindustrie mit höheren Sätzen fördert als durch andere Unternehmen. Staatliche Regionalbeihilfen betreffen aber andererseits auch dann »gezielt« einen bestimmten Wirtschaftszweig, wenn sie Unternehmen aus diesem Wirtschaftszweig nicht oder nur vermindert fördern (*negative sektorale Steuerung*) – etwa eine Förderrichtlinie, die Investitionen in strukturschwachen Gebieten durch Call-Center-Unternehmen nur mit der Hälfte der sonst üblichen Beschäftigungsbeihilfe fördert.

Sowohl gegen positive als auch gegen negative sektorale Steuerungen durch staatliche Beihilfen wendet sich Art. 1 Abs. 4 AGVO, weil beide »gezielt bestimmte Wirtschaftszweige betreffen« und damit sektorale statt

86 MüKo-WettbR/*Jestaedt*, Bd. 3, Art. 1 AGVO Rn. 5.

87 Dazu instruktiv: Grabitz/*Hilf/Nettesheim/v. Wallenberg/Schütte*, 46. EL (10/2011), Art. 107 AEUV Rn. 378 ff.; eingehend: MüKo-WettbR, Bd. 3 (2011), F. Sektoren (S. 852 ff.).

88 ABl. 1995 C 334, S. 4; Geltung im Jahre 2000 verlängert, ABl. 2000 C 371, S. 12; mit Inkrafttreten der Freistellungsverordnung 2204/2002/EG ausgelaufen.

horizontale Wirkungen erzielen. Für sektorale Beihilfen gelten aber strengere Bestimmungen bzw. die Kommission muß jede einzeln genehmigen.

aa) Leiharbeit als Wirtschaftssektor

- 117 Aus Sicht des europäischen Beihilfenrechts bildet die Leiharbeit einen *eigenen Wirtschaftszweig des Dienstleistungssektors*. Die Kommission verwendet zur Klassifizierung der Wirtschaftszweige die Statistische Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (*Nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne* – NACE Rev. 2) für alle Statistiken, die nach Wirtschaftszweigen gegliedert sind (Art. 3 VO 1893/2006/EG). Die NACE »gewährleistet die Relevanz der gemeinschaftlichen Klassifikationen für die wirtschaftliche Wirklichkeit und verbessert die Vergleichbarkeit zwischen nationalen, gemeinschaftlichen und internationalen Klassifikationen« (Art. 1 Abs. 1 VO 1893/2006/EG). Sie ist damit prädestiniert für eine unionsweit einheitliche Abgrenzung von Wirtschaftssektoren. Zwar dient die NACE direkt nur statistischen Zwecken (Art. 1 Abs. 2 VO 1893/2006/EG), jedoch wird sie auch für die Abgrenzung von Wirtschaftssektoren im Beihilfenrecht herangezogen (vgl. Art. 2 Nr. 25 AGVO).
- 118 Nach der NACE-Klassifikation bildet die »befristete Überlassung von Arbeitskräften« die *Klasse 78.20* in der Abteilung 78 (»Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften«) im Abschnitt N (»Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen«). Sie wird dort wie folgt beschrieben:
- »Diese Klasse umfasst die Überlassung von Arbeitskräften an Kunden für einen begrenzten Zeitraum, um den Personalbestand des Kunden aufzustocken oder vorübergehend zu verstärken, wobei die überlassenen Arbeitskräfte Beschäftigte der Zeitarbeitsfirmen bleiben. Die hier eingeordneten Einheiten üben jedoch keine direkte Aufsicht über ihre Mitarbeiter in den Kundenunternehmen aus«.

bb) Leiharbeitsquoten als gezielte (negative) Sektoralförderung

- 119 Da die Leiharbeit einen eigenen Wirtschaftszweig des Dienstleistungssektors bildet, dürfen staatliche Regionalbeihilfenregelungen im Rahmen der AGVO weder positiv noch negativ auf diesen Sektor gezielt steuernd einwirken. Da auch keine Vorschriften zur sektoralen Förderung der Leiharbeit existieren, sind entsprechende Beihilfen überhaupt nur nach vorheriger Genehmigung der Kommission zulässig.

Die eingangs aufgeführten *Leiharbeitsquoten* in den Förderrichtlinien der Bundesländer⁸⁹ sind negativ sektorale Steuerungen im Sinne des Art. 1 Abs. 4 AGVO⁹⁰, auch wenn sie nicht Leiharbeitsunternehmen von der GRW-Förderung ausschließen, sondern gezielt nur Unternehmen, die mehr als einen bestimmten Anteil Leiharbeitnehmer einsetzen. »Gezielt« ist der sektorale Effekt dennoch, weil damit der einzige Geschäftsgegenstand von Leiharbeitsunternehmen sanktioniert wird. Wenn die *Nachfrage nach Leiharbeitnehmern künstlich gedrosselt* wird, indem Beihilfenempfänger weniger oder gar keine Leiharbeitnehmer mehr einsetzen dürfen, ist das Geschäftsmodell der Leiharbeitsunternehmen angegriffen. Dies ist mit dem Binnenmarkt und seiner Dienstleistungsfreiheit unvereinbar⁹¹. Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuß hat in einer Stellungnahme vom 13. Mai 2009⁹² deswegen unter Punkt 4.2.2.4 für ein besseres Funktionieren des Binnenmarkts angemahnt:

»Wichtige Bereiche, wie zum Beispiel [...] die Dienstleistungen von Leiharbeitsfirmen [...], werden von der Dienstleistungsrichtlinie nicht erfaßt [vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. e RL 2006/123/EG]. Auch diese Dienstleistungen erfordern einen funktionierenden Binnenmarkt, besonders wenn Unternehmen aktive Dienstleistungsanbieter sein sollen«.

Leiharbeitsquoten in Regionalbeihilfenregelungen betreffen somit »gezielt bestimmte Wirtschaftszweige [...] des Dienstleistungssektors« im Sinne des Art. 1 Abs. 4 AGVO. Sie sind damit *nicht* nach der AGVO freigestellt, sondern *verstoßen* mangels einer sektorenspezifischen Beihilfenverordnung ohne vorherige Genehmigung der Kommission gegen Art. 107 Abs. 1 AEUV. 120

c) Verhältnismäßigkeit und Verbot »beihilfenzweckfremder« Modalitäten

aa) Zweckbindung von Beihilfemodalitäten

Damit die Kommission staatliche Beihilfen genehmigen kann, müssen sie zur Erreichung eines der in Art. 107 Abs. 3 AEUV genannten Ziele dienen und dürfen nicht über das dafür erforderliche Maß hinausgehen⁹³. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip betrifft nicht nur die Beihilfeintensität, sondern auch ihre Modalitäten, wie das EuG herausgestellt hat: 121

»Es kann nämlich nicht zugelassen werden, dass die Modalitäten und insbesondere die Höhe einer Beihilfe beschränkende Auswirkungen haben, die

89 Rn. 14 ff.

90 Rn. 115 f.

91 Dazu Rn. 243 ff.

92 ABl. 2009 C 277, S. 42 – zur Ostseeregion.

93 Rn. 79 f.

über das hinausgehen, was erforderlich ist, um mit der Beihilfe die nach dem EG-Vertrag zulässigen Ziele erreichen zu können«⁹⁴.

- 123** Wenn etwa ein Mitgliedstaat gestützt auf Art. 107 Abs. 3 lit. a AEUV Investitionen in ein strukturschwaches Gebiet durch Beihilfen fördern will, darf die Beihilfe nicht unter solchen Modalitäten vergeben werden, die zur Erreichung dieses Ziels nicht notwendig sind, sondern über das dafür erforderliche Maß hinausgehen und damit unangemessen sind. Um die wirtschaftliche Entwicklung von Gebieten im Sinne des Art. 107 Abs. 3 lit. a AEUV zu fördern, sind deshalb auch alle investitionsunabhängigen Anforderungen an die potentiellen Beihilfenempfänger auf ihre konkrete Zweckdienlichkeit zu prüfen. Modalitäten, die nicht dem Beihilfenzweck dienen (*»beihilfenzweckfremde« Modalitäten*), verfälschen grundlos den freien Wettbewerb im Binnenmarkt und sind deshalb gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV *generell unzulässig*.

bb) Zweckverfehlung von Leiharbeitsquoten in GRW-Programmen

- 124** Staatliche Beihilfen nach sozialen Kriterien werden durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht ausgeschlossen, solange sie dem Beihilfenzweck dienen und zu dessen Erreichung notwendig sind. Auch *Leiharbeitsquoten*, wie sie in den eingangs aufgeführten Förderrichtlinien der Bundesländer enthalten sind⁹⁵, müssen dementsprechend notwendig sein, um den Zweck der jeweiligen Beihilfe zu erreichen.
- 125** Derzeit enthalten – soweit ersichtlich – nur Förderrichtlinien im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe »Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur« (GRW) Leiharbeitsquoten. Sie beruhen auf dem gemeinsamen GRW-Koordinierungsrahmen⁹⁶, der nach den unionsrechtlichen Vorschriften für »Beihilfen mit regionaler Zielsetzung« auszugestalten ist (§ 4 Abs. 2 Satz 1 GRWG). In dem GRW-Koordinierungsrahmen wird darauf hingewiesen, daß für die GRW insbesondere die Kommissionsleitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007-2013⁹⁷ sowie die Freistellungsbestimmungen für Regionalbeihilfen gelten⁹⁸. Teil II-A des Koordinierungsrahmens bildet u.a. die nationale Rechtsgrundlage zur Vergabe von Beihilfen im Sinne der AGVO⁹⁹. Der GRW-Koordinierungsrahmen betont aber, daß bei beihilfenrelevanten Auslegungs- oder Ab-

94 EuG vom 14.1.2009 – T-162/06 (*Kronopoly/Kommission*) – Slg. 2009, II-1 (Rn. 66); bestätigt durch EuGH vom 24.6.2010 – C-117/09 P – Slg. 2010, 85.

95 Rn. 14 ff.

96 BT-Drs. 16/13950, dazu Rn. 270 ff.

97 Rn. 67 f.

98 BT-Drs. 16/13950, S. 16.

99 BT-Drs. 16/13950, S. 41 Fn. 1.

grenzungsfragen auf die Freistellungsbestimmungen zurückgegriffen werden muß¹⁰⁰ und die EU-Verordnungen und die Mitteilungen der Kommission in der jeweils geltenden Fassung bei der konkreten Vergabe von Beihilfen zu beachten sind¹⁰¹.

Die GRW-Förderrichtlinien verfolgen also die Ziele des Art. 107 Abs. 3 lit. a und lit. c AEUV und damit neben der Angleichung der Wirtschafts- und Lebensbedingungen auch die Schaffung von Arbeitsplätzen. Um diese Ziele zu erreichen, ist die Beschränkung bzw. Versagung von Beihilfen für Unternehmen, die bestimmte *Leiharbeitsquoten* überschreiten, aber *weder zweckdienlich noch notwendig*: 126

- GRW-Beihilfen sollen erreichen, daß Unternehmen investieren und Arbeitsplätze schaffen. Ob ein Unternehmen das will und kann und damit als Beihilfenempfänger in Frage kommt, ist von seiner Leiharbeitsquote unabhängig. *Ein Unternehmen kann nicht besser investieren und Arbeitsplätze schaffen, wenn es weniger Leiharbeiter beschäftigt.* Vielmehr ist das Gegenteil zu vermuten: Je höher die Leiharbeitsquote in einem Unternehmen, desto flexibler ist es in Krisenzeiten und kann auf einen Auftragseinbruch besser reagieren, als wenn es betriebsbedingte Kündigungen mit Interessenausgleich, Sozialplan und Gerichtsverfahren durchführen müßte. Die Investition oder neugeschaffenen Arbeitsplätze, für die ein Unternehmen Beihilfen erhalten hat, kann es besser schützen und somit »Investitionsruinen« vermeiden, wenn es sich der Leiharbeit bedient¹⁰². 127
- Regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen sollen das tun, was ihr Name verheißt: Bei Investitionen und der Schaffung von Beschäftigung in bestimmten Regionen helfen. Die Beihilfenempfänger werden durch die finanzielle Unterstützung also nicht dafür belohnt, was sie bisher gemacht haben, sondern ausschließlich dafür, was sie in Zukunft tun werden (Anreizeffekt!). Leiharbeitsquoten sind aber auf das Unternehmen bzw. die Betriebsstätte insgesamt bezogen, nicht auf die investitionsbedingt neu zu schaffenden Arbeitsplätze. Die Quoten dürfen dem »Leiharbeitssünder« nicht unterstellen, die Mindesterhaltungsdauer der neu zu schaffenden Arbeitsplätze wegen des generellen Einsatzes von Leiharbeit nicht gewährleisten zu können, denn die Mindesterhaltungsvorschriften selbst erfüllen diesen Zweck schon vollkommen. Dagegen verkennt *Kohle* die fehlende Erforderlichkeit: »Das Ziel dauerhafter und stabiler Arbeitsplätze 128

100 BT-Drs. 16/13950, S. 16.

101 BT-Drs. 16/13950, S. 41 Fn. 1.

102 Zur statistischen Bestätigung Rn. 216.

kann nicht erreicht werden, wenn Leiharbeit einen zu großen Anteil im Betrieb einnimmt«¹⁰³.

- 129 • Leiharbeitsquoten gehen vielmehr auf den politischen Willen zurück, Unternehmen, die Leiharbeit über die – ebenfalls vom Willen gekürten – Quoten hinaus einsetzen, nicht bei Investitionen und der Schaffung von Arbeitsplätzen zu fördern, *weil* sie jene Quoten überschreiten. *Leiharbeitsquoten stehen in keinem Zusammenhang zu Investitionen oder neu zu schaffenden Arbeitsplätzen*. Dies gibt auch *Kohte* zu: »Hintergrund dieser Regelung ist das Ziel, die Anzahl der Leiharbeitsverhältnisse gering zu halten und die Stammbesellschaft zu stärken«¹⁰⁴.
- 130 • Da die EU fest davon ausgeht, daß durch Leiharbeit die Arbeitslosigkeit vermindert werden kann¹⁰⁵, und dies statistisch belegt ist¹⁰⁶, dienen Leiharbeitshöchstquoten nicht der Schaffung von Arbeitsplätzen. Sie dienen deshalb nicht nur nicht den Förderungszielen des Art. 107 Abs. 3 AEUV, sondern sind sogar aktiv gegen »Europas Beitrag zur Vollbeschäftigung«¹⁰⁷ gerichtet.
- 131 • *Kohtes* Vorstellung, nach der Leiharbeit »von ihrem Grundsatz her nur Produktionsspitzen abdecken soll«¹⁰⁸, ist *anachronistisch* und wurde im deutschen Recht¹⁰⁹ schon durch die schrittweise Anhebung der früheren Höchstüberlassungsdauer von drei auf sechs auf neun auf zwölf und schließlich auf 24 Monate in § 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F. (mit Wirkung zum 1. Januar 2002) aufgegeben¹¹⁰. Spätestens als zum 1. Januar 2003 die Beschränkung der Überlassungsdauer durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (»Hartz I«)¹¹¹ fiel¹¹², hat der deutsche Gesetzgeber der

103 *Kohte*, Wirtschaftsförderung, S. 70.

104 *Kohte*, Wirtschaftsförderung, S. 70.

105 Rn. 111 f.

106 Rn. 216.

107 Dazu Rn. 145.

108 *Kohte*, Wirtschaftsförderung, S. 70.

109 Eingehend zur historisch-genetischen Auslegung von »vorübergehend«: *Krannich/Simon*, BB 2012, 1414 (1415 ff.).

110 Das mußte im Grunde auch *Ulber*, 2. Aufl. (2002), § 3 Rn. 111 ff., zugeben, der indes dennoch auf der »Funktion der ANÜ als Instrument für vorübergehende Fälle der personellen Unterdeckung« (a.a.O., Rn. 112) beharrte; vgl. auch *ders.*, 4. Aufl. (2011), Einl. Rn. 45.

111 BGBl. I 2002, S. 4607.

112 Gem. Art. 14 Abs. 1 des ModernisierungsG (Fn. 111) trat die AÜG-Reform zum 1.1.2003 in Kraft, nur auf Leiharbeitsverhältnisse, die vor dem 1.1.2004 begründet worden waren, galt die alte Rechtslage bis zum 31.12.2003 fort; dies galt aber nicht für Leiharbeitsverhältnisse im Geltungsbereich eines nach dem

»Produktionsspitzen«-Einschränkung eine endgültige Absage erteilt.

Durch das neue »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F. mag vielleicht das frühere Synchronisationsverbot wiederbelebt werden¹¹³. Keinesfalls ersteht aber mit »vorübergehend« der Grundsatz wieder auf, daß Leiharbeit nur Produktionsspitzen abdecken dürfe. Eine solche Vorstellung existierte und existiert im Unionsrecht – das mit der Leiharbeitsrichtlinie auch das »vorübergehend« wieder ins AÜG brachte – nicht¹¹⁴. Im Gegenteil: Die Kommission kehrt den Blickwinkel in ihrer »Agenda für neue Kompetenzen und neue Beschäftigungsmöglichkeiten: Europas Beitrag zur Vollbeschäftigung«¹¹⁵ gerade um. Den Arbeitgebern soll es nämlich erleichtert werden, »den Arbeitsaufwand an einen vorübergehenden Nachfragerückgang anpassen« zu können¹¹⁶. Und auch der EuGH kam in seiner *Kücük*-Entscheidung zu der Erkenntnis, daß selbst wenn anstelle einer atypischen Beschäftigung auch ein »Normalarbeitsverhältnis« treten könnte, weil der Arbeitsbedarf nachweislich dauerhaft besteht, der Unternehmer dennoch an dem von ihm gewählten Beschäftigungsinstrument festhalten kann¹¹⁷.

Folglich dienen Leiharbeits(höchst)quoten – wie sie in den GRW-Förderrichtlinien einiger Bundesländer enthalten sind – *nicht* der Erreichung der von Art. 107 Abs. 3 AEUV erlaubten Ziele und sind damit als »beihilfenzweckfremde« Modalitäten gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV *unzulässig*.

5. Zwischenergebnisse

- Staatliche Beihilfen, die den Wettbewerb im Binnenmarkt zu verfälschen drohen, sind unionsrechtlich grundsätzlich verboten. Nur im Rahmen von Freistellungsverordnungen oder nach gesonderter Genehmigung der Kommission können Mitgliedstaaten Unternehmen durch Beihilfen unterstützen. 134
- Regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen können grundsätzlich investitionsbedingt neu zu schaffende Arbeitsplätze nach 135

15.11.2002 in Kraft getretenen Tarifvertrages, der die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 regelte (Art. 6 Nr. 10 ModernisierungsG).

113 Dafür ErfK/Wank, § 1 AÜG Rn. 37; dagegen Krannich/Simon, BB 2012, 1414 (1417).

114 Dazu Rn. 179 ff.

115 KOM 2010, 682 endg.

116 Dazu Rn. 145.

117 Dazu Rn. 174 ff.

sozialen Kriterien fördern. Die Beihilfenmodalitäten müssen aber den unionsrechtlich erlaubten Förderungszielen dienlich sein und dürfen nicht über das dafür erforderliche Maß hinausgehen.

- 136 • Beschäftigungsbeihilfen müssen Arbeitsplätze schaffen, die über mehrere Jahre erhalten bleiben. Der investitionsbedingte Arbeitsmehrbedarf wird durch den Zuwachs an Jahresarbeitseinheiten (JAE) ermittelt. Die JAE steht als Rechengröße für die Arbeit, die ein Vollzeitbeschäftigter in einem Jahr leisten kann. Sollen neugeschaffene Arbeitsplätze mit Teilzeit- oder Saisonbeschäftigten besetzt werden, sind JAE-Bruchteile anzusetzen.
- 137 • Mit welchen Beschäftigungsinstrumenten ein Beihilfenempfänger den investitionsbedingten JAE-Mehrbedarf bewältigt, ist für die tatsächlich als Beihilfe zu erstattenden Personalkosten irrelevant. Es sind die Personalkosten förderfähig, die für die Besetzungsdauer der neugeschaffenen Arbeitsplätze entstehen. Dazu gehören nicht nur Bruttolöhne und Sozialabgaben für Vollzeitbeschäftigte, sondern auch für Teilzeitbeschäftigte und Saisonarbeiter für die Zeiten ihres Einsatzes.
- 138 • Sollen neugeschaffene Arbeitsplätze mit befristet Beschäftigten oder Leiharbeitsnehmern besetzt werden, ist der abstrakte JAE-Bedarf wie bei der Einstellung von Vollzeitbeschäftigten zu berechnen. Sollen sie nicht permanent eingesetzt werden, sind wie bei Teilzeit- und Saisonbeschäftigten JAE-Bruchteile zu bilden. Ebenso sind die tatsächlichen Personalkosten, die der Einsatz befristet Beschäftigter und Leiharbeitnehmer verursacht, förderfähig. Der Anteil des Überlassungsentgelts, der über den Bruttolohn der Leiharbeitnehmer hinausgeht, kann abgezogen werden.
- 139 • Regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen dürfen nicht nach der Art der Beschäftigungsverhältnisse, durch die investitionsbedingter Arbeitsmehrbedarf bewältigt werden soll, differenzieren. Nur Beihilfen zur Förderung benachteiligter Arbeitnehmer setzen die Begründung unmittelbarer Arbeitsverhältnisse mit benachteiligten Arbeitnehmern voraus.
- 140 • Beihilfen, die nach dem generellen Anteil von Leiharbeitsnehmern im Unternehmen bzw. in der Betriebsstätte des Beihilfenempfängers differenzieren, sind eine gezielt gegen den Leiharbeitssektor gerichtete negative Steuerung und deshalb im Rahmen der AGVO unzulässig. Sie sind Mangels einer sektorspezifischen Freistellungsverordnung für die Leiharbeit ohne vorherige Genehmigung der Kommission unzulässig.

- Beihilfenmodalitäten müssen dem Zweck der Beihilfe dienlich sein und dürfen nicht über das zu seiner Erreichung erforderliche Maß hinausgehen. »Beihilfenzweckfremde« Modalitäten, die nicht den unionsrechtlich erlaubten Beihilfenzielen dienlich sind, sind generell unzulässig. 141
- Die GRW-Förderrichtlinien der Bundesländer stellen regionale Investitions- und Beschäftigungsbeihilfen im Sinne der AGVO dar. Sie dürfen deshalb keine Modalitäten aufweisen, die Investitionen in strukturschwachen Gebieten oder der Schaffung von Arbeitsplätzen abträglich sind. Die EU geht von einem beschäftigungsfördernden Effekt der Leiharbeit aus. Deshalb verfolgen Modalitäten in GRW-Richtlinien, die gegen Leiharbeit gerichtet sind, unionsrechtswidrige Ziele, unterfallen damit nicht der AGVO und können von der Kommission auch nicht genehmigt werden. 142

III. Vereinbarkeit sozialer Beihilfekriterien mit der Leiharbeitsrichtlinie

Staatliche Beihilfen dürfen nicht gegen sonstige Vorgaben der Europäischen Verträge verstoßen, insbesondere nicht verbindlichen Richtlinienzielen und deren praktischer Wirksamkeit zuwider laufen¹¹⁸. 143

Herausgegriffen sei hier die Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie – LeiharbRL)¹¹⁹. Um deren Umsetzung zu beurteilen, hat die Kommission eine Expertengruppe bestehend aus nicht namentlich genannten Vertretern der Kommission, aller Mitgliedstaaten sowie der europäischen Sozialpartner eingesetzt. Im August 2011 hat die Expertengruppe den »Report on Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work« veröffentlicht¹²⁰. Er bindet nicht, ist aber als Rechtsauffassung eines vom deutschen Hintergrund gelösten Expertengremiums argumentativ zu berücksichtigen¹²¹. 144

1. Vorgaben und Ziele der Leiharbeitsrichtlinie

a) Flexibilisierung und Beschäftigungssicherheit

Die Leiharbeitsrichtlinie verfolgt einen klaren Liberalisierungsgedanken: Leiharbeit ist ein *gleichberechtigtes Beschäftigungsinstrument* im Rahmen des *Flexicurity*-Ansatzes der Union. Die Kommission hebt in ihrer »Agenda für neue Kompetenzen und neue Beschäftigungsmöglichkeiten: 145

118 Dazu Rn. 81 ff.

119 ABl. 2008 L 327, S. 9.

120 <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6998&langId=en> [9.7.2012].

121 Im Einzelnen: Rn. 171, 183, 187, 211.

Europas Beitrag zur Vollbeschäftigung« vom 23. November 2010¹²² hervor:

S. 5: »Größere Gewichtung der internen Flexibilität bei Wirtschaftsabschwung: Zwar sind sowohl interne als auch externe Flexibilität im Geschäftszyklus von Bedeutung, doch können die Arbeitgeber mithilfe der internen Flexibilität den Arbeitsaufwand an einen *vorübergehenden Nachfragerückgang anpassen*; gleichzeitig können Arbeitsplätze, die längerfristig benötigt werden, erhalten werden. Arbeitgeber verlieren somit nicht die Kompetenz der unternehmensspezifischen Arbeitskräfte, die, sobald der Aufschwung einsetzt, von größter Bedeutung sein wird. Zur internen Flexibilität zählen Arbeitsorganisation oder die Arbeitszeit [...]« (Hervorhebung durch Verf.).

S. 20 f.: »Rückkehr zur *Schaffung von Arbeitsplätzen*, damit all diejenigen, die arbeiten möchten, einen Arbeitsplatz erhalten können [...] Darüber hinaus wird [die Kommission] sich mit Anreizen beschäftigen, die *Arbeitgeber zur Einstellung von Langzeitarbeitslosen und anderen Arbeitskräften, die vom Arbeitsmarkt abdriften, bewegen sollen*« (Hervorhebung durch Verf.).

- 146 Die Leiharbeitsrichtlinie nimmt in ihrem zweiten Erwägungsgrund ausdrücklich Bezug auf Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, die Leiharbeit als reguläre Beschäftigungsform neben Vollzeit-, Teilzeit-, befristeter und Saisonbeschäftigung anerkennt¹²³.

- 147 In ihrem achten Erwägungsgrund betont die Richtlinie die Notwendigkeit, *zum Zwecke von Wachstum und Beschäftigung* Leiharbeit zu fördern:

»Der Europäische Rat hat es im März 2005 für unabdingbar gehalten, der Lisbon-Strategie neue Impulse zu geben und ihre Prioritäten erneut auf Wachstum und Beschäftigung auszurichten. Der Rat hat die Integrierten Leitlinien für Wachstum und Beschäftigung (2005-2008) angenommen, die unter gebührender Berücksichtigung der Rolle der Sozialpartner unter anderem der Förderung von Flexibilität in Verbindung mit Beschäftigungssicherheit und der Verringerung der Segmentierung des Arbeitsmarktes dienen sollen«.

In Art. 2 hebt die Leiharbeitsrichtlinie ausdrücklich hervor, daß sie die »Schaffung von Arbeitsplätzen« und die »Entwicklung flexibler Arbeitsformen« bezweckt.

- 148 Ausweislich des elften Erwägungsgrunds der Leiharbeitsrichtlinie tritt gleichberechtigt neben das Ziel der Beschäftigungsförderung durch Leiharbeit der *Schutz der Leiharbeiter*:

»Die Leiharbeit entspricht nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu ver-

122 KOM 2010, S. 682 endg.

123 Rn. 86.

einbaren. Sie trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei«.

Näher ausgestaltet wird dieser Schutz in den Art. 5 bis 8 LeiharbRL.

b) Leiharbeit unter Diskriminierungsschutz

Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL stellt die Leiharbeit unter einen besonderen Diskriminierungsschutz: 149

»Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit sind nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt; hierzu zählen vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten«¹²⁴ (Hervorhebung durch Verf.).

Die Förderung der Leiharbeit ist der EU so wichtig, daß die Mitgliedstaaten eventuelle Restriktionen der Leiharbeit in ihren nationalen Rechtsvorschriften, Tarifverträgen und Gepflogenheiten darauf überprüfen müssen, ob sie wirklich aus den in Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL genannten Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind (Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 LeiharbRL). 150

c) Leiharbeitsverhältnisse und Leiharbeitnehmer unter Diskriminierungsschutz

Obwohl Art. 3 Abs. 2 Satz 1 LeiharbRL die mitgliedstaatlichen Begriffsbestimmungen von »Arbeitsvertrag«, »Beschäftigungsverhältnis« und »Arbeitnehmer« unberührt läßt, verbietet Art. 3 Abs. 2 Satz 2 LeiharbRL den Mitgliedstaaten, *Arbeitsverträge*, *Beschäftigungsverhältnisse* oder *Arbeitnehmer* lediglich deshalb aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen, weil sie Personen sind bzw. betreffen, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben. Leiharbeitnehmer sind also kraft Unionsrechts *normale Arbeitnehmer* und Leiharbeitsverhältnisse *normale Arbeitsverhältnisse* im Sinne der nationalen Rechtsordnungen. 151

2. Diskriminierungsverbote des Art. 4 LeiharbRL

a) Schutzbereich des Art. 4 LeiharbRL

Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL gilt für alle Verbote und Beschränkungen des »Einsatzes von Leiharbeit«. 152

124 Ebenso lautet der 18. Erwägungsgrund der Richtlinie.

aa) Sachlicher Schutzbereich

- ¹⁵³ *Leiharbeit* wird in Art. 1 Abs. 1 LeiharbRL dahingehend umschrieben, daß ein Leiharbeitsunternehmen Arbeitnehmer, die mit ihm einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind, einem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter dessen Aufsicht und Leitung zu arbeiten.
- ¹⁵⁴ *Einsatz* von Leiharbeit meint nicht den Vorgang der tatsächlichen Überlassung eines Arbeitnehmers vom Leiharbeitsunternehmen an das entleihende Unternehmen, denn dieser Vorgang ist in Art. 3 Abs. 1 lit. e LeiharbRL als »Überlassung« definiert. »Einsatz« ist bedeutend weiter gefaßt und meint das *wirtschaftliche Gebrauchen* (in der englischen Fassung: »use«) der Leiharbeit als Instrument zur Verfolgung unternehmerischer Zwecke. Wie schon Nr. 7 der Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer¹²⁵ aufzählt, kann ein Unternehmer Vollzeit-, Teilzeit-, Saison- und befristete Arbeit ebenso wie Leiharbeit einsetzen. In Verbindung mit Art. 4 LeiharbRL wird damit das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRC dahingehend konkretisiert, daß es grundsätzlich jedem Unternehmer freigestellt ist, Leiharbeit wie andere Beschäftigungsinstrumente auch zur Verfolgung seiner unternehmerischen Zwecke einzusetzen. In den Schutzbereich dieses »**Grundrechts auf Leiharbeit**« fallen alle Handlungen, die den Einsatz von Leiharbeit betreffen, das heißt auch vorbereiten, bevor es zur tatsächlichen »Überlassung« kommt.

bb) Persönlicher Schutzbereich

- ¹⁵⁵ Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL ist primär auf den *Schutz des entleihenden Unternehmens* ausgerichtet, das sich der Leiharbeit zur Bewältigung seines Arbeitskräftebedarfs bedient. Das zeigt sich an den beispielhaft aufgeführten Rechtfertigungsgründen (»Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz«), die nur beim entleihenden Unternehmen relevant werden. Allerdings sind die anderen Rechtfertigungsbeispiele (»Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten«) nicht notwendig auf das entleihende Unternehmen beschränkt. Auch läßt Art. 4 Abs. 4 LeiharbRL nationale Anforderungen an Eintragung, Zulassung, Zertifizierung, finanziellen Garantie und Überwachung der *Leiharbeitsunternehmen* »unbeschadet«. Die Regelung wäre überflüssig, wenn Art. 4 Abs. 1 bis Abs. 3 LeiharbRL nicht der Eintragung, Zulassung, Zertifizierung, finanziellen Garantie und Überwachung der *Leiharbeitsunternehmen* »schaden« könnten. Im übrigen wäre der Einsatz von Leiharbeit unmöglich ohne Leiharbeitsunternehmen, sodaß jedes Verbot und jede

¹²⁵ Rn. 86.

Beschränkung von Leiharbeitsunternehmen zugleich den »Einsatz von Leiharbeit« beschränkt¹²⁶. Folglich schützt Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL auch das *verleihende Unternehmen*.

Freilich wird diese sekundäre Schutzdimension durch Art. 4 Abs. 4 LeiharbRL eingeschränkt, wonach nationale Anforderungen hinsichtlich der *Eintragung, Zulassung, Zertifizierung, finanziellen Garantie und Überwachung* der Leiharbeitsunternehmen vom Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL »unbeschadet« bleiben. Insoweit bleibt aber der *Diskriminierungsschutz der entleihenden Unternehmen aus Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL* wirksam. Würden die Zulassungsvoraussetzungen für Leiharbeitsunternehmen so ausgestaltet, daß faktisch der Einsatz von Leiharbeit im Sinne des Abs. 1 verboten wird, weil kein Leiharbeitsunternehmen die Zulassungsvoraussetzungen erfüllen kann und damit auch der Einsatz von Leiharbeit im Sinne des Abs. 1 unmöglich wird, kann auch eine Zulassungsvoraussetzung im Sinne des Abs. 4 unzulässig sein. Dies folgt aus Art. 2 LeiharbRL, wonach »Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden« und ein »angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss«. Das »kleine« Diskriminierungsverbot für Leiharbeitsunternehmen verlangt folglich, daß alle nationalen Anforderungen auf den Gebieten des Art. 4 Abs. 4 LeiharbRL auch tatsächlich dem angemessenen Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit dienen und den »Einsatz von Leiharbeit« im Sinne des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL nicht unmöglich machen. 156

b) Inhalt des Diskriminierungsverbots

Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL wendet sich gegen »Verbote oder Einschränkungen« des Einsatzes von Leiharbeit. Es handelt sich dabei nicht um eine Tautologie, etwa weil jedes Verbot zugleich eine maximale Einschränkung wäre, sondern es werden *zwei Tatbestände* geschaffen: Das »Verbotsverbot« und das »Einschränkungsverbot«. Damit wird die von den Grundfreiheiten des AEUV bekannte Differenzierung zwischen Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot aufgegriffen: Das Diskriminierungsverbot der Grundfreiheiten wendet sich gegen jede unmittelbare und mittelbare Ungleichbehandlung und bezweckt die Inländergleichbehandlung. Das Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten wendet sich darüber hinaus gegen jede Maßnahme, die das Ausüben der Grundfreiheit auch nur weniger attraktiv macht, und bezweckt die Egalisierung der Rechtsgrenzen im Binnenmarkt¹²⁷. 157

126 Rn. 120.

127 Nur EuGH vom 15.3.2001 – C-165/98 (*Mazzeloni/ISA*) – EuZW 2001, 315 (Rn. 22) m.w.N.

- 158 Die Schutzdimensionen der Grundfreiheiten sind auf Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL zu übertragen, weil die Leiharbeitsrichtlinie als Sekundärrecht in dem von ihr geregelten Bereich nicht nur das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit¹²⁸, sondern auch die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit¹²⁹ konkretisiert und insoweit sogar einen Rückgriff auf die Grundfreiheit sperrt¹³⁰. Dementsprechend hat Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL zwei materielle Schutzdimensionen:
- 159 • Das »*Verbotsverbot*« garantiert zunächst die Möglichkeit, überhaupt Leiharbeit einzusetzen (*formale Institutsgarantie*). Zugleich untersagt es mittelbare Verbote, die zwar die Möglichkeit zum Einsatz von Leiharbeit formal unberührt lassen, aber faktisch unmöglich machen. Erhält ein Unternehmen der öffentlichen Daseinsfürsorge keine öffentlichen Aufträge mehr, weil es Leiharbeiter beschäftigt, wird ihm faktisch der Einsatz von Leiharbeit verboten. Dann muß das Unternehmen auf den Einsatz von Leiharbeit verzichten, um seinen Unternehmenszweck überhaupt noch erreichen zu können. Das mittelbare »Verbotsverbot« erstreckt sich, wie aufgezeigt¹³¹, auch auf die Bereiche des Art. 4 Abs. 4 LeiharbRL.
 - 160 • Das »*Einschränkungsverbot*« reicht bedeutend weiter und untersagt Maßnahmen, die den Einsatz von Leiharbeit weniger attraktiv machen. Als Minimalvoraussetzung verlangt Art. 2 LeiharbRL, daß Leiharbeitsunternehmen als reguläre Arbeitgeber anerkannt werden. Wie attraktiv die Mitgliedstaaten Leiharbeit letztlich ausgestalten müssen, gibt ebenfalls Art. 2 LeiharbRL vor: Jeder Mitgliedstaat »muss« der Leiharbeit einen »angemessenen Rahmen« schaffen, um zu dem Ziel der Richtlinie und damit auch der europäischen Sozialpolitik überhaupt, nämlich »zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen« (*materielle Mindestgarantie*). Alle Maßnahmen, die dem zuwiderlaufen, verstoßen gegen die Ziele der Leiharbeitsrichtlinie und damit gegen Art. 288 Abs. 3 AEUV, den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) sowie das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit¹³². Das »Einschränkungsverbot« des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL gibt den Betroffenen das »einfachgesetzliche« Recht, gegen solche Beschränkungen vorzugehen¹³³.

128 Rn. 154.

129 Rn. 243 ff.

130 Rn. 256 ff.

131 Rn. 156.

132 Rn. 154.

133 Zur Dienstleistungsfreiheit Rn. 243 ff.

c) Rechtfertigung von Verboten und Beschränkungen

Auch das Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL ist keine 161
Regel ohne Ausnahme. Verbote und Einschränkungen des Einsatzes der
Leiharbeit können aus Gründen des *Allgemeininteresses* gerechtfertigt
sein. Beispielhaft werden genannt: der Schutz der Leiharbeitnehmer, die
Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz und
die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu
gewährleisten und eventuellen Mißbrauch zu verhüten.

aa) Allgemeine Rechtfertigungsprinzipien

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind Ausnahmen *eng auszu-* 162
*legen*¹³⁴. Auch ist das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* allgemeiner Grundsatz
des Unionsrechts, weshalb Maßnahmen, welche die unternehmerische
Freiheit (Art. 16 GRC) einschränken, ein legitimes Ziel verfolgen und zu
dessen Erreichung erforderlich und angemessen sein müssen¹³⁵.

Aus Art. 4 Abs. 4 LeiharbRL geht eindeutig hervor, daß sowohl Verbote als 163
auch Beschränkungen aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt
werden können. Freilich sind Verbote im Gegensatz zu Beschränkungen
der ungleich größere Eingriff in das »Grundrecht auf Leiharbeit«¹³⁶ und –
bei grenzüberschreitenden Sachverhalten – in die Dienstleistungsfrei-
heit¹³⁷. Deshalb kommen Leiharbeitsverbote nach dem Verhältnismäßig-
keitsprinzip nur in Betracht, wenn sie unumgänglich sind, um das mit
ihnen verfolgte Allgemeininteresse zu erreichen.

bb) »Schutz der Leiharbeitnehmer« und »Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz«

Hauptfall leiharbeitnehmerbezogener Allgemeininteressen ist der Gleich- 164
behandlungsgrundsatz des Art. 5 LeiharbRL, der von den Gewähr-
leistungen der Art. 6 bis 8 LeiharbRL flankiert wird. Auch allgemeine
Arbeitsschutz- und Arbeitszeitvorgaben zählen dazu. Ein »Schutz der
Leiharbeitnehmer« *vor sich selbst* ist kein Allgemeininteresse. Leiharbeit-
nehmer sind gem. Art. 3 Abs. 1 lit. c, lit. a LeiharbRL *reguläre Arbeit-*
nehmer. Ebenso wie die Vollzeit-, Teilzeit-, Saison- und befristete Arbeit

134 EuGH vom 25.1.1977 – 46/76 (*Bauhuis/Niederlande*) – Slg. 1977, 5 (Rn. 12/15)
für die Warenverkehrsfreiheit; EuGH vom 4.12.1974 – 41/74 (*van Duyn/Home*
Office) – Slg. 1974, 1337 (Rn. 18/19) für die Arbeitnehmerfreizügigkeit; EuGH
vom 5.12.1989 – C-3/88 (*Kommission/Italien*), Slg. 1989, 4035 (Rn. 13) für die
Niederlassungsfreiheit; EuGH vom 18.7.2007 – C-490/04 (*Kommission/*
Deutschland) – EuZW 2007, 540 (Rn. 86) für die Dienstleistungsfreiheit.

135 Rn. 79 f.

136 Rn. 154.

137 Dazu Rn. 243 ff.

ist auch die Leiharbeit als reguläre Beschäftigungsform im Interesse der Leiharbeiternehmer sowie zur Steigerung des Beschäftigungsniveaus anzuerkennen¹³⁸. Sie steht weder ethisch noch moralisch auf niedrigerer Stufe als andere Beschäftigungsformen. Leiharbeiternehmer sind *keine Arbeitnehmer zweiter Klasse*.

- 165 Mit dem »Schutz der Leiharbeiternehmer« können deshalb keine Maßnahmen gerechtfertigt werden, die den Einsatz von Leiharbeit verhindern oder eindämmen wollen. Jede Benachteiligung der Leiharbeitsbranche gegenüber anderen Branchen ist nicht nur eine sektorale Steuerung¹³⁹, sondern zugleich auch eine Benachteiligung der Arbeitnehmer, die in der Leiharbeitsbranche beschäftigt sind oder eine solche Beschäftigung anstreben. Wer Leiharbeiternehmer schützen will, indem er ihre Anzahl zu minimieren versucht, verstößt nicht nur gegen das verbindliche Richtlinienziel, durch Leiharbeit »wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen« (Art. 2 LeiharbRL), sondern betreibt auch *Paternalismus* nach dem Motto: »Wir müssen die armen Leiharbeiternehmer da rausholen«. Leiharbeiternehmer sind gem. Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 LeiharbRL »normale« Arbeitnehmer, wie alle anderen auch. Sie sind nicht betreuungsbedürftig. Ob ein Unternehmer sie einsetzt, fällt in seine durch Art. 16 GRC grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit¹⁴⁰.
- 166 Sollen Beschränkungen der Leiharbeit mit dem »Schutz der Leiharbeiternehmer« gerechtfertigt werden, kann es sich deshalb nur um Maßnahmen handeln, die das individuelle (Art. 5 und 6 LeiharbRL) oder kollektive (Art. 7 und 8 LeiharbRL) Verhältnis der Leiharbeiternehmer zu ihrem Arbeitgeber oder dem entleihenden Unternehmen oder die arbeitnehmerbezogenen Modalitäten des Überlassungsverhältnisses zwischen beiden Unternehmen betreffen.

cc) »Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten«

- 167 Die beiden anderen in Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL beispielhaft genannten Allgemeininteressen werden etwas umständlich beschrieben als »Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten«. Die gestellte Formulierung hat allerdings einen Grund: Diese Allgemeininteressen können nur insoweit Verbote und Beschränkungen der Leiharbeit rechtfertigen, als sie *generell*, das heißt unabhängig von den Spezifika der Leiharbeit, *notwen-*

138 Rn. 96 ff., 145 ff.

139 Rn. 119 ff.

140 Dazu Rn. 154, 212.

dig sind. Es muß eine leiharbeitsunabhängige, übergeordnete Notwendigkeit bestehen, diese Allgemeininteressen zu verfolgen. Damit wird das Generalitätsgebot verstärkt, das jedem *Allgemeininteresse* innewohnt.

Damit der Arbeitsmarkt reibungslos funktioniert, sind etwa Melde- und Ausschreibungspflichten notwendig. Schwieriger ist zu ermitteln, unter welchen Umständen Mißbrauch zu verhüten ist. Unter »Mißbrauch« ist gemeinhin der Gebrauch bestehender Rechte in zweckwidriger Weise zu verstehen. Da es sich um einen Begriff des Unionsrechts handelt, ist für seine nähere Bestimmung nicht auf das deutsche Mißbrauchsverständnis zu § 134, § 226 oder § 242 BGB zurückzugreifen. Der Mißbrauchsbegriff des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL ist autonom *unionsrechtlich auszulegen*. 168

Wichtigster Anhaltspunkt dabei sind die Ziele, welche die Leiharbeitsrichtlinie verfolgt. Gem. ihres Art. 2 bezweckt die Richtlinie 169

- Leiharbeitnehmer zu schützen,
- die Qualität der Leiharbeit zu verbessern und
- wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen,

indem die Mitgliedstaaten

- die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern sichern,
- Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkennen und
- einen angemessenen Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festlegen.

Konkret verlangt Art. 5 Abs. 5 LeiharbRL, daß die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, »um eine missbräuchliche Anwendung dieses Artikels zu verhindern und um insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern«. Damit konkretisiert die Richtlinie selbst, was zu verhütender Mißbrauch im Sinne des Art. 4 Abs. 1 sein kann: 170

- Einerseits der zweckwidrige, Art. 2 LeiharbRL widersprechende Gebrauch grundsätzlich bestehender Abweichungsmöglichkeiten vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 5 LeiharbRL und
- andererseits der zweckwidrige, Art. 2 LeiharbRL widersprechende Gebrauch der grundsätzlichen Möglichkeit, aufeinanderfolgende Überlassungen vorzunehmen, um die Bestimmungen der Richtlinie zu umgehen.

- 171 *Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz* sind nach Maßgabe von Art. 5 LeiharbRL grundsätzlich zulässig. Die Mißbrauchsgefahr erläutert der Bericht der Expertengruppe »*Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*«¹⁴¹:

»The risk of circumvention of the principle of equal treatment and equal pay indeed calls for specific measures. In particular, a Member State resorting to Article 5(4) and providing e.g. for a 12-week qualifying period for equal treatment needs to adopt provisions preventing successive 11-week assignments, as this would circumvent the principle of equal treatment. [...] On a question by an expert, the Commission indicated that Member States applying equal treatment from day one may not have to adopt specific measures to avoid the circumvention of the Directive [...]. On the contrary, in Member States resorting to Article 5(4) and in particular where a qualifying period is applied, the risk of circumvention must be fought by appropriate measures«¹⁴².

- 172 *Aufeinanderfolgende Überlassungen* sind ebenso wie Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz grundsätzlich zulässig, unterfallen aber dem Mißbrauchsverdacht, wenn mit ihnen »die Bestimmungen der Richtlinie umgangen« werden sollen. Gem. Art. 3 Abs. 1 lit. e LeiharbRL meint »Überlassung« den »Zeitraum, während dessen der Leiharbeitnehmer dem entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt wird, um dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten«. Aufeinanderfolgende Überlassungen sind also mehrere unmittelbar oder mittelbar aufeinanderfolgende Zeiträume, während derer der Leiharbeitnehmer bei *einem* entleihenden Unternehmen jeweils »vorübergehend« eingesetzt wird. Hinzukommen muß noch die Absicht, die Bestimmungen der Richtlinie zu umgehen, was bei aufeinanderfolgenden Überlassungen vor allem auf die zeitliche Beschränkung der jeweiligen Überlassung zielt¹⁴³.

- 173 Zusammengefaßt wird das Mißbrauchsverbot (Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL) durch das Umgehungsverbot (Art. 5 Abs. 5 LeiharbRL) wie folgt konkretisiert:

- *Objektiver Tatbestand*: Mehrere unmittelbar oder mittelbar aufeinanderfolgende Zeiträume, während derer ein Leiharbeitnehmer bei demselben entleihenden Unternehmen jeweils »vorübergehend« eingesetzt wird.
- *Subjektiver Tatbestand*: Die aufeinanderfolgenden Überlassungen verfolgen nur das Ziel, die zeitliche Beschränkung der Überlassung zu umgehen.

141 Rn. 144.

142 <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6998&langId=en> [9.7.2012], S. 25.

143 Dazu Rn. 179 ff.

Zu einer vergleichbaren Konstellation, nämlich dem eventuellen Mißbrauch des der Leiharbeit ähnlichen Instruments der *befristeten Beschäftigung*, hatte der EuGH jüngst in der Rechtssache *Kücük* zu entscheiden¹⁴⁴. Es ging um die Auslegung von § 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge¹⁴⁵, wonach die Mitgliedstaaten »um Mißbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden« dafür sorgen müssen, daß sachliche Gründe die Verlängerung solcher Verträge rechtfertigen. Das vorlegende Gericht stellte sich u.a. die Frage, ob die Anknüpfung an einen *vorübergehenden* Bedarf an Vertretungskräften ein solcher sachlicher Grund sein kann, auch wenn es sich *in Wirklichkeit* (Mißbrauchsverdacht) um einen ständigen oder wiederkehrenden Bedarf handelt, der auch durch die unbefristete Einstellung eines Arbeitnehmers gedeckt werden könnte. Dazu entschied der EuGH:

»Es ist darauf hinzuweisen, dass § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge zur Umsetzung eines ihrer Ziele dient, nämlich den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse, der als eine Quelle potenziellen Missbrauchs zulasten der Arbeitnehmer gesehen wird, einzugrenzen, indem eine Reihe von Mindestschutzbestimmungen vorgesehen werden, die die Prekarisierung der Lage der Beschäftigten verhindern sollen [...].

Wie die polnische Regierung im Wesentlichen geltend gemacht hat, *kann allerdings der bloße Umstand, dass befristete Arbeitsverträge zur Deckung eines ständigen oder wiederkehrenden Bedarfs des Arbeitgebers an Vertretungskräften geschlossen werden, nicht ausreichen, um auszuschließen, dass jeder dieser Verträge für sich genommen geschlossen wurde, um eine vorübergehende Vertretung sicherzustellen*. Auch wenn die Vertretung insofern einen ständigen Bedarf deckt, als der mit einem befristeten Vertrag eingestellte Arbeitnehmer genau festgelegte Aufgaben wahrnimmt, die Teil der gewöhnlichen Tätigkeiten des Arbeitgebers oder des Unternehmens sind, bleibt der Bedarf an Vertretungskräften gleichwohl vorübergehend, da zu erwarten ist, dass der vertretene Arbeitnehmer nach Beendigung seines Urlaubs, der den Grund dafür darstellt, dass er zeitweilig daran gehindert ist, diese Aufgaben selbst wahrzunehmen, seine Tätigkeit wieder aufnehmen wird. [...]

Aus dem bloßen Umstand, dass ein Bedarf an Vertretungskräften durch den Abschluss unbefristeter Verträge gedeckt werden könnte, folgt nicht, dass ein Arbeitgeber, der beschließt, auf befristete Verträge zurückzugreifen, um auf einen vorübergehenden Mangel an Arbeitskräften, mag dieser auch wiederholt oder sogar dauerhaft auftreten, zu reagieren, missbräuchlich handelt und gegen § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge und die nationale Regelung zu ihrer Umsetzung verstößt.

144 EuGH vom 26.1.2012 – C-586/10 (*Kücük*) – EuZW 2012, 143.

145 Art. 1 RL 1999/70/EG, ABl. 1999 L 175, 43.

Wie aus Rdnr. 43 des vorliegenden Urteils hervorgeht, schließt das Vorliegen eines sachlichen Grundes i. S. von § 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge einen Missbrauch grundsätzlich aus, es sei denn, eine umfassende Prüfung der mit der Verlängerung der betreffenden befristeten Arbeitsverträge oder -verhältnisse verbundenen Umstände zeigt, dass ein nicht nur vorübergehender Bedarf an den vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen besteht.

Außerdem hat der EuGH bereits ausgeführt, dass § 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge *keine allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten aufstellt, die Umwandlung befristeter in unbefristete Arbeitsverträge vorzusehen*, wie er auch nicht im Einzelnen vorschreibt, unter welchen Bedingungen befristete Verträge geschlossen werden können, und den Mitgliedstaaten in diesem Bereich einen gewissen Spielraum belässt [...].

Automatisch den Abschluss unbefristeter Verträge zu verlangen, wenn die Größe des betroffenen Unternehmens oder der betroffenen Einrichtung und die Zusammensetzung des Personals darauf schließen lassen, dass der Arbeitgeber mit einem wiederholten oder ständigen Bedarf an Vertretungskräften konfrontiert ist, ginge über die Ziele hinaus, die mit der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge und der Richtlinie 1999/70/EG verfolgt werden, und würde den Wertungsspielraum verletzen, den sie den Mitgliedstaaten und gegebenenfalls den Sozialpartnern einräumen¹⁴⁶ (Hervorhebung durch Verf.).

- ¹⁷⁵ Bloß weil ein Unternehmer, mehrfach von einem bestehenden Recht Gebrauch macht, ist also noch nicht von einem Mißbrauch auszugehen. Ein Mißbrauch ist selbst dann noch nicht zu vermuten, wenn statt mit befristeten Arbeitskräften auch mit unbefristeten derselbe Zweck erreicht werden kann. Obwohl die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse in ihrem sechsten Erwägungsgrund proklamiert, daß unbefristete Arbeitsverträge die »übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses« sind und sie »zur Lebensqualität der betreffenden Arbeitnehmer und zur Verbesserung ihrer Leistungsfähigkeit« beitragen, sieht der EuGH keine mißbräuchliche Verwendung vertretungsbefristeter Arbeitsverhältnisse, selbst wenn der Vertretungsbedarf im Unternehmen dauerhaft besteht.
- ¹⁷⁶ Das zeigt: *Das Unionsrecht kennt keinen Vorrang irgendeines »Normalarbeitsverhältnisses«*. Alle unionsrechtlich anerkannten Beschäftigungsmodelle sind gleichwertig¹⁴⁷. Der ausgiebige Gebrauch des einen Modells bedeutet keinen Mißbrauch zu Lasten eines anderen Modells. Jeder Unternehmer ist frei darin, zwischen den unionsrechtlich anerkannten Be-

¹⁴⁶ EuGH vom 26.1.2012 – C-586/10 (*Kücük*) – EuZW 2012, 143 (Rn. 25, 38, 50-52, 54).

¹⁴⁷ Rn. 94 ff., 145 ff.

schäftigungsinstrumenten zur Bewältigung seines Arbeitskräftebedarfs zu wählen¹⁴⁸.

Für aufeinanderfolgende Überlassungen von Leiharbeitern gilt nichts
anderes. Die Arbeitnehmerüberlassung ist wie die befristete Beschäftigung
zeitlich beschränkt (Art. 3 Abs. 1 lit. e LeiharbRL bzw. § 3 Nr. 1 Rahmen-
vereinbarung). Das schließt aber eine neue Überlassung oder Befristung
nicht aus, wenn die Voraussetzungen dafür abermals vorliegen. *Selbst
wenn statt der Überlassung oder Befristung ein Stamm- oder unbefristetes
Arbeitsverhältnis treten könnte, begründet das keinen Mißbrauchs-
verdacht*¹⁴⁹. In der Leiharbeitsrichtlinie findet sich im Gegensatz zu den
Erwägungsgründen der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsver-
hältnisse nicht einmal ein Bekenntnis zum »Normalarbeitsverhältnis«. Erwägungsgrund Nr. 15 bezeichnet zwar unbefristete Arbeitsverträge als die »übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses«, leitet aus dieser empirischen Einschätzung aber ab, daß bei Leiharbeitnehmern mit unbefristetem Arbeitsvertrag »angesichts des hierdurch gegebenen besonderen Schutzes« von den im entleihenden Unternehmen »geltenden Regeln« abgewichen werden könne. Unbefristet beschäftigte Leiharbeitnehmer werden also als weniger schutzbedürftig eingestuft als befristet beschäftigte.

Die zitierte *Kücük*-Entscheidung des EuGH könnte also mit diesem Inhalt
erst recht zu mehrfach aufeinanderfolgenden Arbeitnehmerüberlassungen
ergehen – vorausgesetzt, daß die einzelnen Überlassungen jeweils auch
den sonstigen individual- (Art. 5 und 6 LeiharbRL) und kollektivarbeits-
rechtlichen (Art. 7 und 8 LeiharbRL) Vorgaben entsprechen.

dd) Insbesondere: »vorübergehend«

Einige Stimmen wollen dem Begriff »vorübergehend« (Art. 1 Abs. 1, Art. 3
Abs. 1 lit. b, c, d und e LeiharbRL, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F.) entneh-
men, daß sich Unternehmen nur »vorübergehend« *des Beschäftigungs-
instruments der Leiharbeit* überhaupt bedienen dürfen. Durch »vorüber-
gehend« solle verhindert werden, daß »Stammarbeit« in Leiharbeit um-
gewandelt werde¹⁵⁰.

148 Rn. 154, 212.

149 Vgl. *Krannich/Simon*, BB 2012, 1414 (1415, 1417).

150 *Kohte*, Wirtschaftsförderung, S. 70, unter Verweis auf *Düwell*, ZESAR 2011, 449 ff., *Hamann*, NZA 2011, 70 ff., und *Ulber*, § 1 Rn. 230a ff.; auch *Krannich/Simon*, BB 2012, 1414 (1417): »Substitution von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer soll vermieden werden«; dagegen *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632 (633).

- 180 Obzwar die »Umwandlungsangst« statistisch unbegründet ist¹⁵¹, lebt die These des arbeitsplatzbezogenen »vorübergehend« in der Rechtswissenschaft fort. Allen voran meint *Ulber*, »vorübergehend« sei nicht nur arbeitnehmerbezogen, sondern auch arbeitsplatzbezogen zu verstehen:

»Arbeitsplatzbezogen erfordert eine vorübergehende Überlassung, dass der Arbeitsplatz nur zeitlich befristet mit einem LAN besetzt werden muss, was grundsätzlich nur bei einem vorübergehend erhöhten Personalbedarf nicht jedoch bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen der Fall ist«¹⁵².

Ulber beruft sich auf den elften Erwägungsgrund der Leiharbeitsrichtlinie, wonach Leiharbeit dem Flexibilitätsbedarf von Unternehmen Rechnung tragen soll, folgert daraus aber:

»Leiharbeit setzt insofern voraus, dass im entleihenden Unternehmen kein dauerhafter Beschäftigungsbedarf vorhanden ist. [...] Die Zwecke der RiLi beschränken sich insoweit nicht auf den Schutz des LAN[,], sondern es soll gleichzeitig sichergestellt werden, dass dauerhafte Arbeitsaufgaben nicht durch den Einsatz von LAN[,], sondern über die Begründung von Normalarbeitsverhältnissen beim Entleiher erledigt werden sollen. [sic] [...] Bei einem beim Entleiher bestehenden Dauerbeschäftigungsbedarf ist ANÜ unzulässig [...] Ist beim Entleiher ein ständiger Vertretungsbedarf vorhanden, liegt in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht kein nur vorübergehender Arbeitsbedarf vor«¹⁵³.

- 181 Die arbeitsplatzbezogene Auslegung von »vorübergehend« ist *unzutreffend*. Entgegen *Ulbers* unvollständiger Wiedergabe des elften Erwägungsgrundes der Richtlinie, entspricht nämlich Leiharbeit nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, »sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren« und »trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei«. Auch Art. 2 LeiharbRL betont als ein Ziel der Richtlinie, »wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen«. Wie daraus folgen soll, daß der Entleiher »Normalarbeitsverhältnisse« für »dauerhafte Arbeitsaufgaben« zu begründen habe, bleibt *Ulbers* Geheimnis. Er geht offenkundig davon aus, daß der Einsatz von Leiharbeit – in Anlehnung an den Einsatz befristeter Beschäftigung – eines Sachgrundes in Form eines »vorübergehenden Arbeitsbedarfs« bedürfe. Bei »ständigem Vertretungsbedarf« fehle aber »in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht« dieser Sachgrund. Daran ist alles falsch:
- 182 • Der Einsatz von Leiharbeit setzt grundsätzlich überhaupt nichts voraus, insbesondere keinen »vorübergehenden Arbeitsbedarf«. Da-

151 Rn. 216.

152 *Ulber*, § 1 Rn. 230u f.

153 *Ulber*, § 1 Rn. 230v.

für finden sich weder in der Leiharbeitsrichtlinie noch im sonstigen Unionsrecht Anhaltspunkte. Umgekehrt soll das Flexibilisierungsziel der Leiharbeitsrichtlinie Unternehmen gerade die rasche Reaktion auf veränderte Wirtschaftsbedingungen erleichtern, wofür eine vorherige Prüfung von Sachgründen – sowohl bei der Erhöhung als auch der Verringerung der Leiharbeitsquote – hinderlich wäre und mit einem erheblichen *Rechtsrisiko* einherginge: Wann ist der Arbeitsbedarf »dauerhaft«, wann »vorübergehend«? Muß der Unternehmer die nächste Rezession erahnen können oder gilt die These vom »ewigen Wachstum«?¹⁵⁴

Das »Grundrecht auf Leiharbeit«¹⁵⁵ und das Flexibilisierungsziel der Leiharbeitsrichtlinie verbieten solche Eingrenzungsversuche. Deswegen verwendet die Leiharbeitsrichtlinie »vorübergehend« *ausschließlich im Zusammenhang mit der Überlassung des einzelnen Arbeitnehmers*¹⁵⁶. Arbeitsplatzbezogen erfordert eine vorübergehende Überlassung – außer Einhaltung der Art. 5 bis 8 LeiharbRL – nichts! Und in den Art. 5 bis 8 LeiharbRL sucht man vergeblich nach »vorübergehendem Arbeitsbedarf«, »Kapazitätsspitzen«, »Stammarbeitnehmern« und »Dauerarbeitsplätzen«. Die Expertengruppe »*Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*«¹⁵⁷ nennt in ihrem Bericht sogar ausdrücklich nationale Sachgrunderfordernisse als Beispiele für Beschränkungen des Leiharbeitseinsatzes im Sinne des Art. 4 LeiharbRL:

»The following are examples of restrictions or prohibitions which might apply to temporary agency work: [...]

• existence of a *limitative list of permissible reasons for using temporary agency work (e.g. to cover temporary and exceptional peaks of work, to replace an absent employee...)*«¹⁵⁸ (Hervorhebung durch Verf.).

- Auch schließt *Ulber* fehl, wenn er aus dem Flexibilisierungsziel der Leiharbeitsrichtlinie ausgerechnet das Erfordernis eines vorübergehenden Arbeitskräftemehrbedarfs abzuleiten versucht. Offenbar gibt es für *Ulber* nur Anpassungsbedarf »nach oben« und keinen krisenbedingten Arbeitskräfteüberschuß und damit Anpassungs-

154 Giesen, FA 2012, 66 (68), räumt ein, daß auch die von ihm (unter Bezugnahme auf Hamann, NZA 2011, 321 [326]) vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien »denkbar unklar« sind, kreidet dies aber dem Gesetzgeber an, der statt »vorübergehend« eine konkrete Zeitgrenze ins AÜG hätte schreiben sollen.

155 Rn. 154, 212.

156 Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 lit. b, c, d und e LeiharbRL.

157 Rn. 144.

158 <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6998&langId=en> [9.7.2012], S. 29.

bedarf »nach unten«. Doch nicht nur bei vollen Auftragsbüchern und leeren Werkbänken ist Flexibilität notwendig, sondern auch bei leeren Auftragsbüchern und vollen Werkbänken. »Europas Beitrag zur Vollbeschäftigung« besteht nach Auffassung der Kommission gerade auch darin »mithilfe der internen Flexibilität den Arbeitsaufwand an einen vorübergehenden Nachfragerückgang« anzupassen; »gleichzeitig können Arbeitsplätze, die längerfristig benötigt werden, erhalten werden«¹⁵⁹.

- 185 • Außerdem hat der EuGH in der *Kücük*-Entscheidung mit klaren Worten festgestellt, daß auf ständigen Vertretungsbedarf auch mit ständiger Vertretungsbefristung reagiert werden darf¹⁶⁰. »In Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht« ist also das Gegenteil von *Ulbers* These richtig: Auch »ständiger Vertretungsbedarf« darf mit Leiharbeit bewältigt werden¹⁶¹.
- 186 • *Ulber* kann schließlich nicht erklären, wie Leiharbeit »wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen« beitragen soll (Art. 2 LeiharbRL), wenn mit ihr keinesfalls dauerhafter Arbeitsbedarf bewältigt werden dürfe. Nach Auffassung der EU ist es gerade die Leiharbeit, die Arbeitsplätze schaffen soll. Die Möglichkeiten der Leiharbeit sollen es Unternehmen attraktiver machen, mehr Arbeitnehmer zu beschäftigen. Dazu gehört zwangsläufig, daß Unternehmen auch Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzen dürfen, insbesondere wenn sie sonst von der Schaffung von Arbeitsplätzen und ihrer Besetzung (Kündigungsschutz!) abgesehen hätten. Wer den Einsatz von Leiharbeit eindämmen will, muß also bei den Alternativen ansetzen und »Normalarbeitsverhältnisse« attraktiver machen, anstatt Beihilfen an Leiharbeitsquoten zu koppeln¹⁶².
- 187 Im übrigen geht auch die Expertengruppe »*Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*«¹⁶³ wie selbstverständlich vom ausschließlich arbeitnehmerbezogenen »vorübergehend«-Begriff aus:

»Does the Directive apply regardless of the duration of assignments?

Although definitions in Article (3) use the word ›temporarily‹, *there is no limitation to the duration of assignments*. Practice differs in different Member States and economic sectors as to the length of assignments, which may be for instance a matter of days in certain situations, while in other cases they may

159 Rn. 145.

160 Rn. 174 f. – die Entscheidung ist jünger als die 4. Auflage von *Ulbers* AÜG-Kommentar.

161 Rn. 177.

162 Dazu Rn. 205 ff.

163 Rn. 144.

last a number of months. In all these situations the assignment remains of a temporary character«¹⁶⁴ (Hervorhebung durch Verf.).

**ee) Insbesondere: Keine grundfreiheitliche
»Als-ob-Betrachtung«**

Giesen geht noch über *Ulber* hinaus und spricht »vorübergehend« jeden Arbeitnehmerbezug ab, denn das Wort könne nur »auf den Charakter der jeweiligen Arbeitnehmerüberlassung bezogen werden«. Die Arbeitnehmerüberlassung müsse aber darauf gerichtet sein, einen »vorübergehenden Arbeitskräftebedarf« zu decken¹⁶⁵. Dagegen sprechen nicht nur die soeben gegen *Ulbers* These vorgebrachten Argumente¹⁶⁶, sondern auch Giesens Herleitung ist unschlüssig.

Zutreffend ist zunächst, daß die Leiharbeit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) unterfällt, wenn sie grenzüberschreitend stattfindet. Im Normalfall handelt es sich um eine Korrespondenzdienstleistung, bei der Dienstleister und Dienstnehmer in ihren jeweiligen Mitgliedstaaten bleiben und nur die Dienstleistung – in Form der überlassenen Arbeitnehmer – die Grenze überschreitet¹⁶⁷.

Zutreffend ist außerdem, daß gem. Art. 57 Abs. 3 AEUV der Dienstleister seine Tätigkeit auch »vorübergehend« in dem Mitgliedstaat ausüben kann, in dem die Leistung erbracht wird. Daraus wird gemeinhin ein wegen Art. 21 AEUV weitgehend bedeutungsloses Aufenthaltsrecht des Dienstleisters wie des -nehmers im jeweils fremden Mitgliedstaat abgeleitet¹⁶⁸. Giesen folgert darüber hinaus aus Art. 57 Abs. 3 AEUV:

»Wenn Verleiher A an Entleiher B Arbeitnehmer in Deutschland überlässt, ist also zu fragen, ob diese Überlassung, fände sie grenzübergreifend statt, als Dienstleistung mit vorübergehendem Aufenthalt i.S.v. Art. 57 Abs. 3 AEUV anzusehen wäre. [...] Die Dienstleistungsfreiheit endet aber dort, wo sich der Dienstleister dauerhaft in die Volkswirtschaft des Empfängerstaates eingliedert – dann handelt es sich um eine von Art. 49 ff. AEUV erfasste Niederlassung. [...] Erst eine dauerhafte Tätigkeit, die unabhängig von einzelnen Aufträgen ist, führt zur Verfestigung und damit schlussendlich zum Vorliegen einer Niederlassung«¹⁶⁹.

164 <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6998&langId=en> [9.7.2012], S. 14.

165 Giesen, FA 2012, 66 (67).

166 Rn. 181 ff.

167 Eingehend Rn. 243 ff.

168 R. Streinz/Müller-Graff, Art. 56 AEUV Rn. 126; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Randelzhofer/Forsthoff, 43. EL (3/2011), Art. 57 AEUV Rn. 168.

169 Giesen, FA 2012, 66 (67).

- 191 Obgleich die Bezugnahme auf Art. 57 Abs. 3 AEUV etwas mißverständlich ist, werden jedenfalls dann Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit über »vorübergehend« und »dauerhaft« voneinander abgegrenzt, wenn sich der Dienstleister zur Erbringung der Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat begibt und sich dort mit der erforderlichen Infrastruktur ausstattet¹⁷⁰.
- 192 Die Auslegung dieser Begriffe kann auf die Abgrenzung der »vorübergehenden« Überlassung *eines Arbeitnehmers* von der dauerhaften Überlassung *eines Arbeitnehmers* übertragen werden, insbesondere wenn man wie *Giesen* die Sichtweise zugrunde legt, nach der die Überlassung *eines Arbeitnehmers* erst im Moment der »Verstetigung« nicht mehr »vorübergehend« ist¹⁷¹. Verstetigt wäre demnach die Überlassung erst, wenn sie unabhängig von einzelnen Aufträgen erfolgt, was unter Umständen auch erst nach mehreren Jahren der Fall sein kann¹⁷².
- 193 Doch dann schließt *Giesen* aus der Auslegung von »vorübergehend« im Sinne des Art. 57 Abs. 3 AEUV, daß auch »vorübergehend« im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F. nach der »Zielsetzung der Arbeitnehmerüberlassung« ausgelegt werden müsse und deshalb nur bedeuten könne, »einen »vorübergehenden« Arbeitskräftebedarf zu decken«¹⁷³.
- 194 Das ist ein *mehrfacher Fehlschluß*. Nur weil die Dienstleistungsfreiheit bei »vorübergehenden« Tätigkeiten und die Niederlassungsfreiheit bei stabiler Integration in das Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates einschlägig sind, muß mit Leiharbeit keinesfalls nur ein vorübergehender Arbeitskräftebedarf gedeckt werden:
- 195 • Wie schon aus dem 22. Erwägungsgrund der Leiharbeitsrichtlinie hervorgeht, ist die Richtlinie nicht nur im Einklang mit der Dienstleistungs-, sondern auch der Niederlassungsfreiheit umzusetzen. Deshalb scheidet zumindest eine unmittelbare Übertragung der Abgrenzungskriterien beider Grundfreiheiten aus. Auch ein Leiharbeitsunternehmen, das dauerhaft und gezielt nur Arbeitnehmer in einen bestimmten fremden Mitgliedstaat überläßt, fällt in den An-

170 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Randelzhofer/Forsthoff, 43. EL (3/2011), Art. 57 AEUV Rn. 42; im übrigen kommt es für die Abgrenzung beider Grundfreiheiten aber primär darauf an, ob der Dienstleister »stabil und kontinuierlich« am Wirtschaftsleben des Aufnahmemitgliedstaats teilnimmt, *Randelzhofer/Forsthoff*, a.a.O., Rn. 43, unter Verweis auf EuGH vom 13.2.2003 – C-131/01 (*Kommission/Italien*) – Slg. 2003, 1659 = EuZW 2003, 344 (Rn. 23).

171 Zustimmend auch *Krannich/Simon*, BB 2012, 1414 (1416).

172 *Giesen*, FA 2012, 66 (67), unter Verweis auf EuGH vom 11.12.2003 – C-215/01 (*Schnitzer*) – Slg. 2003, 14871 = EuZW 2004, 94, ErfK/Wank, § 1 AÜG Rn. 12, und *Leuchten*, NZA 2011, 608 (609).

173 *Giesen*, FA 2012, 66 (67).

wendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie – aber nicht mehr in den Anwendungsbereich der Dienstleistungs-, sondern der Niederlassungsfreiheit, wenn es dafür in dem anderen Mitgliedstaat tatsächlich eine Niederlassung begründet.

»Insoweit ist daran zu erinnern, dass das entscheidende Kriterium für die Abgrenzung der Geltungsbereiche [der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit] darin besteht, ob der betreffende Wirtschaftsteilnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem er die fragliche Dienstleistung anbietet (Aufnahmemitgliedstaat), niedergelassen ist oder nicht. Wenn er dort mit seinem Haupt- oder Nebensitz niedergelassen ist, fällt seine Situation in den Geltungsbereich des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit im Sinne von Artikel 43 EG. Andernfalls ist er als »grenzüberschreitender Dienstleistender« zu qualifizieren, und er fällt unter den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs nach Artikel 49 EG«¹⁷⁴.

Die Leiharbeitsrichtlinie ist von der Dienstleistungsfreiheit *materiell-rechtlich entkoppelt*. Deswegen ist sie auch auf die sozialpolitische Kompetenz der EU aus Art. 153 Abs. 2 AEUV und nicht auf die dienstleistungsspezifische Kompetenz aus Art. 59 AEUV gestützt. Auch ist die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG nach ihrem Art. 2 Abs. 2 lit. e auf Leiharbeitsagenturen nicht anwendbar. 196

Außerdem schützt die Dienstleistungsfreiheit nur das Leiharbeitsunternehmen (aktiv) und das entleihende Unternehmen (passiv). Es ist zwar richtig, daß Arbeitnehmer eines Dienstleisters als »Korrelarberechtigte«¹⁷⁵ am Schutz seiner Dienstleistungsfreiheit teilhaben, wenn sie sich zur Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat begeben¹⁷⁶. Daraus folgt aber nicht, daß ein Unternehmen, das stetig seine Arbeitnehmer überläßt, sich deshalb niederlassen würde. Es ist gerade das Geschäftsmodell von Leiharbeitsunternehmen, ihre Arbeitnehmer zu verleihen. Darin liegt ihre *dauerhafte Dienstleistung*. Dadurch unterscheidet sich die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung von dem vorübergehenden Ortswechsel von Arbeitnehmern, die Arbeiten in einem anderen Mitgliedstaat ausführen (Arbeitnehmerentsendung)¹⁷⁷. 197

Leiharbeitsunternehmen lassen sich im Sinne der Niederlassungsfreiheit nieder, wenn sie »stabil und kontinuierlich« am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates teilnehmen. Dafür ge- 198

¹⁷⁴ EuGH vom 26.1.2006 – C-514/03 (*Kommission/Spanien*) – Slg. 2006, 963 (Rn. 22).

¹⁷⁵ Dazu Rn. 234.

¹⁷⁶ EuGH vom 9.8.1994 – C-43/93 (*Vander Elst*) – EuZW 1994, 600 (Rn. 20 ff.).

¹⁷⁷ EuGH vom 10.2.2011 – C-307-309/09 (*Vicoplus u.a.*) – EuZW 2011, 348 (Rn. 45 ff.).

nügt allerdings nicht, daß sie ausschließlich und dauerhaft ihre Arbeitnehmer *in einen bestimmten anderen Mitgliedstaat verleihen* – »ohne Niederlassung keine Niederlassungsfreiheit«¹⁷⁸. Läßt sich ein Dienstleister aber in dem Mitgliedstaat nieder, in dem auch sein (dauerhafter) Dienstnehmer ansässig ist, fällt das grenzüberschreitende Element weg und die Grundfreiheiten sind überhaupt nicht mehr auf dieses Austauschverhältnis anwendbar¹⁷⁹. Solange Dienstleister und Dienstnehmer in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig bleiben und nur die Dienstleistung die Grenze überschreitet, bleibt es eine Korrespondenzdienstleistung, selbst wenn sie dauerhaft erbracht wird. »Im Rahmen der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit spielt die zeitliche Komponente keine Rolle, da insoweit eine Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit nicht erforderlich ist«¹⁸⁰. Der EuGH verzichtet deshalb bei seiner Subsumtion der Arbeitnehmerüberlassung unter die Dienstleistungsfreiheit auf ein »vorübergehend« oder ähnliche zeitliche Beschränkungen¹⁸¹.

- 199 • Offenkundig wird *Giesens* Fehlschluß bei Betrachtung des entleihenden Unternehmens: Wenn dieses Arbeitnehmer von einem ausländischen Leiharbeitsunternehmen entleiht, nimmt es dessen Dienstleistung in Anspruch und ist insoweit durch die (passive) Korrespondenzdienstleistungsfreiheit geschützt. Aber selbst wenn es stetig und dauerhaft Arbeitnehmer von ein und demselben Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat entleiht, wird es sich deshalb nicht in das Wirtschaftsleben des anderen Mitgliedstaates integrieren und sich somit in diesem niederlassen. Entleihende Unternehmen verfolgen nicht das unternehmerische Ziel, Arbeitnehmer zu entleihen, sondern mit diesen *zu wirtschaften*. Deshalb fällt selbst ein Unternehmen, das seinen dauerhaften Arbeitskräftebedarf zu 100 Prozent durch Leiharbeitsnehmer deckt und diese immer von ein und demselben Leiharbeitsunternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat entleiht, *niemals deshalb* aus dem Anwendungsbereich der (passiven) Korrespondenzdienstleistungsfreiheit heraus.

- 200 *Giesen* scheint hingegen gerade das zu meinen, wenn er nur die Deckung eines »vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs« noch als Inanspruchnahme einer Dienstleistung und *deshalb* als »vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung« ansehen will. *Giesens* Herleitung ist im Ansatz auf das Leiharbeitsunternehmen und dessen Dienstleistung

178 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Randelzhofer/Forsthoff, 43. EL (3/2011), Art. 57 AEUV Rn. 43.

179 EuGH vom 17.6.1997 – C-70/95 (*Sodemare*) – EuZW 1998, 124 (Rn. 38).

180 Schwarze/Holoubek, Art. 56/57 AEUV Rn. 43.

181 EuGH vom 17.12.1981 – 279/80 (*Webb*) – Slg. 1981, 3305 (Rn. 9); EuGH vom 10.2.2011 – C-307-309/09 (*Vicoplus u.a.*) – EuZW 2011, 348 (Rn. 27).

gerichtet, folgert daraus aber Beschränkungen des entleihenden Unternehmens in seiner unternehmerischen Freiheit¹⁸². Der *eigene* Schutz durch Grundfreiheiten ist nicht abhängig davon, auf welche Grundfreiheit sich der *Geschäftspartner* berufen kann. Vor allem wird der eigene Schutz durch eine Grundfreiheit nicht ausgeschlossen, weil der Geschäftspartner in den Anwendungsbereich einer anderen Grundfreiheit wechselt. Im Gegenteil kann daraus eine »Korrelarberechtigung« erwachsen¹⁸³. Nur das grenzüberschreitende Element entfällt, wenn sich das Leiharbeitsunternehmen in dem Mitgliedstaat des entleihenden Unternehmens niederläßt. Doch auf das grenzüberschreitende Element verzichtet *Giesen* bei seiner grundfreiheitlichen »Als-ob-Betrachtung« ohnehin¹⁸⁴.

Gleichwohl können die von *Giesen* angeführten Abgrenzungskriterien auf die Bestimmung der »vorübergehenden« Überlassung *eines Arbeitnehmers* durchaus übertragen werden¹⁸⁵. 201

ff) Sonstige Gründe des Allgemeininteresses

Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL ist weder abschließend, noch auf »zwingende« Gründe des Allgemeininteresses beschränkt. Großbritannien scheiterte gerade mit einem entsprechenden Begrenzungsvorschlag¹⁸⁶. 202

Wenn »Gründe des Allgemeininteresses« zur Rechtfertigung ausreichen, dann erst recht auch »zwingende Gründe des Allgemeininteresses«, wie sie in Art. 36 AEUV und der Rechtsprechung des EuGH anerkannt sind. Zu diesen zählen etwa die wirksame steuerliche Kontrolle, Schutz der öffentlichen Gesundheit, Umweltschutz oder Lauterkeit des Handelsverkehrs¹⁸⁷. Außerdem gelten für die Dienstleistungsfreiheit – welche durch die Leiharbeitsrichtlinie sekundärrechtlich konkretisiert wird¹⁸⁸ – gem. Art. 62 AEUV auch die Rechtfertigungsgründe des Art. 52 Abs. 1 AEUV, wonach »Sonderregelungen für Ausländer« aus Gründen der »öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit« gerechtfertigt sind. 203

182 Dazu Rn. 154, 212.

183 Dazu Rn. 234.

184 *Giesen*, FA 2012, 66 (67).

185 Rn. 192.

186 Bericht des Ausschusses der Ständigen Vertreter an den Rat vom 29.11.2007, 2002/0072 (COD); <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/07/st15/st15686.de07.pdf> [9.7.2012], S. 4.

187 Eingehend: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/T. Streinz, 42. EL (9/2010), Art. 36 AEUV Rn. 16 ff.

188 Rn. 243 ff.

- 204 Schließlich können Grundrechte¹⁸⁹ den Gebrauch von unionsrechtlich verbürgten Rechten und Freiheiten beschränken (Art. 52 Abs. 1 Satz 2 GRC)¹⁹⁰.

3. Verstoß von Leiharbeitsquoten gegen Art. 4 LeiharbRL

a) Beihilfen als nationale Maßnahme

- 205 Wenn ein Unternehmen nur deshalb keine staatlichen Beihilfen erhält, weil es mehr als eine gewissen Prozentsatz von Leiharbeitnehmern beschäftigt, ist das *Diskriminierungsverbot des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL unmittelbar anwendbar*, denn es wird dem entleihenden Unternehmen der Einsatz von Leiharbeit weniger attraktiv gemacht.
- 206 Die Leiharbeitsrichtlinie enthält keine Bereichsausnahme für Beihilfenregelungen und es gibt im Unionsrecht keinen allgemeinen Grundsatz, wonach Wirtschaftsförderung im rechtsfreien Raum stattfindet. Beihilfen sind im Gegenteil auch am sonstigen Unionsrecht zu messen¹⁹¹. Dazu gehört der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EUV – *effet utile*). Art. 288 Abs. 3 AEUV verpflichtet i.V.m Art. 2 und Art. 4 LeiharbRL die Mitgliedstaaten, einen angemessenen Rahmen für Leiharbeit zu schaffen und den Einsatz von Leiharbeit nicht zu verbieten oder zu beschränken. Zugleich wird damit das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit zum »Grundrecht auf Leiharbeit« ausformuliert¹⁹² und die Dienstleistungsfreiheit konkretisiert¹⁹³.
- 207 Der Union geht es um die *praktische* Wirksamkeit ihrer Ziele. Deshalb ist es unerheblich, auf welche Weise die verbindlichen Richtlinienziele vereitelt werden: durch unzureichende Richtlinienumsetzung, durch richtlinienwidrige Gesetzesauslegung oder durch eine gegenläufige Wirtschaftsförderung. Egal aus welchem Grund ein Mitgliedstaat seine Verpflichtungen aus dem primären und sekundären Unionsrecht nicht erfüllt, immer verletzt er den Grundsatz der praktischen Wirksamkeit. Deshalb ist eine defizitäre Richtlinienumsetzung ebenso unionsrechtswidrig, wie eine Beihilfenregelung mit dem Ziel, die europäische Sozialpolitik zu hintertreiben¹⁹⁴. Die »windige« Ausgestaltung der Beihilfenvergabe durch

189 Rn. 84 ff.

190 EuGH vom 12.6.2003 – C-112/00 (*Schmidberger/Österreich*) – EuZW 2003, 592 (Rn. 70 ff.); EuGH vom 14.10.2004 – C-36/02 (*Omega*) – EuZW 2004, 753 (Rn. 35); EuGH vom 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*) – NZA 2008, 159 (Rn. 91 ff.); EuGH vom 11.12.2007 – C-438/05 (*ITF u.a./ Viking Line u.a.*) – EuZW 2008, 246 (Rn. 44 ff.).

191 Rn. 76 ff.

192 Rn. 154.

193 Rn. 212.

194 Zur Einheit der Unionsrechtsordnung Rn. 81 f.

schlichte Runderlasse der Landesminister läßt sie nicht aus dem Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen.

»Überdies hat der Gerichtshof bereits festgestellt, dass eine nationale abgabenrechtliche Maßnahme, die die Ausübung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs behindert, eine verbotene Maßnahme darstellen kann, wobei es unerheblich ist, ob sie vom Staat selbst oder von einer Gebietskörperschaft ausgeht«¹⁹⁵.

b) Beihilfen nach Leiharbeitsquoten als Beschränkung des Leiharbeitseinsatzes

Wird eine Beihilfe gänzlich versagt, weil ein im übrigen förderungsfähiges Unternehmen sich überhaupt des Instruments der Leiharbeit bedient (*Leiharbeitsquote von null Prozent*), handelt es sich um ein faktisches Verbot des Leiharbeitseinsatzes im Sinne des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL, wenn das Unternehmen ohne die Förderung nicht am Markt bestehen kann und deshalb auf Leiharbeit verzichten muß, um die Förderung zu bekommen¹⁹⁶. 208

Jede Beihilfeneinschränkung wegen einer *Leiharbeitsquote von mehr als null Prozent beschränkt* den Einsatz von Leiharbeit im Sinne des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL. Für ein Unternehmen ist der Einsatz von Leiharbeit weniger attraktiv, wenn sich bei Überschreiten bestimmter Leiharbeitsquoten deshalb seine staatliche Unterstützung verringert oder ganz wegfällt, sie aber bestehenbliebe, wenn das Unternehmen weniger Leiharbeit einsetzte. Die Unternehmen werden durch Beihilfen nach Leiharbeitsquoten also wirtschaftlich gezwungen, die Quoten nicht zu überschreiten, wenn ansonsten staatliche Mittel in einem Maße wegfielen, das durch eventuelle Vorteile einer höheren Leiharbeitsquote nicht ausgeglichen werden könnte. 209

Eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung des Einsatzes von Leiharbeit besteht aber nicht nur dann, wenn sich der wirtschaftliche Zwang zum Einhalten der Leiharbeitsquoten konkret entfaltet, das heißt die staatliche Förderung so groß ist, daß sie eventuelle Vorteile höherer Leiharbeitsquoten »auffrißt«. Wie beim Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten genügt auch beim Einschränkungsverbot des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL die *abstrakte Eignung* einer Regelung, den Gebrauch des konkreten Unions-Rechts weniger attraktiv zu machen¹⁹⁷. Auch ein Mitgliedstaat, der seinen 210

195 EuGH vom 17.2.2005 – C 134/03 (*Viacom Outdoor/Giotto Immobilien*) – EuZW 2005, 282 (Rn. 36).

196 Zutreffend *Kohte*, Wirtschaftsförderung, S. 69 f.

197 Zum Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten: EuGH vom 25.7.1991 – C-76/90 (*Säger/Dennemeyer*) – EuZW 1991, 542 (Rn. 12); EuGH vom 30.11.1995 – C-55/94 (*Gebhard*) – NJW 1996, 579 (Rn. 37); EuGH vom

Arbeitnehmern, die von höheren Löhnen ins EU-Ausland gelockt werden, eine »Bleibepremie« in Höhe der lockenden Lohndifferenz zahlt, macht diesen Arbeitnehmern den Gebrauch ihrer Freizügigkeitsrechte im Binnenmarkt weniger attraktiv¹⁹⁸.

- 211 Auch die Expertengruppe »*Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*«¹⁹⁹ subsumiert jegliche zahlen- oder anteilmäßigen Beschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit unter das Diskriminierungsverbot:

»The following are examples of restrictions or prohibitions which might apply to temporary agency work: [...]

- limitation of the numbers or proportion of agency workers that may work in user companies«²⁰⁰.

- 212 Es ist nicht ersichtlich, warum Unternehmer auf wirtschaftliche Vernunft – Wer sollte diese auch bestimmen? – verpflichtet wären und sich danach ihre Rechte bemäßen. Art. 16 GRC gewährt Unternehmern *Freiheit*. Dazu gehört die Freiheit, das unionsrechtlich anerkannte Instrument der Leiharbeit zu nutzen oder auch nicht²⁰¹. »Wieso, weshalb, warum« sind Fragen der freien Unternehmerentscheidung. Ein *Sachgrunderfordernis* – wie es § 5 Abs. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vorsieht – findet sich *in der Leiharbeitsrichtlinie gerade nicht*. Die Expertengruppe »*Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*«²⁰² nennt Sachgrunderfordernisse gerade als ein Beispiel für Beschränkungen des Leiharbeitseinsatzes²⁰³. Bloß weil eine niedrigere Leiharbeitsquote eine höhere Beihilfe mit sich bringt und es deshalb im Ergebnis für Unternehmen sogar theoretisch vorteilhaft sein kann, ihre Leiharbeitsquote zu senken und die Förderung einzustreichen, ist die Beihilfe nach Leiharbeitsquoten immer noch eine einschränkende Maßnahme im Sinne des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL. Beihilfen dürfen Investitio-

17.2.2005 – C-134/03 (*Viacom Outdoor/Giotto Immobilien*) – EuZW 2005, 282 (Rn. 35).

198 Freilich ist insofern Finalität erforderlich, weil jeder inländische Vorteil auf seine Weise zum Dableiben anhält und sonst ein *raise to the bottom* erzwungen würde. Vgl. dazu EuGH vom 30.11.2003 – C-224/01 (*Köbler/Österreich*) – EuZW 2003, 718 (Rn. 74 ff.): Die Nichtberücksichtigung ausländischer Dienstzeiten bei der Treuevergütung österreichischer Professoren behindert gerade den Wechsel ins Ausland und beschränkt damit die Freizügigkeit.

199 Rn. 144.

200 <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6998&langId=en> [9.7.2012], S. 29.

201 Zum »Grundrecht auf Leiharbeit« Rn. 154.

202 Rn. 144.

203 Rn. 183.

nen und die Schaffung von Arbeitsplätzen fördern, nicht aber den Verzicht auf Leiharbeit²⁰⁴.

**c) Rechtfertigung von Leiharbeitsquoten durch
Allgemeininteressen?**

Dreh- und Angelpunkt der Vereinbarkeit von Leiharbeitsquoten mit der Leiharbeitsrichtlinie ist die Frage, ob sie einem Allgemeininteresse im Sinne des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL angemessen Rechnung tragen. 213

aa) Schutz der Arbeitnehmer

Wir bereits oben ausgeführt²⁰⁵, können Einschränkungen des Leiharbeits-einsatzes nicht mit dem *Schutz der Leiharbeitnehmer* vor sich selbst gerechtfertigt werden. Beihilfen nach Leiharbeits(höchst)quoten schützen nicht Leiharbeitnehmer. 214

**bb) Erfordernisse des Gesundheitsschutzes und der
Arbeitssicherheit**

Leiharbeitsquoten *in Beihilfenregelungen* können auch nicht mit Erfordernissen des Gesundheitsschutzes und der Arbeitssicherheit gerechtfertigt werden. Anderes mag für Leiharbeitsquoten *in spezifischen Sicherheitsvorschriften* gelten. 215

cc) Reibungsloses Funktionieren des Arbeitsmarktes

Beihilfen nach Leiharbeitsquoten dienen auch nicht der *Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes* zu gewährleisten. Der Arbeitsmarkt funktioniert unabhängig davon, wie viele Leiharbeitnehmer staatlich geförderte Unternehmen beschäftigen. Leiharbeitnehmer sind reguläre, beim Leiharbeitsunternehmen angestellte Arbeitnehmer im Sinne aller arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften. Sie genießen denselben Kündigungsschutz, können Gewerkschaften beitreten, streiken, Tarifverträge schließen etc. In der Praxis mag der gewerkschaftliche Organisationsgrad von Leiharbeitnehmern oder die Betriebsratsquote in Leiharbeitsunternehmen besonders niedrig sein, doch ändern daran Beihilfen nach Leiharbeitsquoten nichts. Die öffentlichkeitswirksam diskutierten praktischen Probleme im Zusammenhang mit Leiharbeitsverhältnissen stellen nicht das Funktionieren des *Arbeitsmarktes* in Frage. Eher spricht die zunehmende Zahl von Leiharbeitsverhältnissen bei sinkenden Arbeitslosen Zahlen für einen beschäftigungsfördernden Effekt der Leiharbeit, den die Leiharbeitsrichtlinie gem. Art. 2 gerade anstrebt: 216

204 Rn. 122 ff.

205 Rn. 164 ff.

Herausforderung Zeitarbeit, Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung – Studie im Auftrag der Bertelsmann Stiftung (2012)²⁰⁶;

S. 13 f.: »Von den im zweiten Halbjahr 2010 erstmals eingestellten Arbeitskräften übten 66 Prozent (384.000 Personen) unmittelbar zuvor keine Beschäftigung aus. Neun Prozent waren vorher noch nie beschäftigt gewesen, bei weiteren zwölf Prozent lag die letzte Beschäftigung ein Jahr oder länger zurück«;

S. 22: »Auch aus Sicht der Arbeitslosen scheint Zeitarbeit eine nicht zu vernachlässigende Beschäftigungsoption zu sein: Von allen sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnissen, die im ersten Halbjahr 2007 mit unmittelbar zuvor Arbeitslosen eingegangen wurden, kamen immerhin 15 Prozent in der Zeitarbeit zustande. Der Anteil der aus der Inaktivität heraus begründeten Beschäftigungsverhältnisse ist in der Zeitarbeit gesunken, die Anteile der aus Arbeitslosigkeit und Beschäftigung heraus geschaffenen Arbeitsverhältnisse haben dagegen zugenommen«;

S. 48: »Neue Beschäftigungsverhältnisse in der Zeitarbeit gehen im Vergleich zur Gesamtwirtschaft überproportional oft Beschäftigte ein, die unmittelbar zuvor arbeitslos waren«;

S. 49: » Eine Analyse der Entwicklung von Zeitarbeits- und Stammbeschäftigung innerhalb eines Betriebs zeigt, dass nur ein geringer Anteil der Kundenbetriebe Zeitarbeit aufbaut und gleichzeitig Stammbeschäftigung abbaut. Das Gegenteil ist häufiger zu beobachten. Dies spricht gegen die These, dass Zeitarbeit vor allem genutzt wird, um die Stammbeschäftigten zu ersetzen. Allerdings lässt sich diese Möglichkeit aufgrund der rein deskriptiven Untersuchungen auch nicht völlig ausschließen. [...] Bemerkenswert ist ferner, dass Zeitarbeitsbetriebe trotz ihres geringen Beschäftigungsanteils für einen großen und rasant zunehmenden Anteil an den bei der Bundesagentur für Arbeit gemeldeten ungeforderten sozialversicherungspflichtigen Arbeitsstellen verantwortlich zeichnen«.

- ²¹⁷ Beihilfen mit dem Ziel, den Anteil der Leiharbeitnehmer in Unternehmen zu begrenzen, behindern das »Funktionieren des Arbeitsmarktes« eher, als daß sie dieses fördern.

dd) Verhütung eventuellen Mißbrauchs

- ²¹⁸ Leiharbeitsquoten in Beihilfenrichtlinien sollen auch keinen (eventuellen) Mißbrauch verhüten. Beihilfen nach Leiharbeitsquoten sind die *Fortsetzung der verfehlten arbeitsplatzbezogenen Auslegung von »vorübergehend« mit anderen Mitteln*²⁰⁷. Kohle versucht dennoch, sie gerade auf diesem Wege zu rechtfertigen:

²⁰⁶ www.rwi-essen.de/media/content/pages/publikationen/rwi-projektberichte/PB_Herausforderung-Zeitarbeit.pdf [9.7.2012].

²⁰⁷ Rn. 179 ff.

»Leiharbeit ist nach der RL 2008/104/EG vor dem Regelfall des vorübergehenden Arbeitnehmermehrbedarfs zu interpretieren, so dass sie einer Regelung, die dem Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen entgegenwirkt, nicht entgegensteht. Gerade aus diesem Gedanken rechtfertigt sich eine Quote. [...] Das Ziel dauerhafter und stabiler Arbeitsplätze kann nicht erreicht werden, wenn Leiharbeit einen zu großen Anteil im Betrieb einnimmt. [...] Insoweit liegt es nahe, dass bei einer Leiharbeitsquote von mehr als 30 Prozent im Unternehmen davon auch Stammarbeit betroffen ist, denn die Beschäftigungsbeihilfen zielen auf einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren ab. Es ist regelmäßig auszuschließen, dass eine Beschäftigung von 30 Prozent Leiharbeitnehmern im Betrieb über drei bis fünf Jahre als »vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung« i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nF eingestuft werden kann«²⁰⁸.

Das Mißbrauchsverbot des Art. 4 Abs. 1 LeiharbRL erfaßt den zweckwidrigen, Art. 2 LeiharbRL widersprechenden Gebrauch der grundsätzlichen Berechtigung, aufeinanderfolgende Überlassungen vorzunehmen, um die Bestimmungen der Richtlinie zu umgehen²⁰⁹. Für einen Mißbrauchsverdacht sind *objektiv* mehrere aufeinanderfolgende Zeiträume erforderlich, während derer der Leiharbeitnehmer bei demselben entleihenden Unternehmen formal jeweils »vorübergehend« eingesetzt wird. Hinzukommen muß *subjektiv*, daß die aufeinanderfolgenden Überlassungen nur das Ziel verfolgen, die zeitliche Beschränkung der Überlassung zu umgehen. 219

Da der Begriff des »Mißbrauchs« autonom unionsrechtlich auszulegen ist, kann dafür die Rechtsprechung des EuGH zu einem vergleichbaren Mißbrauchsverbot in § 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse herangezogen werden. Dazu hat der EuGH in der Rechtssache *Kücük* entschieden, daß ein Mißbrauch auch dann nicht zu vermuten ist, wenn statt mit befristeten Arbeitskräften auch mit unbefristeten derselbe Zweck erreicht werden kann²¹⁰. Das Unionsrecht, insbesondere die Leiharbeitsrichtlinie kennt keinen Vorrang des »Normalarbeitsverhältnisses«. Der von *Kohte* behauptete »Regelfall des vorübergehenden Arbeitsmehrbedarfs« ist für eine Mißbrauchsvermutung ebenso unergiebig, wie der vom EuGH abgelehnte Regelfall des unbefristeten Arbeitsverhältnisses. In der Rahmenvereinbarung zu befristeten Arbeitsverhältnissen werden immerhin die Vorzüge unbefristeter Arbeitsverhältnisse hervorgehoben; die Leiharbeitsrichtlinie bekennt sich nicht zum »Stammarbeitsverhältnis«²¹¹. 220

Die These *Kohtes*, das Ziel dauerhafter und stabiler Arbeitsplätze könne nicht erreicht werden, wenn Leiharbeit einen zu großen Anteil im Betrieb 221

208 *Kohte*, Wirtschaftsförderung, S. 70.

209 Rn. 167 ff.

210 Rn. 174 f.

211 Rn. 177.

einnehme, erkennt, daß Leiharbeiter Arbeitnehmer mit einem dauerhaften Arbeitsverhältnis sind. Dieses Dauerarbeitsverhältnis zu schützen und zu stärken, ist gerade Hauptanliegen der Leiharbeitsrichtlinie (Art. 2 LeiharbRL). *Kohle* schließt entweder von einem »zu großen Anteil« von Leihararbeitern in einem Betrieb auf kurzfristige und instabile Arbeitsplätze beim Leiharbeitsunternehmen oder auf kurzfristige und instabile Arbeitsplätze beim entleihenden Unternehmen. Beides ist unzutreffend:

- 222 • Die *Arbeitsplätze beim Leiharbeitsunternehmen* unterliegen denselben Regeln wie alle anderen Arbeitsplätze in Deutschland auch und sind deshalb ebenso dauerhaft und stabil, ja sogar durch die flexible Einsatzmöglichkeit bei verschiedenen Entleihern gerade bei Auftragsschwankungen theoretisch besser vor betriebsbedingten Kündigungen geschützt.
- 223 • Die »*Stammarbeitsplätze*« beim entleihenden Unternehmen werden durch Leiharbeiter nicht gefährdet, weil bei einem Rückgang des Arbeitskräftebedarfs – nach überwiegender, aber bestrittener Auffassung – zunächst die entliehenen Arbeitnehmer zurückgegeben werden müssen, sodaß eine hohe Leiharbeitsquote sogar die »*Stammebelegschaft*« schützt²¹². Eine hohe Leiharbeitsquote spricht eher für dauerhafte und stabile Arbeitsplätze²¹³.
- 224 Unzutreffend ist ferner, daß eine Leiharbeitsquote von 30 Prozent über drei bis fünf Jahre keine »vorübergehende« *Arbeitnehmerüberlassung* mehr sein und deshalb zum Verlust von Beihilfen führen könne. »Vorübergehend« zielt auf den Arbeitseinsatz des *einzelnen Leihararbeiters*²¹⁴. Wie aus Art. 5 Abs. 5 LeiharbRL hervorgeht, verbietet die Leiharbeitsrichtlinie dauerhafte Überlassungen *eines Arbeitnehmers* an dasselbe entleihende Unternehmen. Deshalb dürfen die Mitgliedstaaten für die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung keine von der Richtlinie abweichenden Regelungen treffen²¹⁵.
- 225 *Kohle* wendet sich gegen einen dauerhaften *Leiharbeiteranteil* von 30 Prozent in Unternehmen und erkennt dabei, wie die anderen Vertreter der arbeitsplatzbezogenen Auslegung, daß ein Leiharbeiteranteil gerade keine Arbeitnehmerüberlassung ist. Ein Verbot, dauerhaft Leiharbeit im Unternehmen einzusetzen, findet sich in der Leiharbeitsrichtlinie

212 Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel, § 1 Rn. 568 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

213 Rn. 216.

214 Rn. 179 ff.

215 Zutreffend *Boemke*, RIW 2009, 177 (179); ähnlich *Lembke*, DB 2011, 414 (415); weitergehend *Rieble/Vielmeier*, EuZA 2011, 474 (489); im Ansatz richtig, aber mit anderer Folgerung: *Hamann*, RdA 2011, 321 (324); a.A. *Giesen*, FA 2012, 66; *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632 (634).

nicht, denn sie versteht die »vorübergehende« Überlassung immer nur auf den einzelnen Leiharbeitnehmer bezogen²¹⁶. In Analogie zum Befristungsrecht und der dazu ergangenen *Kücük*-Entscheidung des EuGH indiziert selbst die nachweisliche Möglichkeit, Leiharbeitnehmer durch eigene Arbeitnehmer zu ersetzen, keinen Mißbrauch²¹⁷. Die Leiharbeitsrichtlinie verfolgt nicht das Ziel, den Einsatz von *Leiharbeit* nur vorübergehend zuzulassen, im Gegenteil: Art. 4 Abs. 1 stellt den Einsatz von Leiharbeit sogar unter Diskriminierungsschutz und die Expertengruppe »*Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*«²¹⁸ nennt zahlen- oder anteilmäßige Beschränkungen von Leiharbeitnehmern in Bezug auf den Entleiher als Beispiel für Einschränkungen im Sinne dieses Diskriminierungsverbots²¹⁹. Es ist eine Frage der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, ob und in welchem Umfang Leiharbeit im Unternehmen dauerhaft eingesetzt werden soll²²⁰. Die Leiharbeitsrichtlinie sorgt dafür, daß die Leiharbeitnehmer während ihrer jeweils vorübergehenden Überlassung hinreichend geschützt sind (Art. 5 ff. LeiharbRL) und ihren Grundrechten Rechnung getragen wird²²¹.

Kohte verquickt die Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung mit ihren Wirkungen nach dem Motto: Die Richtlinie verlangt, daß die *Überlassung* »vorübergehend« sein soll, also ist es (!) nicht mehr »vorübergehend«, wenn ein Unternehmen permanent Leiharbeitnehmer entleiht²²². Gäbe es nur wenige Leiharbeitnehmer im Binnenmarkt, könnte Kohte Recht haben, weil dann immer dieselben Arbeitnehmer überlassen werden müßten, »um die Quote zu halten«. Doch die jüngsten Statistiken belegen eine große und noch weiter wachsende Anzahl von Leiharbeitnehmern in Deutschland²²³. *Eine jeweils vorübergehende Überlassung und zugleich permanent hohe Leiharbeitsquote im Unternehmen sind kein Widerspruch.* 226

Kohte will im Grunde – wie die übrigen Vertreter der arbeitsplatzbezogenen »vorübergehend«-Auslegung – die Leiharbeit einem nicht vorhandenem Sachgrunderfordernis unterwerfen und zwar dem vorübergehenden Arbeitskräftemehrbedarf. Nur diesen soll ein Unternehmer durch Leiharbeitnehmer decken dürfen. Wenn aber sein Mehrbedarf länger als drei bis fünf Jahre anhält, müsse er die Stammelegschaft erhöhen. Dieses Ziel kann man für wünschenswert halten und je nach individuellen Präferenzen 227

216 Rn. 179 ff.

217 Rn. 177 f.

218 Rn. 144.

219 Rn. 211.

220 Rn. 154, 212.

221 Rn. 204.

222 Zu diesem Fehlschluß schon Rn. 194 ff.

223 Rn. 216.

zen werden Unternehmer nach diesem Prinzip handeln. Die Leiharbeitsrichtlinie verfolgt allerdings einen arbeitnehmerbezogenen Ansatz und stellt an das »Ob« des Leiharbeitseinsatzes *keine Anforderungen*²²⁴. Soll mit den Mitteln der Wirtschaftsförderung Leiharbeit auf die »sanfte« Weise eingeschränkt werden, wird damit das Ziel der Leiharbeitsrichtlinie, ein gleichberechtigtes Beschäftigungsinstrument zur Schaffung von Arbeitsplätzen und Flexibilitätssteigerung zu etablieren (Art. 2 LeiharbRL), konterkariert und das Prinzip der praktischen Wirksamkeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) verletzt²²⁵.

ee) Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen«

- 228** Die Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen« ist schon kein Grund des Allgemeininteresses, weil die EU sowohl im Beihilfenrecht wie auch durch die Leiharbeitsrichtlinie zum Ausdruck gebracht hat, daß die anerkannten Beschäftigungsinstrumente gleichwertig sind und allesamt zu einem der Hauptziele der europäischen Sozialpolitik, der Schaffung von Arbeitsplätzen, beitragen²²⁶. Daß Leiharbeitnehmer an der Schaffung von Arbeitsplätzen nur zu 10 oder 20 Prozent pro Unternehmen beteiligt sein sollen, ist angesichts des erwiesenen Beschäftigungseffekts der Leiharbeit gerade auf Arbeitslose²²⁷ eine Fehleinschätzung, die solchen Beihilfemodalitäten jedenfalls die Eignung zur Erreichung ihres Ziels nimmt.
- 229** Zur Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen« sind Leiharbeitsquoten außerdem auch nicht unerlässlich, weil die *Steigerung der Attraktivität des »Normalarbeitsverhältnisses«* gegenüber der Diskriminierung der Leiharbeit das mildere Mittel wäre, das zudem auch nicht die grundrechtlich geschützte unternehmerische Wahlfreiheit zwischen den verschiedenen Beschäftigungsinstrumenten²²⁸ beschränkte. Leiharbeitsquoten sind zur Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen« auch *unverhältnismäßig*.

ff) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

- 230** Als zwingende Gründe des Allgemeininteresses sind solche Schutzanliegen untauglich, die im offenen Widerspruch zu Wertvorstellungen der EU stehen²²⁹. Beihilfen nach Leiharbeitsquoten verfolgen einen Lenkungs-

224 Rn. 181 ff., 212.

225 Vgl. Rn. 216.

226 Rn. 145 ff.

227 Rn. 216.

228 Rn. 154.

229 Calliess/Korte, § 3 Rn. 130.

zweck, der den verbindlichen Zielen der Leiharbeitsrichtlinie wie auch der Sozialpolitik der Union im übrigen zuwider läuft²³⁰.

Außerdem kommen Leiharbeitsquoten nationalen Bedürfnisregelungen ²³¹ gleich²³¹, die aber die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen nur unter besonders engen Voraussetzungen beschränken dürfen, weil sie faktisch den Gebrauch der Dienstleistungsfreiheit – genauer: der passiven Korrespondenzdienstleistungsfreiheit²³² – versagen. Bedürfnisregelungen müssen deshalb unerläßliche Voraussetzung für die mit ihnen verfolgten wichtigen Zwecke sein²³³.

Der EuGH ist der Auffassung, daß sich die grenzüberschreitende Arbeit- ²³²nehmerüberlassung unmittelbar sowohl auf die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt als auch auf die berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmer auswirkt. Trotz der jeweils vorübergehenden Überlassung, können Leiharbeitsunternehmen auf den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaats des entleihenden Unternehmens einwirken, weil sie ihm Arbeitnehmer zuführen. Deshalb gelten *beitrittsbedingte* Zugangsbeschränkungen zu den Arbeitsmärkten der alten Mitgliedstaaten auch für solche Arbeitnehmer, die aus Beitrittsstaaten nur vorübergehend überlassen werden²³⁴.

Daraus folgt aber nicht, daß Leiharbeitsunternehmen aus Mitgliedstaaten, ²³³die keinen Beitrittsrestriktionen (mehr) unterliegen, ebenfalls besonderen Beschränkungen unterworfen werden können, bloß weil sie den Arbeitsmärkten anderer Mitgliedstaaten Arbeitnehmer zuführen. Im Gegenteil: Wenn grenzüberschreitend überlassene Arbeitnehmer nicht nur von der Dienstleistungsfreiheit ihres Arbeitgebers sowie des entleihenden Unternehmens profitieren²³⁵, sondern sich auch auf ihre Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können²³⁶, erleichtern ihnen Leiharbeitsunternehmen den Grenzübertritt und somit den Gebrauch ihrer Grundfreiheit. Es kumulieren dann die Gewährleistungen beider Grundfreiheiten, nicht ihre Beschränkungsmöglichkeiten, denn die freie Beweglichkeit von Arbeitskräften im Binnenmarkt ist Sinn und Zweck der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 Abs. 3 AEUV) wie die Dienstleistungsfreiheit die freie Erbrin-

230 Rn. 129 f.

231 Rn. 253.

232 Rn. 243 ff.

233 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Randelzhofer/Forsthoff, 43. EL (3/2011), Art. 57 AEUV Rn. 118.

234 EuGH vom 10.2.2011 – C-307-309/09 (*Vicoplus u.a.*) – EuZW 2011, 348 (Rn. 28 ff.).

235 Rn. 234.

236 EuGH vom 10.2.2011 – C-307-309/09 (*Vicoplus u.a.*) – EuZW 2011, 348 (Rn. 28).

gung von Dienstleistungen im Binnenmarkt schützt (Art. 56 Abs. 1 AEUV)²³⁷.

- ²³⁴ Soweit sich überlassene Arbeitnehmer als »verkörperte Dienstleistung« selbst auf die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit ihres Leiharbeitsunternehmens bzw. Entleihers berufen können, wird lediglich der persönliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit auf die Leiharbeitnehmer als *Korrelarberechtigte* ausgedehnt. Die Korrelarberechtigten können sich dann hinsichtlich solcher Bestimmungen auf zusätzliche Grundfreiheiten berufen, die zugleich Freiheiten des originär Berechtigten beschränken²³⁸. Keinesfalls können mit Korrelarberechtigungen zusätzliche Beschränkungen gerechtfertigt werden.
- ²³⁵ Anderes gilt für *Grundrechte*, die den Gebrauch von Grundfreiheiten durchaus beschränken können²³⁹, doch trägt die Leiharbeitsrichtlinie bereits den Grundrechten der Leiharbeitnehmer *abschließend* Rechnung:
- Das Grundrecht der Leiharbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung (Art. 27 GRC) wird durch Art. 7 und 8 LeiharbRL konkretisiert.
 - Das Grundrechte der Leiharbeitnehmer auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art. 31 GRC) wird durch den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 5 LeiharbRL) und den Zugangsanspruch (Art. 6 LeiharbRL) konkretisiert.
 - Ein Grundrecht auf ein »Normalarbeitsverhältnis« kennt selbst die Gemeinschaftscharta der Sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer²⁴⁰ nicht, gleichwohl gibt Art. 6 Abs. 1 LeiharbRL den Leiharbeitnehmern einen Anspruch auf Unterrichtung über freie Stellen beim Entleiher, »damit sie die gleichen Chancen auf einen unbefristeten Arbeitsplatz haben wie die übrigen Arbeitnehmer dieses Unternehmens«.

4. Zwischenergebnisse

- ²³⁶ • Die Sozialpolitik der EU folgt dem *Flexicurity*-Ansatz. Im Rahmen dessen ist Leiharbeit ein gleichberechtigtes Beschäftigungsinstrument neben Vollzeit-, Teilzeit-, befristeter Beschäftigung und Saisonarbeit. Die freie Unternehmerentscheidung zwischen diesen Be-

²³⁷ Abwegig: Schüren/Hamann/Riederer von Paar, Einleitung Rn. 552: Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung unterfalle den »Beschränkungen« (!) von Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit.

²³⁸ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Randelzhofer/Forsthoff, 43. EL (3/2011), Art. 57 AEUV Rn. 31.

²³⁹ Rn. 204.

²⁴⁰ Rn. 86.

schäftigungsinstrumenten ist grundrechtlich nach Maßgabe der jeweiligen Richtlinien geschützt.

- Die Leiharbeitsrichtlinie wendet sich gegen Verbote und Beschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit. Sie konkretisiert das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit zu einem »Grundrecht auf Leiharbeit«. Dieses Recht kann nur aus Gründen des Allgemeininteresses beschränkt werden, wenn die Beschränkung dafür geeignet und erforderlich ist. 237
- Ein zulässiges Allgemeininteresse ist die Verhütung von Mißbrauch. Aufgrund dessen kann der Leiharbeitseinsatz beschränkt werden, wenn von den Abweichungsmöglichkeiten vom Gleichbehandlungsgrundsatz zweckwidrig Gebrauch gemacht wird oder wenn die zeitliche Beschränkung der Überlassung durch aufeinanderfolgende Verleihungen *desselben Leiharbeitnehmers an dasselbe entleihende Unternehmen* umgangen wird. 238
- Die *Kücük*-Entscheidung des EuGH ist auf die Auslegung des Mißbrauchs- und Umgehungsverbots der Leiharbeitsrichtlinie übertragbar. Die Entscheidung bestätigt die freie Unternehmerentscheidung zwischen den verschiedenen Beschäftigungsinstrumenten und spricht sich gegen einen Vorrang des »Normalarbeitsverhältnisses« aus. Auch Dauerarbeitsbedarf muß nicht mit »Stammarbeitnehmern« bewältigt werden. 239
- Beihilfen nach Leiharbeitsquoten sollen Unternehmen vom Einsatz von Leiharbeit über geringe Anteile an der Gesamtbelegschaft hinaus abhalten. Die Sozialpolitik der Union will aber erreichen, daß Unternehmen mit Leiharbeit nicht nur auf einen vorübergehenden Arbeitskräftemehrbedarf, sondern auch auf einen vorübergehenden Arbeitskräfteüberschuß flexibel reagieren können. Beihilfen nach Leiharbeitsquoten zwingen Unternehmen wirtschaftlich zu niedrigen Leiharbeitsquoten und nehmen ihnen damit einen Großteil der unionsrechtlich geforderten Flexibilität und grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit. 240
- Die von Leiharbeitsquoten in Beihilfenregelungen bewirkten Beschränkungen sind durch kein Allgemeininteresse gerechtfertigt. Ein dauerhafter Einsatz von mehr als 20 oder 30 Prozent Leiharbeitnehmern in einem Unternehmen ist weder ein Mißbrauch noch eine Umgehung der Möglichkeiten der Leiharbeit, wenn die einzelnen Leiharbeitnehmer jeweils vorübergehend überlassen werden. Den berechtigten Interessen der Leiharbeitnehmer trägt die Leiharbeitsrichtlinie selbst, insbesondere durch den Gleichbehandlungsgrundsatz abschließend Rechnung. 241

IV. Vereinbarkeit sozialer Beihilfekriterien mit der Dienstleistungsfreiheit

- ²⁴² Auch staatliche Beihilfen, die wegen einer ihrer Modalitäten gegen eine Grundfreiheit verstoßen, sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und können von der Kommission nicht genehmigt werden²⁴¹. Deshalb verstößt etwa eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmer eines Beihilfenempfängers gegen Art. 45, 18 AEUV und eine Differenzierung nach dem Sitz des Beihilfenempfängers gegen Art. 49 AEUV.

1. Leiharbeit und Korrespondenzdienstleistungsfreiheit

- ²⁴³ Die Arbeitnehmerüberlassung fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich der *Dienstleistungsfreiheit* (Art. 56 ff. AEUV). Mit den Worten des EuGH stellt eine »Tätigkeit, die darin besteht, dass ein Unternehmen anderen entgeltlich Arbeitnehmer, die im Dienst dieses Unternehmens bleiben, zur Verfügung stellt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem Entleihunternehmen geschlossen wird, eine Berufstätigkeit« dar, »die die in Art. 57 Abs. 1 AEUV niedergelegten Voraussetzungen erfüllt und daher als Dienstleistung im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist«²⁴².
- ²⁴⁴ Das notwendige *grenzüberschreitende Element* besteht bei der Dienstleistungsfreiheit in vier Konstellationen²⁴³:
- Aktive Dienstleistungsfreiheit: Der Dienstleister begibt sich zur Leistungserbringung in einen anderen Mitgliedstaat.
 - Passive Dienstleistungsfreiheit: Der Dienstnehmer begibt sich zur Entgegennahme der Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat.
 - Korrespondenzdienstleistungsfreiheit: Dienstleister und Dienstnehmer verbleiben in ihren jeweiligen Mitgliedstaaten und nur die Dienstleistung selbst überschreitet die Grenze.
 - Auslandsbedingte Dienstleistungsfreiheit: Dienstleister und Dienstnehmer sind im selben Mitgliedstaat ansässig, die Dienstleistung wird aber in einem anderen Mitgliedstaat erbracht.
- ²⁴⁵ Bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung begibt sich weder der Verleiher noch der Entleiher in einen anderen Mitgliedstaat, sondern nur die Dienstleistung in Gestalt der überlassenen Arbeitnehmer. Wenn ein Leiharbeitsunternehmen in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist als das entleihende Unternehmen, ist folglich die Leiharbeit eine

²⁴¹ Rn. 76 ff.

²⁴² EuGH vom 10.2.2011 – C-307-309/09 (*Vicoplus u.a.*) – EuZW 2011, 348 (Rn. 27).

²⁴³ R. Streinz, EuropaR, Rn. 913.

*Korrespondenzdienstleistung*²⁴⁴. Daß die überlassenen Arbeitnehmer sich unter Umständen selbst auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können, ändert daran nichts²⁴⁵.

2. Gewährleistungen der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit

Die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit birgt – wie die allgemeine Dienstleistungsfreiheit auch – zwei Schutzdimensionen: Sie garantiert *aktiv* die ungehinderte Erbringung der Dienstleistung durch den Dienstleister und *passiv* den freien Empfang der Dienstleistung durch den Dienstnehmer²⁴⁶.

Die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit verlangt nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur die *Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen* des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die *Aufhebung aller Beschränkungen* – selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten – aber geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern²⁴⁷. Da sich kein Vertragspartner in einen anderen Mitgliedstaat begibt, sondern nur die Dienstleistung die Grenze überschreitet, ist die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit der Warenverkehrsfreiheit stark angenähert²⁴⁸.

3. Schranken der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit

Die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit kann wie die Dienstleistungsfreiheit nur aus *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses* beschränkt werden. Wegen ihrer Ähnlichkeit zur Warenverkehrsfreiheit und der typischerweise reduzierten personellen Komponente fällt die Verhältnismäßigkeitskontrolle besonders streng aus:

»Ein Mitgliedstaat darf insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen abhängig machen, die für eine Niederlassung gelten, und damit den Bestimmungen des EWG-Vertrags, deren Ziel es gerade ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewähr-

²⁴⁴ Zur Abgrenzung von der Niederlassungsfreiheit Rn. 194 ff.

²⁴⁵ Vgl. EuGH vom 10.2.2011 – C-307-309/09 (*Vicoplus u.a.*) – EuZW 2011, 348 (Rn. 28).

²⁴⁶ *Calliess/Korte*, § 3 Rn. 31; *Schwarze/Holoubek*, Art. 56/57 AEUV Rn. 42; *Calliess/Ruffert/Kluth*, Art. 57 AEUV Rn. 32.

²⁴⁷ EuGH vom 25.7.1991 – C-76/90 (*Säger/Dennemeyer*) – EuZW 1991, 542 (Rn. 12).

²⁴⁸ *Calliess/Korte*, § 3 Rn. 32.

leisten, jede praktische Wirksamkeit nehmen. Eine solche Beschränkung ist erst recht unzulässig, wenn [...] die Dienstleistung [...] erbracht wird, ohne daß sich der Dienstleistende in das Gebiet des Mitgliedstaats zu begeben braucht, in dem die Leistung erbracht wird«²⁴⁹.

- ²⁴⁹ Freilich wird bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung die bei Korrespondenzdienstleistungen typischerweise verringerte *personelle Komponente* wieder dadurch *aufgewertet*, daß nicht eine leblose oder immaterielle Dienstleistung die Grenze überschreitet, sondern Arbeitnehmer, die ihrerseits Träger von Grundfreiheiten und Grundrechten sind. Bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung handelt sich also nicht um ein klassisches Zwei-Personen-Verhältnis, sondern die »Dienstleistung« selbst hat auch Rechte: Soweit es *Grundfreiheiten* sind, erhöhen sie die Rechtfertigungsanforderungen an Beschränkungen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung²⁵⁰; soweit es Grundrechte sind, können sie weitergehende Beschränkungen rechtfertigen²⁵¹, als es die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit normalerweise zuließe.

4. Unvereinbarkeit von Leiharbeitsquoten mit der Dienstleistungsfreiheit

a) Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit

- ²⁵⁰ Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung ist prinzipiell zulässig. Jedes Unternehmen in der EU darf sich Arbeitnehmer von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten entleihen. Nur in den Beitrittsverträgen neuer Mitgliedstaaten können bisweilen Einschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausnahmsweise auch die Dienstleistungsfreiheit von Leiharbeitsunternehmen beschränken, weil solche Arbeitsmarktschutzmechanismen den Zustrom von Arbeitnehmern aus Beitrittsländern begrenzen sollen und deshalb auch für Leiharbeitnehmer aus diesen Staaten gelten müssen²⁵².
- ²⁵¹ Zur Anwendbarkeit der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit muß die Dienstleistung nicht tatsächlich grenzüberschreitend erbracht werden, sondern es genügt schon, daß sie *grenzüberschreitend angeboten* wird²⁵³. Deshalb stellt schon die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten zu entleihen oder in andere Mitglied-

²⁴⁹ EuGH vom 25.7.1991 – C-76/90 (*Säger/Dennemeyer*) – EuZW 1991, 542 (Rn. 13).

²⁵⁰ Rn. 233.

²⁵¹ Rn. 204.

²⁵² EuGH vom 10.2.2011 – C-307-309/09 (*Vicoplus u.a.*) – EuZW 2011, 348 (Rn. 28 ff.).

²⁵³ EuGH vom 10.5.1995 – C-384/93 (*Alpine Investments*) – EuZW 1995, 404 (Rn. 19).

staaten zu verleihen, den grenzüberschreitenden Bezug für die Prüfung von Beihilfenregelungen an der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit her.

b) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Wie schon ausgeführt²⁵⁴, wendet sich die Korrespondenzdienstleistungs-
freiheit gegen alle Beschränkungen, die *geeignet* sind, die Tätigkeit von
Dienstleistern, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und dort
rechtmäßig Dienstleistungen erbringen, zu unterbinden oder zu behin-
dern. Leiharbeitsquoten in Beihilfenregelungen sollen den Einsatz von
Leiharbeit beschränken²⁵⁵. Leiharbeitsquoten halten damit zwangsläufig
auch Unternehmen davon ab, sich der Dienstleistung von Leiharbeitsun-
ternehmen aus anderen Mitgliedstaaten »übermäßig« zu bedienen und
drosseln damit künstlich die Nachfrage. Eine nur *inländerdiskriminie-
rende Leiharbeitsquote*, die sich lediglich gegen den »übermäßigen« Ein-
satz von Leiharbeitnehmern von inländischen Leiharbeitsunternehmen
wendete, ist zwar denkbar, aber nicht Realität. Sie wäre im übrigen weder
mit dem europäischen Beihilfenrecht²⁵⁶, noch der Leiharbeitsrichtlinie²⁵⁷
vereinbar. Insoweit bedarf es keines grenzüberschreitenden Bezugs.

Leiharbeitsquoten sind *nationale Bedürfnisregelungen*, die anstelle des
Angebots die Nachfrage nach bestimmten Dienstleistungen beschränken
und damit die passive (Korrespondenz-)Dienstleistungsfreiheit beschnei-
den. Beihilfenkürzungen sollen potentielle Beihilfenempfänger vom Ge-
brauch ihrer passiven Korrespondenzdienstleistungsfreiheit abhalten – sie
sollen sich der Dienstleistungen auch ausländischer Leiharbeitsunterneh-
men nicht in dem Umfang bedienen, den sie selbst für richtig halten²⁵⁸.

Wie Art. 50 Abs. 2 lit. h AEUV für die Niederlassungsfreiheit exemplarisch
verdeutlicht, dürfen die Mitgliedstaaten *durch Beihilfen nicht die Bedin-
gungen für den Gebrauch einer Grundfreiheit verfälschen*. Ob also die In-
anspruchnahme der Dienstleistungen ausländischer Anbieter gesetzlich
verboten oder durch Beihilfenmodalitäten weniger attraktiv gemacht wird,
spielt keine Rolle. Deswegen wird eine eigenständige Bedeutung der
Rechtsetzungskompetenz der EU aus Art. 50 Abs. 2 lit. h AEUV neben den
ohnehin unmittelbar geltenden Grundfreiheiten und Beihilfenvorschriften
der Art. 107 bis 109 AEUV zu Recht verneint²⁵⁹.

Da Leiharbeitsquoten nicht die Ausübung der Dienstleistung, sondern den
passiven Zugang zum ausländischen Dienstleistungsmarkt beschränken,

254 Rn. 247.

255 Rn. 129 f.

256 Rn. 134 ff.

257 Rn. 236 ff.

258 Vgl. Rn. 154, 212.

259 Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoff, 46. EL (10/2011), Art. 50 AEUV Rn. 19.

scheidet die in der Literatur diskutierte Übertragung der *Keck-Rechtsprechung* auf die Dienstleistungsfreiheit aus²⁶⁰.

c) Rechtfertigung der Beschränkung

- ²⁵⁶ Soweit die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit durch die Leiharbeitsrichtlinie konkretisiert wird, dürfen grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassungen nur nach Maßgabe der sekundärrechtlichen Vorgaben (Art. 4 LeiharbRL) beschränkt werden. Leiharbeitsquoten in Beihilfenregelungen lassen sich mit den dort genannten Allgemeininteressen nicht rechtfertigen²⁶¹. Die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG gilt gem. ihres Art. 2 Abs. 2 lit. e nicht für die Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen.
- ²⁵⁷ Soweit das Sekundärrecht keine Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zuläßt, können sie nur in den Bereichen, die sekundärrechtlich nicht geregelt sind, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden²⁶². Da die Leiharbeitsrichtlinie gem. ihres 22. Erwägungsgrundes auch für grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassungen gilt, ihr Art. 4 sowohl die aktive wie die passive Korrespondenzdienstleistungsfreiheit konkretisiert²⁶³ und die Rechtfertigung von Beschränkungen des Leiharbeiteinsatzes schon »aus Gründen des Allgemeininteresses« zuläßt, bleibt für eine eigenständige Rechtfertigung aus »*zwingenden* Gründen des Allgemeininteresses« *kein Raum*²⁶⁴. Beschränkungen der Leiharbeit, welche nach Maßgabe der Leiharbeitsrichtlinie nicht gerechtfertigt sind, sind *erst recht* ungerechtfertigte Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit. Da die Leiharbeitsrichtlinie auch für die Dauerüberlassung *des jeweiligen Leiharbeitnehmers* gilt, indem sie diese durch das Mißbrauchsverbot mißbilligt (Art. 5 Abs. 5 LeiharbRL), ist insofern kein Raum für eine gesonderte Betrachtung²⁶⁵.

5. Zwischenergebnisse

- ²⁵⁸ • Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung fällt in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit. Wenn Leiharbeitsunternehmen und entleihendes Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässig sind und nur die Arbeitnehmer als »Dienstleistung« die Grenze überschreiten, handelt es sich um eine Korrespondenzdienstleistung.

²⁶⁰ Vgl. Calliess/Korte, § 3 Rn. 91 ff.

²⁶¹ Rn. 161 ff.

²⁶² Rn. 248; vgl. Calliess/Korte, § 5 Rn. 70.

²⁶³ Rn. 157 ff.

²⁶⁴ Rn. 203.

²⁶⁵ Rn. 224.

- Die Korrespondenzdienstleistungsfreiheit schützt aktiv den Dienst- 259
leister und passiv den Dienstnehmer vor Diskriminierungen und Be-
schränkungen. Bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüber-
lassung können sich die überlassenen Arbeitnehmer auch auf
Grundfreiheiten und Grundrechte berufen. Während ihre Grundfrei-
heiten den Beschränkungsschutz der Leiharbeit verstärken, können
ihre Grundrechte Beschränkungen der Leiharbeit rechtfertigen.
- Die Leiharbeitsrichtlinie gilt für grenzüberschreitende wie für inlän- 260
dische Arbeitnehmerüberlassungen und regelt auch die dauerhafte
Überlassung *einzelner Leiharbeitnehmer*. Sie konkretisiert die Un-
ternehmer- und Arbeitnehmer(grund)rechte in ihrem Geltungs-
bereich abschließend.
- Beihilfenmodalitäten dürfen nicht gegen Grundfreiheiten bzw. ihre 261
sekundärrechtlichen Konkretisierungen verstoßen. Leiharbeitsklau-
seln in Beihilfenregelungen sind vorrangig an der Leiharbeitsricht-
linie zu messen. Werden Beihilfen nach Leiharbeitsquoten vergeben,
ist das durch kein Allgemeininteresse gerechtfertigt.

B. Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach sozialen Kriterien mit deutschem Recht

I. Vorgaben des deutschen Rechts für staatliche Beihilfen nach sozialen Kriterien

Bund und Länder können nur insoweit Vorgaben für staatliche Beihilfen 262
machen, wie ihnen das Unionsrecht Handlungsspielräume beläßt. Das
folgt aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts, der auch gegenüber
dem deutschen Verfassungsrecht gilt²⁶⁶.

1. Verfahrensrechtliche Vorgaben

Nationales Recht kommt vor allem bei der konkreten Vergabe von Beihil- 263
fen zur Anwendung, weil die Union den bürokratischen Aufwand für 27
Mitgliedstaaten nicht selbst bewältigen kann und aus Gründen der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 3 EUV) und der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 2 EUV) auch nicht bewältigen darf. Beim Vollzug des Unionsrechts müssen die Mitgliedstaaten das Effektivitäts- und das Äquivalenzprinzip beachten²⁶⁷. Außerdem müssen die Mitgliedstaaten die Verfahrensvorgaben der Verordnung 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags²⁶⁸ beachten²⁶⁹.

266 EuGH vom 11.1.2000 – C-285/98 (*Kreil/Deutschland*) – NZA 2000, 137.

267 *Herdegen*, EuropaR, § 10 Rn. 35 ff.; *Lübbig/Martín-Ehlers*, BeihilfenR, Rn. 47 ff.

268 ABl. 1999 L 83, S. 1.

2. Materielle Vorgaben

a) Verfassungsrechtliche Vorgaben

- 264 Die Bundes- und Landesregierungen sind auch in der Wirtschaftsförderung gem. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG an die Grundrechte, insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Im Rahmen ihrer Freiheit, Subventionen zu gewähren und wieder einzustellen, wird ihnen vom BVerfG ein weites Gestaltungsermessen eingeräumt:

»In der Entscheidung darüber, welche Personen oder Unternehmen durch finanzielle Zuwendungen des Staates gefördert werden sollen, ist der Gesetzgeber weitgehend frei. Zwar darf der Staat seine Leistungen nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten, nicht ›willkürlich‹ verteilen: Subventionen müssen sich *gemeinwohlbezogen* rechtfertigen lassen, sollen sie vor dem Gleichheitssatz Bestand haben [...]. Sachbezogene Gesichtspunkte stehen jedoch dem Gesetzgeber in sehr weitem Umfang zu Gebote; solange die Regelung sich auf *eine der Lebenserfahrung nicht geradezu widersprechende Würdigung* der jeweiligen Lebensverhältnisse stützt, insbesondere der *Kreis der von der Maßnahme Begünstigten sachgerecht abgegrenzt* ist, kann sie verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden«²⁷⁰ (Hervorhebung durch Verf.).

- 265 Auch steht es dem Staat grundsätzlich frei, zwischen gesetzlichen Ge- und Verboten einerseits sowie finanziell-wirtschaftlichen Anreizen andererseits bei der Gestaltung der Privatautonomie zu wählen. Für die Wirtschaftslenkung durch Steuern (vgl. § 3 Abs. 1 Hs. 2 AO) hat das BVerfG folgende Grundsätze aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet:

Der Gesetzgeber »darf nicht nur durch Ge- und Verbote, sondern ebenso durch mittelbare Verhaltenssteuerung auf Wirtschaft und Gesellschaft gestaltend Einfluss nehmen. Der Bürger wird dann nicht rechtsverbindlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet, erhält aber durch Sonderbelastung eines unerwünschten oder durch steuerliche Verschonung eines erwünschten Verhaltens ein finanzwirtschaftliches Motiv, sich für ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu entscheiden [...]. Führt ein Steuergesetz zu einer steuerlichen Verschonung, die einer gleichmäßigen Belastung der jeweiligen Steuergegenstände innerhalb einer Steuerart widerspricht, so kann eine solche Steuerentlastung vor dem Gleichheitssatz gerechtfertigt sein, wenn der Gesetzgeber das Verhalten des Steuerpflichtigen *aus Gründen des Gemeinwohls* fördern oder lenken will [...].

Die Lenkung mit Hilfe des Steuerrechts nimmt in Kauf, dass das Lenkungsziel nicht in jedem Fall erreicht wird. Sie ist ein Instrument zur Annäherung an ein Ziel [...]. In der Entscheidung darüber, *welche Personen oder Unternehmen gefördert werden sollen, ist der Gesetzgeber weitgehend frei* [...]. Zwar bleibt er

269 Eingehend Lübbig/Martín-Ehlers, BeihilfenR, Rn. 831 ff.

270 BVerfG vom 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, 1300/93 – NVwZ 1996, 469 (472) m.w.N.

auch hier an den Gleichheitssatz gebunden. Das bedeutet aber nur, dass er seine Leistungen nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten, also *nicht willkürlich verteilen* darf. Sachbezogene Gesichtspunkte stehen ihm in weitem Umfang zu Gebote, solange die Regelung sich nicht auf eine der Lebenserfahrung geradezu widersprechende Würdigung der jeweiligen Lebenssachverhalte stützt, insbesondere der Kreis der von der Maßnahme Begünstigten sachgerecht abgegrenzt ist [...].

Außerdem muss der Lenkungs zweck von einer *erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung* getragen [...] und seinerseits wiederum gleichheitsgerecht ausgestaltet sein [...]. Die Begünstigungswirkung muss den Begünstigungsadressaten daher möglichst gleichmäßig zugute kommen. Sie darf *nicht von Zufälligkeiten abhängen* und deshalb willkürlich eintreten, sondern muss sich direkt von der Entlastungsentscheidung des Gesetzgebers ableiten lassen. Erforderlich ist schließlich auch ein *Mindestmaß an zweckgerechter Ausgestaltung* des Vergünstigungstatbestands²⁷¹ (Hervorhebung durch Verf.).

Die Subventionsfreiheit des Staates unterliegt insbesondere bei Maßnahmen der Leistungsverwaltung mit überwiegend sozialer Zielsetzung auch dem *Sozialstaatsprinzip* (Art. 20 Abs. 1 GG). Auch bei dessen Verwirklichung hat der Staat ein weites Gestaltungsermessen, weswegen sein Handeln nur »in einem weniger strengen Sinne« als die Eingriffsverwaltung an den im Rechtsstaatsprinzip verankerten Geboten von Vertrauensschutz und Verhältnismäßigkeit zu messen ist²⁷². Immerhin folgt aus Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. den jeweiligen Förderrichtlinien ein Anspruch auf gleichmäßige Anwendung der Förderrichtlinien (*Selbstbindung der Verwaltung*)²⁷³. 266

b) Gesetzliche Vorgaben

Ein allgemeines deutsches Subventionsgesetz gibt es nicht. Das »Gesetz gegen mißbräuchliche Inanspruchnahme von Subventionen« vom 29. Juli 1976²⁷⁴ trägt zwar die Kurzbezeichnung »Subventionsgesetz«, wendet sich aber nur gegen Subventionsbetrug im Sinne des § 264 StGB und modifiziert das Verwaltungsverfahren bei der Subventionsvergabe²⁷⁵. Materielle Subventionsvorschriften finden sich in Deutschland in diversen Einzelgesetzen von Bund und Ländern. Hauptsächlich haben nationale Beihilfen ihre Rechtsgrundlage in Haushaltsgesetzen und den dazugehörigen Verwaltungsvorschriften²⁷⁶. 267

²⁷¹ BVerfG vom 7.11.2006 – 1 BvL 10/02 – NJW 2007, 573 (Rn. 98-100) m.w.N.

²⁷² BVerwG vom 11.5.2006 – 5 C 10/05 – NVwZ 2006, 1184 (Rn. 58).

²⁷³ Stober/Eisenmenger, Bes. WirtschaftsvR, S. 298 f.

²⁷⁴ BGBl. I 1976, S. 2037.

²⁷⁵ Stober/Eisenmenger, Bes. WirtschaftsvR, S. 293.

²⁷⁶ Stober/Eisenmenger, Bes. WirtschaftsvR, S. 294; Beispiele für solche »Förderrichtlinien« in Rn. 14 ff.

268 Deutsches Beihilfenrecht ist also zuerst *Haushaltsrecht*. Nach § 14 des Haushaltsgrundsätzegesetzes (HGrG) dürfen Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Verwaltung des Bundes oder des Landes zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) im Haushaltsplan nur veranschlagt werden, wenn der Bund oder das Land an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Gem. § 26 Abs. 1 Satz 1 und 2 HGrG dürfen Zuwendungen nur unter den Voraussetzungen des § 14 HGrG gewährt werden. Dabei ist zu bestimmen, wie die zweckentsprechende Verwendung der Zuwendungen nachzuweisen ist. Ermächtigungen dürfen nur zu *im Haushaltsplan bezeichneten Zwecken* und Leistungen, soweit und solange sie fort dauern, und nur bis zum Ende des Haushaltsjahres geleistet oder in Anspruch genommen werden (§ 27 Abs. 1 Satz 1 HGrG).

269 *Bultmann* faßt zutreffend zusammen:

»Die gesetzgeberischen Zielvorstellungen im Beihilferecht sind vor dem Hintergrund einer schmalen gesetzlichen Grundlage im Subventionsrecht nicht offensichtlich. [...] Eine Vielzahl von Subventionsrichtlinien dient als ›Ordnungs-surrogat‹. Dieses Richtliniengestrüpp führt zu einer vielbeklagten Intransparenz des Subventionsrechts«²⁷⁷.

3. Insbesondere: Gemeinschaftsaufgabe »Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur«

a) Gesetzlicher Rahmen

270 Viele der eingangs genannten Förderrichtlinien der Länder²⁷⁸ gehen auf Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG zurück, wonach der Bund bei der Erfüllung von Aufgaben der Länder zur Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur mitwirkt, wenn diese Aufgaben für die Gesamtheit bedeutsam sind und die Mitwirkung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich ist (Gemeinschaftsaufgaben). Dazu wurde das Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe »Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur« (GRW-Gesetz – GRWG) vom 6. Oktober 1969 erlassen²⁷⁹. § 1 GRWG regelt:

»(1) Zur Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur werden folgende Maßnahmen als Gemeinschaftsaufgabe im Sinne des Artikels 91a Abs. 1 des Grundgesetzes wahrgenommen:

²⁷⁷ *Bultmann*, Beihilfen- u. VergabeR, S. 48.

²⁷⁸ Rn. 14 ff.

²⁷⁹ BGBl. I 1969, S. 1861; zuletzt geändert durch Art. 8 Zweites BürokratieabbauG vom 7.9.2007, BGBl. I 2007, S. 2246.

1. Investive Förderung der gewerblichen Wirtschaft bei Errichtung, Ausbau, Umstellung oder grundlegender Rationalisierung von Gewerbebetrieben,
2. investive Förderung der wirtschaftsnahen Infrastruktur, soweit sie unmittelbar für die Entwicklung der regionalen Wirtschaft erforderlich ist,
3. nichtinvestive und sonstige Maßnahmen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen, zur regionalpolitischen Flankierung von Strukturproblemen und zur Unterstützung von regionalen Aktivitäten, soweit sie unmittelbar für die Entwicklung der regionalen Wirtschaft erforderlich sind,
4. Evaluierung der Maßnahmen und begleitende regionalpolitische Forschung.

(2) 'Die in Absatz 1 genannten Förderungsmaßnahmen werden in Gebieten mit erheblichen wirtschaftlichen Strukturproblemen durchgeführt, insbesondere in Gebieten, in denen Regionalbeihilfen nach Artikel 87 Abs. 3 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft gewährt werden können. ²[...].

(3) [...]« (Hervorhebung durch Verf.).

Gem. § 3 GRWG kann die finanzielle Förderung in der Gewährung von Zuschüssen, Darlehen und Bürgschaften bestehen. Nach § 4 GRWG wird für die Erfüllung der Gemeinschaftsaufgabe ein gemeinsamer *Koordinierungsrahmen für die regionale Wirtschaftsförderung* aufgestellt, der nach Maßgabe der jeweils geltenden Vorschriften für Beihilfen mit regionaler Zielsetzung der Europäischen Kommission auszugestalten ist und von den Ländern durchgeführt wird (§ 6 Abs. 1 GRWG). 271

Früher wurde der Rahmenplan nach dem GRWG als ein rahmengesetzähnlicher »staatsleitender Gesamtakt« angesehen, dessen Wirkungen sich auf die Rechtsbeziehungen zwischen den gliedstaatlichen Hoheitsträgern und den diesen zugeordneten öffentlich-rechtlichen Körperschaften beschränkten²⁸⁰. Heute werden dem gemeinsamen Koordinierungsrahmen nach dem GRWG »verbindliche Förderregeln« entnommen²⁸¹. 272

b) GRW-Koordinierungsrahmen

Der GRW-Koordinierungsausschuß, dem Bundeswirtschaftsminister, Bundesfinanzminister und die Wirtschaftsminister der Länder angehören, hat am 6. August 2009 den aktuell geltenden Koordinierungsrahmen beschlossen²⁸². Teil I des Koordinierungsrahmens enthält grundlegende Informationen zur Ausgestaltung der Regionalpolitik, Teil II regelt die Voraussetzungen, Art und Intensität der Förderung und Teil III enthält die Kurzdarstellungen der Länder, die Auskunft über das jeweilige Förder- 273

²⁸⁰ Maunz/Dürig, 18. EL (1980), Art. 91a Rn. 49.

²⁸¹ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Henneke, Art. 91a Rn. 17.

²⁸² BT-Drs. 16/13950; zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 10.12.2010, BAnz. 11/2011, S. 192 ff.

gebiet, die Fördermittel und -ergebnisse sowie die Förderschwerpunkte geben.

- 274 Die *Parlamente* auf Bundes- und Landesebene entscheiden im Rahmen der jährlichen Haushaltsgesetzgebung über die *Höhe* der für die GRW bereitzustellenden Mittel. An der Finanzierung der Gemeinschaftsaufgabe sind Bund und Länder je zur Hälfte beteiligt (Art. 91a Abs. 3 Satz 1 GG). Dem *Koordinierungsausschuß* obliegt die Entscheidung über die *Verteilung* der bereitgestellten Mittel auf die einzelnen Bundesländer und die *Verwendungszwecke*. Der Koordinierungsrahmen unterliegt der Beihilfenkontrolle der Europäischen Kommission²⁸³.
- 275 Zum Zusammenwirken von GRW und Arbeitsmarktpolitik macht der Koordinierungsrahmen in Teil I unter Punkt A. 3.3.1 folgende Vorgaben:

»Durch die Investitionsförderung der Gemeinschaftsaufgabe ›Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur‹ werden in strukturschwachen Regionen neue wettbewerbsfähige Dauerarbeitsplätze geschaffen oder bestehende Arbeitsplätze dauerhaft gesichert. [...] Zahl und Qualität der regionalen Beschäftigungsmöglichkeiten haben Einfluss darauf, in welchem Umfang und mit welcher Ausrichtung aktive und passive Leistungen nach dem Zweiten und Dritten Buch Sozialgesetzbuch [...] eingesetzt werden; zugleich werden die Einsatzmöglichkeiten der Instrumente verbessert, die auf eine rasche Integration der geförderten Personen in reguläre Beschäftigung abstellen.

Im Fall gravierender sektoraler Strukturbrüche ergänzen sich Arbeitsmarktpolitik und Gemeinschaftsaufgabe in besonders starkem Maße: [...]

Im Rahmen der GRW können Arbeitsplätze, die an Erstinvestitionen gebunden sind, gefördert werden, indem die Lohnkosten in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden. Die neu geschaffenen Arbeitsplätze müssen zum überwiegenden Anteil höherqualifizierte Tätigkeiten betreffen und zukunftsweisend sein hinsichtlich Wertschöpfung und Innovationspotenzial. Die Wahl lohnkostenbezogener anstelle sachkapitalbezogener Zuschüsse für Investitionen wendet sich insbesondere an Betriebe mit humankapitalintensiver Produktion. Die GRW-Förderung trägt zum Ziel der Arbeitsmarktpolitik bei, Arbeitnehmer in wachstumsträchtigen Bereichen einzusetzen und sie auf steigende Anforderungen im Beruf vorzubereiten [...]«²⁸⁴.

- 276 Als Fördervoraussetzungen nennt der Koordinierungsrahmen in Teil II A. 2.1:

»Ein Investitionsvorhaben kann gefördert werden, wenn es geeignet ist, durch Schaffung von zusätzlichen Einkommensquellen das Gesamteinkommen in

283 BT-Drs. 16/13950, S. 9.

284 BT-Drs. 16/13950, S. 11.

dem jeweiligen Wirtschaftsraum unmittelbar und auf Dauer nicht unwesentlich zu erhöhen (Primäreffekt)«²⁸⁵.

Folgende Arbeitsplatzeffekte werden in Teil II unter Punkt 2.2 verlangt: 277

»Mit den Investitionsvorhaben müssen in den Fördergebieten *neue Dauerarbeitsplätze geschaffen oder vorhandene gesichert* werden. Dauerarbeitsplätze sind Arbeitsplätze, die von vornherein auf Dauer angelegt sind. Ausbildungsplätze können wie Dauerarbeitsplätze gefördert werden. [...] Für eine Überwachungszeit von mindestens fünf Jahren nach Abschluss des Investitionsvorhabens müssen die *Arbeitsplätze tatsächlich besetzt oder zumindest auf dem Arbeitsmarkt dauerhaft angeboten* werden.

Für die Förderung kommen nur solche Investitionen in Betracht, die ausgehend vom Volumen oder von der Zahl der geschaffenen Dauerarbeitsplätze eine *besondere Anstrengung des Betriebs* erfordern. Dementsprechend sind Investitionsvorhaben nur förderfähig, wenn der Investitionsbetrag bezogen auf ein Jahr die in den letzten drei Jahren durchschnittlich verdienten Abschreibungen – ohne Berücksichtigung von Sonderabschreibungen – um mindestens 50 Prozent übersteigt oder die Zahl der bei Investitionsbeginn in der zu fördernden Betriebsstätte bestehenden *Dauerarbeitsplätze um mindestens 15 Prozent erhöht* wird; [...]«²⁸⁶ (Hervorhebung durch Verf.).

Was unter »Dauerarbeitsplätzen« zu verstehen ist, ergibt sich aus den Erläuterungen zum »Antrag auf Gewährung öffentlicher Finanzierungshilfen an die gewerbliche Wirtschaft im Rahmen der regionalen Wirtschaftsförderung« im Anhang 7 des Koordinierungsrahmens unter Punkt 3.1: 278

- In jedem Falle die bisher schon vorhandenen und besetzten Dauerarbeitsplätze, ggf. anteilig ihrer gegenüber einem Vollzeitarbeitsplatz regelmäßigen Besetzung, in der oder den Betriebsstätte(n), in der oder in denen das zu fördernde Investitionsvorhaben durchgeführt wird, darunter
- Arbeitsplätze für *Vollzeitbeschäftigte* und BAStudenten sowie Ausbildungsplätze vollständig,
- Arbeitsplätze für *Teilzeit- und Saisonarbeitskräfte* zeitanteilig im Verhältnis der jährlichen Arbeitsstunden zu der Anzahl der Arbeitsstunden eines Vollzeitarbeitsplatzes,
- Arbeitsplätze für *Arbeitskräfte mit Altersteilzeitreduzierung* zeitanteilig ihrer Besetzung im Rahmen der Arbeitsphase,
- Arbeitsplätze für *Leiharbeitnehmer* zeitanteilig ihrer durchschnittlichen Besetzung in den letzten 12 Monaten vor Antragsstellung, solange die Arbeitskraft im Antrag stellenden Unternehmen eingesetzt wird und die Leiharbeitnehmer über ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungs-

285 BT-Drs. 16/13950, S. 42.

286 BT-Drs. 16/13950, S. 43.

verhältnis mit dem verleihenden Unternehmen verfügen«²⁸⁷ (Hervorhebung durch Verf.).

279 Zu den förderfähigen Lohnkosten heißt es in Teil II unter Punkt A. 2.6.6.:

»Bei lohnkostenbezogenen Zuschüssen gehören zu den förderfähigen Kosten die Lohnkosten, die für eingestellte Personen während eines Zeitraums von zwei Jahren anfallen. Voraussetzung ist, dass es sich um an Erstinvestitionen nach Ziffer 2.3 *gebundene Arbeitsplätze* handelt. Der überwiegende Teil der neu geschaffenen Arbeitsplätze muss eines der folgenden Kriterien erfüllen:

- Arbeitsplätze mit überdurchschnittlicher Qualifikationsanforderung,
- Arbeitsplätze mit besonders hoher Wertschöpfung oder
- Arbeitsplätze in einem Bereich mit besonders hohem Innovationspotenzial.

Die Lohnkosten umfassen den Bruttolohn (vor Steuern) und die gesetzlichen Sozialabgaben. Ein Arbeitsplatz ist investitionsgebunden, wenn er eine Tätigkeit betrifft, auf die sich die Investition bezieht und wenn er in den ersten drei Jahren nach Abschluss der Investition geschaffen wird. Zugrunde gelegt werden können lediglich die neu geschaffenen Arbeitsplätze, die zu einem Nettozuwachs an Beschäftigten im Verhältnis zur durchschnittlichen Beschäftigtenzahl in den vergangenen zwölf Monaten führen. Die der Förderung zugrunde gelegten Arbeitsplätze müssen mindestens fünf Jahre besetzt bleiben«²⁸⁸ (Hervorhebung durch Verf.).

280 Nach Teil II A. 2.8.3 bis A. 2.8.5 gelten folgende Definitionen:

»2.8.3 Zwischen der Zahl der Dauerarbeitsplätze und der Zahl der Beschäftigten ist zu unterscheiden.

2.8.4 Ein *Teilzeitarbeitsplatz* wird im Verhältnis der jährlichen Arbeitsstunden zu der Anzahl der Arbeitsstunden eines Vollzeitarbeitsplatzes anteilig berücksichtigt. *Entsprechend werden Arbeitsplätze berücksichtigt, die mit Beschäftigten einer Leiharbeitsfirma besetzt sind, die zur Dienstleistung in der Betriebsstätte entsandt wurden.*

2.8.5 *Saisonarbeitsplätze* finden mit ihrer jahresdurchschnittlichen tariflichen oder betriebsüblichen Arbeitszeit als Dauerarbeitsplätze Berücksichtigung, wenn sie nach Art der Betriebsstätte während der Saisonzeit auf Dauer angeboten und besetzt werden«²⁸⁹ (Hervorhebung durch Verf.).

287 BT-Drs. 16/13950, S. 142.

288 BT-Drs. 16/13950, S. 46.

289 BT-Drs. 16/13950, S. 47.

II. Vereinbarkeit sozialer Beihilfekriterien mit deutschem Recht

1. Länderkompetenz zur Wirtschaftsförderung

Unter Kompetenzgesichtspunkten kann zwar in Zweifel gezogen werden, 281
ob die Länder in ihren Förderrichtlinien solche Vorgaben machen können,
für die die Gesetzgebungskompetenz beim Bund liegt (Mindestlöhne,
Frauenquoten, Leiharbeitsquoten). Doch gehen Gesetzgebungskompetenz
und Wirtschaftsförderungskompetenz nicht Hand in Hand. Grundsätzlich
sind die Länder zur Ausübung staatlicher Befugnisse und zur Erfüllung
staatlicher Aufgaben berufen (Art. 30 GG). Dazu gehört auch das Recht
der Gesetzgebung, das dem Bund nur nach Maßgabe der Art. 71 ff. GG
zusteht (Art. 70 GG). Die Beihilfenvergabe ist in Deutschland kein Akt der
Legislative, sondern der Exekutive, weil sie als gewährende Verwaltung
keines speziellen Parlamentsgesetzes bis auf die Ausweisung eines ent-
sprechenden Titels im Haushaltsgesetz bedarf (§ 27 Abs. 1 Satz 1 HGrG).

Wie aus Art. 91a Abs. 1 GG hervorgeht, kann der Bund bei der Erfüllung 282
von Aufgaben der Länder zur Verbesserung der regionalen Wirtschafts-
struktur, der Agrarstruktur und des Küstenschutzes nur »mitwirken«,
wenn diese Aufgaben für die Gesamtheit bedeutsam sind und die Mitwir-
kung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich
ist. Im Rahmen der auf Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG gestützten GRW darf aber
nur *horizontale Wirtschaftsförderung* betrieben werden. Für die sektorale
Wirtschaftsförderung wird eine ungeschriebene Kompetenz des Bundes
angenommen²⁹⁰.

Damit korrespondiert die unionsrechtliche Absicherung der GRW durch 283
Art. 107 Abs. 3 lit. a und lit. c AEUV i.V.m. der AGVO bzw. den Regional-
leitlinien 2007-2013²⁹¹. Obgleich die Länder auch jenseits des Koordinie-
rungsrahmens »auf eigene Faust« – ohne finanzielle Unterstützung des
Bundes – Wirtschaftsförderung betreiben dürfen, müssen sie auf den
Koordinierungsrahmen Rücksicht nehmen und dürfen ihn durch eigene
Maßnahmen nicht konterkarieren²⁹².

Wenn die Länder allerdings GRW-Subventionen nach *Leiharbeitsquoten* 284
vergeben, handelt es sich um eine negative *sektorale* Steuerung²⁹³. Des-
halb sind sie von dem – von der Beihilfenaufsicht grundsätzlich freige-
stellten und der Kommission angezeigten – GRW-Koordinierungsrahmen
nicht mehr gedeckt, sondern müssen vorher von der Kommission geneh-

290 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Henneke, Art. 91a Rn. 11.

291 Rn. 115 ff.

292 Sachs/Siekmann, Art. 91a Rn. 38 m.w.N.

293 Rn. 119 ff.

migt werden. Eine Genehmigung kommt allerdings wegen Unvereinbarkeit der Leiharbeitsquoten als »beihilfenzweckfremde« Modalitäten mit den Arbeitsmarktzielen der Union sowie der Leiharbeitsrichtlinie und damit auch der Dienstleistungsfreiheit sowie dem Grundrecht auf unternehmerische Freiheit nicht in Betracht²⁹⁴.

2. Gleichbehandlung von Leiharbeit

- 285 Dem GRW-Koordinierungsrahmen lassen sich folgende Vorgaben für die Förderrichtlinien der Länder entnehmen:
- 286 • Im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben müssen GRW-Förderungen darauf ausgerichtet sein, Arbeitsplätze zu schaffen und über gewisse Mindestzeiträume (Überwachungszeiten) hinaus zu erhalten, um durch die zusätzlichen Einkommensquellen den Lebensstandard in strukturschwachen Gebieten zu erhöhen.
 - 287 • Auch Arbeitsplätze die mit Leiharbeitnehmern besetzt sind oder infolge einer Investition besetzt werden sollen, sind »Dauerarbeitsplätze« im Rahmen des GRW-Programms. Förderfähig sind sie anteilig für die Zeit ihrer Besetzung wie Arbeitsplätze, die mit (Alters-)Teilzeit- oder Saisonarbeitnehmern besetzt sind oder werden sollen. Auch das entspricht den beihilfenrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts²⁹⁵.
 - 288 • Welche Anforderungen an die zu fördernden Unternehmen und ihre Beschäftigungspolitik gestellt werden dürfen, insbesondere ob die Länder ihre Förderungen von Leiharbeitsquoten abhängig machen dürfen, gibt der auf horizontale Wirkungen bedachte GRW-Koordinierungsrahmen für die allgemeine gewerbliche Investitionsförderung nicht direkt vor²⁹⁶.
 - 289 • Allerdings hat die Gleichbehandlung der Beschäftigungsformen bei der Berechnung der »Dauerarbeitsplätze« eine Folgewirkung: Ein Unternehmen, daß durch eine förderungsfähige Investition etwa seine »Dauerarbeitsplätze« von 100 auf 200 verdoppelt und auf den 100 neugeschaffenen Arbeitsplätzen ausschließlich über den gesamten Überwachungszeitraum (jeweils vorübergehend) Leiharbeiter beschäftigt, hat eine Leiharbeitsquote von 50 Prozent. Wenn die *Leiharbeitsquote* des betreffenden Bundeslandes *deshalb*

294 Zusammengefaßt Rn. 134 ff.

295 Rn. 104 ff.

296 Teil II nimmt unter Punkt A.3.1 und A.3.2 – im Einklang mit dem Unionsrecht – nur Unternehmen bestimmter Branchen von der Förderung aus bzw. schränkt ihre Förderung ein.

einer Förderung entgegensteht²⁹⁷, verstößt die Förderrichtlinie gegen die verbindliche Arbeitsplatz-Definition des GRW-Koordinierungsrahmens, weil besetzte »Dauerarbeitsplätze« nicht gefördert werden. Damit bewegt sich die Förderrichtlinie des Landes außerhalb des GRW-Koordinierungsrahmens, was der finanziellen Unterstützung des Bundes an dem GRW-Programm des betreffenden Landes entgegensteht.

3. Gleichheitsgrundsatz

Verfassungsrechtlich ist der Staat weitgehend frei in der Ausgestaltung seiner Wirtschaftsförderung. Im Rahmen der von Art. 3 Abs. 1 GG geforderten Willkürkontrolle dürfen grundsätzlich sämtliche Gemeinwohlbelange verfolgt werden, die das Grundgesetz nicht verbietet. Die Fördermaßnahmen müssen dem Gemeinwohlbelang in einem Mindestmaß zuträglich sein und dürfen nicht zu willkürlichen Ergebnissen führen. Ob es ein Gemeinwohlbelang im Sinne des Grundgesetzes darstellt, »Normalarbeitsverhältnisse« zu fördern und dafür dem »übermäßigen« Einsatz von Leiharbeit entgegenzuwirken, kann dahinstehen. Denn selbst wenn dem so wäre, könnten auch damit die Unionsrechtsverstöße der Leiharbeitsquoten²⁹⁸ nicht geheilt werden. 290

Für andere soziale Kriterien, die nicht den Zielen der EU widersprechen (evtl. Frauenquoten oder Mindestlöhne), müssen sich freilich Gemeinwohlbelange aus dem Grundgesetz herleiten lassen. Dabei gilt auch das Sozialstaatsprinzip nicht *per se* als Rechtfertigungsgrund – der Gemeinwohlbelang muß auf einer gesetzgeberischen Entscheidung beruhen und im Hinblick darauf ein »Mindestmaß an zweckgerechter Ausgestaltung« erkennen lassen²⁹⁹. Die Maßstäbe des BVerfG sind weitaus »lockerer« als die strikte Zweckbindung und Verhältnismäßigkeit, die das europäische Beihilfenrecht verlangt³⁰⁰. Nicht nur deswegen sind Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zuvörderst am Unionsrecht zu messen und nur, wenn sie dessen Maßstäben gerecht werden, sodann am Willkürverbot des Grundgesetzes auf ein »Mindestmaß« an Zweckbindung zu prüfen. 291

4. Wettbewerbsfreiheit – Vorrang des Unionsrechts

Inwiefern das Grundgesetz – über die Willkürkontrolle des Art. 3 Abs. 1 GG hinaus – den Wettbewerb vor staatlicher Einflußnahme und Steuerung durch Beihilfen und andere Maßnahmen der Wirtschaftsförderung 292

297 Nur die Brandenburger Quote knüpft derzeit ausdrücklich an den Leiharbeiteranteil im Zeitpunkt der Entscheidung über die Bewilligung an.

298 Zusammengefaßt in Rn. 134 ff., 236 ff., 258 ff.

299 BVerfG vom 7.11.2006 – 1 BvL 10/02 – NJW 2007, 573 (Rn. 100).

300 Dazu Rn. 122 ff.

schützt, ist umstritten³⁰¹. Für die Untersuchung der Förderungsmodalitäten muß diese Diskussion nicht nachvollzogen werden. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts ist nicht auf die Wettbewerbsfreiheit des Grundgesetzes, sondern auf diejenige des Unionsrechts zurückzugreifen³⁰². Selbst wenn man die sehr weite ERT-Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich des Unionsrechts³⁰³ ablehnt³⁰⁴, sind die Mitgliedstaaten jedenfalls »bei der Durchführung des Rechts der Union« an die Grundrechtecharta gebunden (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC)³⁰⁵. Ein Mitgliedstaat führt nicht nur Unionsrecht beim Erlass eines Gesetzes durch, das eine Richtlinie umsetzen soll; vielmehr ist jede Maßnahme innerhalb eines vom Unionsrecht »geregelten Bereichs« unionsrechtsrelevant³⁰⁶.

- 293 Nach den Maßstäben des EuGH heißt das: Jede staatliche Maßnahme, welche *materiell* die Leiharbeit betrifft, fällt in den Geltungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie und führt damit unabhängig von einem konkreten Umsetzungswillen Unionsrecht durch. Zudem fallen alle staatlichen Wirtschaftsförderungsmaßnahmen, die *formell* Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sind, nicht nur in den Anwendungsbereich des europäischen Beihilfenrechts, sondern zugleich auch in den des gesamten übrigen Unionsrechts³⁰⁷. Deshalb ist jede staatliche Maßnahme, die formell eine Beihilfe darstellt oder materiell die Leiharbeit betrifft, nur insoweit an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen bzw. ihre grundrechtsinvasiven Wirkungen mit dem Grundgesetz zu rechtfertigen, als das Unionsrecht dafür Spielraum läßt. Das ist bei Richtlinien meist im Bereich von Umsetzungsoptionen und der Rechtsfolgen, bei Beihilfen meist bei der Entscheidung über das »Ob« der Förderung und ihres Umfangs der Fall.
- 294 Die Leiharbeitsrichtlinie bringt in ihrem Anwendungsbereich schon die Unternehmer- und Arbeitnehmergrundrechte der Grundrechtecharta zu einem angemessenen Ausgleich³⁰⁸ und ist in deren Lichte auszulegen und umzusetzen (vgl. Art. 52 Abs. 5 GRC). Als Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit strahlt sie in das Beihilfenrecht hinein. Zur Rechtfertigung von Beihilfenmodalitäten, die Gemeinwohlbelangen im Sinne des deutschen Rechts oder hiesigen sozialpolitischen Anliegen Rechnung tragen sollen, kann deshalb das *Grundgesetz nicht herangezogen* werden, soweit materiell die Leiharbeit betroffen ist. Gleiches gilt für die befristete

301 Eingehend: Achatz, Wettbewerbsfreiheit, S. 208 ff.; Bäcker, Wettbewerbsfreiheit, S. 240 ff.; Leisner, Förderstaat, S. 63 ff.; ders., Wettbewerb, S. 67 ff.

302 EuGH vom 12.11.2010 – C-339/10 (*Estov u. a.*) – juris (Rn. 13) m.w.N.

303 EuGH vom 18.6.1991 – C-260/89 (*ERT*) – EuZW 1991, 507.

304 Huber, NJW 2011, 2385 (2386 ff.).

305 EuGH vom 1.3.2011 – C-457/09 (*Chartry*) – juris (Rn. 23 ff.).

306 EuGH vom 19.1.2010 – C-555/07 (*Küçükdeveci*) – EuZW 2010, 177 (Rn. 24 ff.).

307 Rn. 81 ff.

308 Rn. 204, 235.

und die Teilzeitbeschäftigung, welche ebenfalls durch Richtlinien³⁰⁹ materiell unionsrechtlich reglementiert sind.

5. Verfassungsrechtlicher Hintergrund

Verfassungsrechtlich ist das zulässig:

- *Solange* die EU, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Union generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, wird das BVerfG seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Unionsrecht, auch wenn es als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte überprüfen³¹⁰. 295 296
- Der EuGH ist für den Grundrechtsschutz der Bürger der Bundesrepublik Deutschland gegenüber Akten der deutschen öffentlichen Gewalt zuständig, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen. Das BVerfG wird »erst und nur dann« im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit wieder tätig, wenn der EuGH den Grundrechtsstandard verlassen sollte, den das BVerfG in seiner *Solange-II*-Entscheidung festgestellt hat³¹¹. 297
- Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten sind deshalb von vornherein unzulässig, wenn ihre Begründung nicht darlegt, daß die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des EuGH nach Ergehen der *Solange-II*-Entscheidung unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken ist. Dafür muß die Begründung im Einzelnen darlegen, daß der »jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist«³¹². 298

Auch wer der EU die *Kompetenz* absprechen will, insoweit die deutsche Rechtsordnung auszuschalten, hat hohe Hürden zu überwinden: 299

- Das BVerfG hat im *Lissabon*-Urteil zwar angekündigt, zu prüfen, ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips in den Gren- 300

309 RL 1999/70/EG bzw. RL 97/81/EG.

310 BVerfG vom 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 (*Solange II*) – NJW 1987, 577 (LS 2).

311 BVerfG vom 7.6.2000 – 2 BvL 1/97 (*Bananenmarkt*) – EuZW 2000, 702 (Rn. 60).

312 BVerfG vom 7.6.2000 – 2 BvL 1/97 (*Bananenmarkt*) – EuZW 2000, 702 (Rn. 62).

zen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten. Das BVerfG hat aber hinzu-gefügt, daß die Ausübung dieser »verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz« dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes folge³¹³.

- 301 • Wie europarechtsfreundlich das Grundgesetz ist, hat das BVerfG sodann in der *Honeywell*-Entscheidung verdeutlicht: Eine *Ultra-vires*-Kontrolle setzt voraus, daß ein Kompetenzverstoß der europäischen Organe »hinreichend qualifiziert« ist. Dafür muß das kompetenzwidrige Handeln der EU offensichtlich sein und der angegriffene Akt im Kompetenzgefüge zu einer strukturell bedeutsamen Verschiebung zu Lasten der Mitgliedstaaten führen. Außerdem ist vor der Annahme eines *Ultra-vires*-Akts dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens (Art. 267 AEUV) Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Handlungen zu geben, soweit er die aufgeworfenen Fragen noch nicht geklärt hat³¹⁴.

III. Zwischenergebnisse

- 302 • Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien ist mit dem deutschen Recht vereinbar, wenn sie nicht willkürlich erfolgt, Belange des Gemeinwohls mit einem Mindestmaß an Zweckgerichtetheit verfolgt und sich auf gesetzgeberische Entscheidungen stützen kann. Soweit die Fördermaßnahmen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, sind sie materiell nicht am deutschen Recht zu messen, sondern müssen streng auf die unionsrechtlich erlaubten Ziele orientiert sein und sie auch tatsächlich fördern.
- 303 • Die Länder haben die Kompetenz zur horizontalen Wirtschaftsförderung, woran der Bund aufgrund Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG i.V.m. dem GRWG und dem gemeinsamen Koordinierungsrahmen zur Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur mitwirkt, indem er die Hälfte der Finanzierungslast trägt. Der GRW-Koordinierungsrahmen ist für die Länder verbindlich. Gleichwohl steht es ihnen frei, daneben eigenständige Wirtschaftsförderung aus eigenen Mitteln zu betreiben. Sie dürfen die Vorgaben des GRW-Koordinierungsrahmens nicht konterkarieren und müssen auf die Vereinbarkeit ihrer Förderung mit dem Unionsrecht achten.

313 BVerfG vom 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a. (*Lissabon*) – NJW 2009, 2267 (LS 4).

314 BVerfG vom 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*) – EuZW 2010, 828 (LS 1).

- Die sektorale Wirtschaftsförderung ist Aufgabe des Bundes. Wenn Länder nach Leiharbeitsquoten fördern, streben sie sektorale statt horizontale Wirkungen an. Sie handeln dann nicht nur *ultra vires*, sondern verlieren auch den Kofinanzierungsanspruch gegen den Bund. **304**

§ 3 Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialen Kriterien

- 305 Im Gegensatz zu Beihilfen werden öffentliche Aufträge von vielen Bundesländern schon längere Zeit nur an Unternehmen vergeben, die bestimmte soziale Kriterien (meist Anwendung bestimmter Tarifverträge) erfüllen. Die Diskussion zur Legitimität »vergabefremder« Zwecke, soll hier nicht im Detail wiedergegeben werden³¹⁵. Im Folgenden sollen nur Vergabekriterien, die den Einsatz von Leiharbeit beim auftragsausführenden Unternehmen betreffen, auf ihre Vereinbarkeit mit dem europäischen und deutschen Recht überprüft werden. Als Leitbeispiel dient hierbei das neue Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen (TVgG-NRW), das in § 4 Abs. 5 von Auftragnehmern verlangt, daß sie ihre Leiharbeitnehmer »bei der Ausführung der Leistung« für die gleiche Tätigkeit ebenso entlohnen wie ihre »regulär Beschäftigten«³¹⁶.

A. Vereinbarkeit der Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialen Kriterien mit dem Unionsrecht

- 306 Wie aus Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge³¹⁷ folgt, können öffentliche Auftraggeber prinzipiell zusätzliche, insbesondere soziale und umweltbezogene Bedingungen für die Ausführung öffentlicher Aufträge vorschreiben, sofern diese mit dem Unionsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden.

I. Gleichbehandlungsgrundsatz der Leiharbeitsrichtlinie

- 307 Art. 16 GRC i.V.m. Art. 4 LeiharbRL garantiert Unternehmen die Freiheit, Leiharbeit wie jedes andere Beschäftigungsinstrument einzusetzen³¹⁸. Dieses Grundrecht wird vor allem durch die Leiharbeitsrichtlinie ausgestaltet. Nach Art. 5 Abs. 1 LeiharbRL sind Leiharbeitnehmern für die Zeit

315 Aktuell: *Frenz*, NZS 2011, 321 ff.; *Greiner*, ZIP 2011, 2129 ff.; instruktiv: MüKo-WettbR/*Kühling/Huerkamp*, Bd. 3, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 119 ff.; *Ziekow*, WirtschaftsR, § 9 Rn. 62 ff.; eingehend: *Ölcüm*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen (2009); *Wiedmann*, Soziale Vergabekriterien (2007).

316 Rn. 28.

317 ABl. 2004 L 134, S. 114, berichtigt ABl. 2004 L 351, S. 44, zuletzt geändert durch Art. 2 VO 1251/2011/EU (ABl. 2011 L 319, S. 43).

318 Rn. 154.

ihrer Überlassung mindestens diejenigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewähren, die für sie gelten würden, wenn sie von dem entleihenden Unternehmen unmittelbar für die gleiche Arbeit eingestellt worden wären. Dazu zählt auch das Arbeitsentgelt (Art. 3 Abs. 1 lit. f LeiharbRL – *equal-pay*).

Die Mitgliedstaaten können allerdings auf drei Wegen von *equal-pay* 308 abweichen:

- Nach Art. 5 Abs. 2 LeiharbRL können Mitgliedstaaten vom *Equal-pay*-Grundsatz abweichen, wenn Leiharbeiternehmer, die einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen geschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden.
- Nach Art. 5 Abs. 3 LeiharbRL können Mitgliedstaaten den nationalen Sozialpartnern erlauben, vom *Equal-pay*-Grundsatz durch Tarifverträge abzuweichen, wenn dabei der Gesamtschutz der Leiharbeiternehmer beachtet wird. Diesen Weg hat Deutschland mit § 9 Nr. 2 AÜG gewählt. In § 3a AÜG ist zugleich die Möglichkeit vorgesehen, die Tarifdispositivität durch eine verbindliche Lohnuntergrenze zu beschränken.
- Nach Art. 5 Abs. 4 LeiharbRL können Mitgliedstaaten, die über kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung oder anderweitigen Erstreckung von Tarifnormen auf Nichttarifgebundene verfügen, die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeiternehmern selbst regeln und dabei auch vom *Equal-pay*-Grundsatz abweichen, sofern Leiharbeiternehmern insgesamt ein angemessenes Schutzniveau gewährt wird. Es kann auch eine Wartezeit bis zur Gleichbehandlung vorgesehen werden.

II. Vergabe öffentlicher Aufträge nach Leiharbeitsquoten

Werden öffentliche Aufträge – analog zu Beihilfen nach den eingangs 309 genannten Förderrichtlinien³¹⁹ – nur an Unternehmen vergeben, die generell bestimmte Leiharbeitsquoten nicht überschreiten, wird der Einsatz von Leiharbeit weniger attraktiv gemacht und damit das »Grundrecht auf Leiharbeit« beschränkt. Die Frage der Rechtfertigung durch Allgemeininteressen stellt sich in gleicher Weise wie bei Beihilfen nach Leiharbeitsquoten, und ist auch gleichermaßen zu beantworten: Auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge können generelle Leiharbeitsquoten nur der Bekämpfung der Leiharbeit bzw. der Stärkung des »Normalarbeitsverhältnisses« dienen. Dabei handelt es sich schon um kein legitimes Allgemeininteresse, weil es dem Ziel der europäischen Sozialpolitik, das Be-

319 Rn. 14 ff.

schäftigungsniveau zu steigern, entgegensteht. Außerdem gehen Leiharbeitsquoten über das zur Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen« erforderliche Maß hinaus³²⁰. Sie sind deshalb unionsrechtswidrig³²¹.

III. *Equal-pay*-Zwang bei Ausführung öffentlicher Aufträge

- ³¹⁰ *Equal-pay*-Verpflichtungen, wie sie § 4 Abs. 5 TVgG-NRW Unternehmen auferlegt, die zur Auftragsausführung Leiharbeitnehmer einsetzen, entsprechen zunächst dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 5 Abs. 1 LeiharbRL. Zugleich nehmen sie aber den Unternehmen die Möglichkeit, insoweit vom *Equal-pay*-Grundsatz abzuweichen, wie es ihnen der Mitgliedstaat am Ort ihrer Niederlassung nach Art. 5 Abs. 2 bis Abs. 4 LeiharbRL³²² gestattet.
- ³¹¹ Soweit von dem *Equal-pay*-Zwang Unternehmen betroffen werden, die in Deutschland ansässig sind, kollidiert die Vergabemodalität mit § 9 Nr. 2 AÜG und dessen Möglichkeit, durch Tarifverträge von *equal-pay* abzuweichen. Damit wird die Tarifautonomie und die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG tangiert³²³.
- ³¹² Soweit von dem *Equal-pay*-Zwang des § 4 Abs. 5 TVgG-NRW auch Unternehmen betroffen werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind und sich um öffentliche Aufträge in Nordrhein-Westfalen bewerben, handelt es sich um eine Lohnvorgabe. Im Unterschied zum Ausgangsfall der *Rüffert*-Entscheidung³²⁴, werden durch den *Equal-pay*-Zwang nicht die in Deutschland geltenden (Mindest-)Löhne auf nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer übertragen, sondern von in- wie ausländischen Auftragnehmern wird die Gleichbezahlung ihrer zur Auftragserfüllung eingesetzten Leiharbeitnehmer gefordert. Es handelt sich also nicht um eine absolute, sondern um eine relative Mindestarbeitsbedingung. Wenn sogar eine höhere Vergütung für Leiharbeitnehmer als für die übrigen auftragsausführenden Arbeitnehmer – wie nach dem verunglückten Wortlaut von § 4 Abs. 5 TVgG-NRW (»ebenso entlohnt«) – ausgeschlossen wird, handelt es sich um eine relative »Absolutarbeitsbedingung«.

³²⁰ Rn. 205 ff.

³²¹ Zusammengefaßt Rn. 236 ff.

³²² Rn. 308.

³²³ Dazu Rn. 355 ff.

³²⁴ EuGH vom 3.4.2008 – C-346/06 (*Rüffert*) – EuZW 2008, 306.

1. Vereinbarkeit mit der Entsenderichtlinie

a) Vorgaben und Anwendbarkeit der Entsenderichtlinie

Die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie – EntsenderRL)³²⁵ verlangt in Art. 3 Abs. 1:

»^[1] Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, daß unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht die in Artikel 1 Absatz 1 genannten Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern bezüglich der nachstehenden Aspekte die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,

- durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder
- durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche im Sinne des Absatzes 8, sofern sie die im Anhang genannten Tätigkeiten betreffen,

festgelegt sind: [...]

c) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; [...]

d) Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen; [...].

^[2] Zum Zweck dieser Richtlinie wird der in Unterabsatz 1 Buchstabe c) genannte Begriff der Mindestlohnsätze durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken des Mitgliedstaats bestimmt, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird«.

Diese Vorgaben konkretisiert Art. 3 Abs. 8 EntsenderRL wie folgt:

»^[1] Unter »für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen« sind Tarifverträge oder Schiedssprüche zu verstehen, die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.

^[2] Gibt es kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen oder Schiedssprüchen im Sinne von Unterabsatz 1, so können die Mitgliedstaaten auch beschließen, folgendes zugrunde zu legen: [...].

^[3] Gleichbehandlung im Sinne dieses Artikels liegt vor, wenn für die inländischen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden,

- am betreffenden Ort oder in der betreffenden Sparte hinsichtlich der Aspekte des Absatzes 1 Unterabsatz 1 dieselben Anforderungen gelten wie für die Entsendeunternehmen und

- diese Anforderungen ihnen gegenüber mit derselben Wirkung durchgesetzt werden können«.

315 Die Mindestlohnsätze im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. c EntsenderL sind nicht auf betragsmäßig festgelegte Mindestentgelte beschränkt, sondern erfassen auch relative Mindestlohnsätze. Der *Equal-pay*-Zwang für Leiharbeitnehmer kann, auch wenn er in § 4 Abs. 5 TVgG-NRW nicht als *Mindestbedingung* formuliert ist, als Mindestlohnsatz im Sinne der Entsenderichtlinie verstanden werden. Es kommt nicht darauf an, ob es sich um einen arbeitsrechtlichen oder vergaberechtlichen Mindestlohn handelt³²⁶. Jedenfalls handelt es sich um eine *Bedingung für die Überlassung von Arbeitskräften* im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. d EntsenderL.

b) Formal zulässige Lohnfestsetzung

- 316 Der EuGH hat in der *Rüffert*-Entscheidung betont, daß die Entsenderichtlinie einer gesetzlichen Maßnahme eines Mitgliedstaats entgegensteht, mit der öffentlichen Auftraggebern vorgeschrieben wird, Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen, wenn dieses Entgelt nicht auf einem der in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 8 EntsenderL vorgesehenen Wege festgesetzt wurde³²⁷.
- 317 Die Frage ist deshalb, ob der *Equal-pay*-Zwang auf einem der in Art. 3 Abs. 1 und Abs. 8 EntsenderL vorgesehenen Wege festgesetzt wurde. Für *allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche* im Sinne des Art. 3 Abs. 1 und 8 EntsenderL sehen – soweit ersichtlich – in Deutschland keinen *Equal-pay*-Zwang vor und scheiden von vornherein aus.
- 318 Der *Equal-pay*-Zwang könnte aber durch *Rechts- oder Verwaltungsvorschriften* im Sinne des Art. 3 Abs. 1 EntsenderL festgesetzt sein, denn er steht in einem Landesvergabegesetz und damit einer allgemeinverbindlichen staatlichen Rechtsvorschrift. Fraglich ist, ob aus der *Rüffert*-Entscheidung folgt, daß einer Vorschrift, die nur für die Ausführung öffentlicher, nicht auch privater Aufträge gilt, die nötige *Allgemeinverbindlichkeit* fehlt. Dagegen spricht, daß sich der EuGH an gleicher Stelle »zum anderen« darauf stützt, daß der Tarifvertrag nicht für *allgemeinverbindlich* erklärt wurde³²⁸.

326 Zutreffend Greiner, ZIP 2011, 2129 (2134), unter Verweis auf Rödl, EuZW 2011, 292 (293), gegen Klumpp, NJW 2008, 3473 (3476).

327 EuGH vom 3.4.2008 – C-346/06 (*Rüffert*) – EuZW 2008, 306 (LS 4).

328 EuGH vom 3.4.2008 – C-346/06 (*Rüffert*) – EuZW 2008, 306 (Rn. 29).

Der *Entsenderichtlinie* läßt sich nicht entnehmen, ob Mindestarbeitsbedingungen, die nicht in einem Tarifvertrag, sondern einem Auftragsvergabe-Gesetz stehen, für die Vergabe öffentlicher wie privater Aufträge gleichermaßen gelten müssen. Nach Art. 3 Abs. 1 EntsenderL müssen die Mitgliedstaaten nur für die Einhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sorgen, »die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften [...] festgelegt sind«. Daraus folgt nicht, daß die Mindestlohnsätze oder die Bedingungen für die Überlassung von Leiharbeitnehmern bei der Ausführung öffentlicher und privater Aufträge einheitlich sein müssen. 319

Ein *Equal-pay-Zwang*, der in einem Gesetz steht, das nur für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, verstößt deshalb nicht gegen die *Entsenderichtlinie*. Auch Mindestlöhne, wie sie §§ 3, 4 AEntG vorsehen, gelten nur sektoral. Die *Entsenderichtlinie* verlangt weder einen flächendeckenden Einheitsmindestlohn, noch flächendeckend einheitliche Arbeitsbedingungen für Leiharbeitnehmer. Freilich ist eine Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten (Bau-)Aufträgen nicht sektoral, doch deshalb nicht automatisch willkürlich. *Aus der Entsenderichtlinie folgt nicht, daß Mitgliedstaaten für die Vergabe öffentlicher und privater (Bau-)Aufträge die gleichen Mindestarbeitsbedingungen verlangen müssen*³²⁹. 320

Anders gewendet: Die *Entsenderichtlinie* verbietet es nicht, die Beschäftigung im Vollzug öffentlicher Aufträge als »Sonderarbeitsmarkt« mit einem eigenen »allgemeinen« Mindestlohn zu versehen. Allerdings muß dann dessen Geltung auch auf den Vollzug öffentlicher Aufträge beschränkt sein und darf nicht Arbeitnehmer des ausführenden Unternehmens erfassen, die andere Aufträge abarbeiten. 321

Zwar definiert Art. 3 Abs. 8 UAbs. 3 EntsenderL »Gleichbehandlung« durch den Vergleich von Entsendeunternehmen und inländischen Unternehmen, »die sich in einer vergleichbaren Lage befinden«, und verlangt, daß für beide »am betreffenden Ort oder in der betreffenden Sparte« dieselben Mindestarbeits- und Beschäftigungsbedingungen gelten. Doch müssen deshalb die Mindestarbeits- und Beschäftigungsbedingungen für Unternehmen in vergleichbarer Lage am selben Ort in derselben Sparte nicht homogen sein. Sie müssen nur für inländische Unternehmen und ausländische Entsendeunternehmen gleich sein und beiden gegenüber mit derselben Wirkung durchgesetzt werden können (Art. 3 Abs. 8 UAbs. 3 EntsenderL). 322

329 Ähnlich Greiner, ZIP 2011, 2129 (2132).

c) Verhältnis zur Leiharbeitsrichtlinie

- 323** Auch Art. 5 LeiharbRL verlangt nicht, daß Abweichungen von *equal-pay* allgemein gelten müssen. Bei Anwendung des *Gleichbehandlungsgrundsatzes* müssen nur die *Diskriminierungsschutzregeln* so eingehalten werden, wie sie durch Bestimmungen »allgemeiner Art« festgelegt sind (Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 LeiharbRL). Für die Gleichbehandlung der Leiharbeitnehmer hinsichtlich der übrigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach Art. 5 Abs. 1 UAbs. 1 LeiharbRL findet sich hingegen ebenso wenig ein Allgemeinheitsgebot, wie bei den Abweichungsmöglichkeiten nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 LeiharbRL. Insoweit kann nach der Ausführung öffentlicher und privater Aufträge differenziert werden. Da die Leiharbeitsrichtlinie ausweislich ihres 22. Erwägungsgrundes »unbeschadet« der Entsenderichtlinie umzusetzen ist, können nationale Differenzierungen auf Entsendeunternehmen übertragen werden.

2. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit

a) Anwendbarkeit neben der Entsenderichtlinie

- 324** Der EuGH prüft in der *Rüffert*-Entscheidung das Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit neben der Entsenderichtlinie und hat damit Verunsicherung ausgelöst. Insbesondere ist unklar, ob nur staatliche Maßnahmen, die nicht von der Entsenderichtlinie gedeckt sind, an der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen sind, oder stets eine Parallelprüfung durchzuführen ist³³⁰.
- 325** Indes konkretisiert die Entsenderichtlinie nur das Diskriminierungsverbot der Dienstleistungsfreiheit, indem sie die Gleichbehandlung von Entsendeunternehmen und inländischen Unternehmen ausformuliert (z.B. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 3 EntsenderRL). Das Beschränkungsverbot konkretisiert die Entsenderichtlinie hingegen nicht, denn ihr fehlt jede materielle Kontrolle der formal diskriminierungsfrei festgelegten Mindestarbeitsbedingungen³³¹.
- 326** Gälte das materielle Beschränkungsverbot nicht neben der Entsenderichtlinie, könnte ein Mitgliedstaat mit starker Wirtschaft und hohem Lohnniveau etwa Mindestlöhne im Baugewerbe von 30 Euro pro Stunde festsetzen, ohne gegen die Entsenderichtlinie zu verstoßen. Die Folge wäre, daß faktisch kein Bauunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten mit niedrigerem Lohnniveau mehr Arbeitnehmer in diesen Mitgliedstaat entsenden und dort Bauaufträge ausführen lassen könnte, weil es sich diese

³³⁰ Statt vieler *Greiner*, ZIP 2011, 2129 (2132 ff.) m.w.N., der ersterer Ansicht zuneigt.

³³¹ Vgl. GA *Bot*, Schlußanträge vom 20.9.2006 – C-346/06 (*Rüffert*) – juris (Rn. 77).

Löhne schlicht nicht leisten kann. Selbst wenn die 30 Euro nur für öffentliche Aufträge gelten und über dem sonst üblichen Marktniveau liegen sollten, bedeuten sie für inländische Unternehmen aufgrund des allgemein höheren Lohnniveaus eine geringere zusätzliche Anstrengung, als für Unternehmen aus Mitgliedstaaten mit niedrigerem Lohnniveau, für die der Lohnsprung bedeutend größer ist.

Der Ausgangsfall der *Rüffert*-Entscheidung macht dies anschaulich: Der Mindestlohn, der nach dem damaligen niedersächsischen Vergabegesetz bei Ausführung öffentlicher Bauaufträge galt, lag über dem ansonsten in Niedersachsen geltenden Baumindestlohn des AEntG³³²! Es wäre für Mitgliedstaaten mit starker Wirtschaft und hohem Lohnniveau ein Leichtes, durch selbst für ihre Verhältnisse besonders hohe Mindestarbeitsbedingungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge diesen Markt für ausländische Dienstleister zu verschließen und damit *Protektionismus* zugunsten der einheimischen Wirtschaft (und zu Lasten der Steuerzahler) zu betreiben. Weil die Entsenderichtlinie dagegen mit ihrem rein formalen Gleichbehandlungsansatz keine Handhabe bietet, mußte der EuGH zum Schutze des Wettbewerbs im Binnenmarkt daneben den Anwendungsbereich des Beschränkungsverbots der Dienstleistungsfreiheit eröffnen.

Auch wenn der Wettbewerb nicht über die Lohnkosten geführt werden soll und in- wie ausländische Unternehmen die (erhöhten) Mindestlöhne einpreisen können, bleibt es Sinn und Zweck der Dienstleistungsfreiheit, die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen von jeglichen zusätzlichen Belastungen auch wirtschaftlicher Art zu befreien, die den Gebrauch der Freiheit weniger attraktiv machen und damit der Vollendung des Binnenmarktes und der Angleichung der Lebens- und Wirtschaftsbedingungen entgegenstehen können. Deshalb stellt der EuGH ausdrücklich den (*Billig*-)Lohnvorteil von Unternehmen aus Ländern mit niedrigerem Lohnniveau unter den Schutz der Dienstleistungsfreiheit:

»Wie der Generalanwalt [...] festgestellt hat, können Rechtsvorschriften wie das Landesvergabegesetz dadurch, dass sie die Zuschlagsempfänger und mittelbar deren Nachunternehmer verpflichten, das Mindestentgelt zu zahlen, wie es im Baugewerbe-Tarifvertrag vorgesehen ist, den Leistungserbringern, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, in dem die Mindestlohnsätze niedriger sind, eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegen, die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Eine Maßnahme wie die, um die es im Ausgangsverfahren geht, kann daher eine Beschränkung im Sinne von Art. 49 EG darstellen«³³³ (Hervorhebung durch Verf.).

332 EuGH vom 3.4.2008 – C-346/06 (*Rüffert*) – EuZW 2008, 306 (Rn. 40).

333 EuGH vom 3.4.2008 – C-346/06 (*Rüffert*) – EuZW 2008, 306 (Rn. 37).

»Der EuGH hält einen transnationalen Wettbewerb auch dann für fair, wenn er über Lohnkosten ausgetragen wird, sofern dieser Wettbewerb nur nach unten begrenzt ist«³³⁴.

- 329** Deshalb ist es konsequent, staatliche Mindestarbeitsbedingungen, die auch für Entsendeunternehmen gelten, nicht nur an der auf formelle Gleichbehandlung bedachten Entsenderichtlinie, sondern *immer* auch am Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit zu prüfen³³⁵. Dementsprechend geht auch Generalanwalt *Bot* in seinen Schlußanträgen zur *Rüffert*-Entscheidung, nachdem er das streitgegenständliche Vergabegesetz für mit der Entsenderichtlinie vereinbar (!) befunden hat, unmittelbar zur Prüfung des Beschränkungsverbots der Dienstleistungsfreiheit über³³⁶.

b) Beschränkung durch den *Equal-pay*-Zwang

- 330** Folglich ist trotz Vereinbarkeit des *Equal-pay*-Zwangs mit der Entsenderichtlinie zu fragen, ob der *Equal-pay*-Zwang Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die öffentliche Aufträge in Nordrhein-Westfalen ausführen wollen, eine zusätzliche Belastung auferlegt und ihnen damit den Gebrauch ihrer Dienstleistungsfreiheit weniger attraktiv macht. Mit Ausnahme von Entsendeunternehmen aus Mitgliedstaaten, die von keiner der Abweichungsmöglichkeiten von *equal-pay*³³⁷ Gebrauch gemacht haben, belastet der *Equal-pay*-Zwang Entsendeunternehmen immer wirtschaftlich zusätzlich und macht ihnen damit den Gebrauch ihrer Dienstleistungsfreiheit weniger attraktiv. Müssen sie bei Ausführung öffentlicher Aufträge Leiharbeitnehmer gleichbezahlen, können sie in dieser Zeit nicht von den Abweichungsmöglichkeiten Gebrauch machen, die ihnen ihr Mitgliedstaat eingeräumt hat. Daß dies auch für deutsche Unternehmen zutrifft, deren nach § 9 Nr. 2 AÜG zulässigen Tarifverträge insoweit außer Kraft gesetzt werden, spielt für das Beschränkungsverbot keine Rolle.
- 331** Die in der Literatur erwogene Übertragung der *Keck*-Rechtsprechung³³⁸ praktiziert der EuGH in der *Rüffert*-Entscheidung zu Recht nicht, weil Mindestlohnvorgaben in Vergabevorschriften den Marktzugang für Entsendeunternehmen erschweren.

³³⁴ Rödl, EuZW 2011, 292 (295).

³³⁵ A.A. Rödl, EuZW 2011, 292 (295); wohl auch Greiner, ZIP 2011, 2129 (2134 f.).

³³⁶ GA *Bot*, Schlußanträge vom 20.9.2006 – C-346/06 (*Rüffert*) – juris (Rn. 98 ff.).

³³⁷ Rn. 308.

³³⁸ Rn. 255.

c) Rechtfertigung der Beschränkung

Entscheidend ist, ob zwingende Gründe des Allgemeininteresses³³⁹ die Beschränkung der Entsendeunternehmen durch den *Equal-pay*-Zwang in ihrer Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können. 332

aa) Schutz der Arbeitnehmer

Ziele des Arbeitnehmerschutzes sind grundsätzlich als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anerkannt³⁴⁰. Arbeitnehmerschützende Maßnahmen müssen den betroffenen Arbeitnehmern einen tatsächlichen Vorteil verschaffen, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt³⁴¹. Schließlich muß die Maßnahme geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist³⁴². 333

Der *Equal-pay*-Zwang will erreichen, daß Unternehmen bei Ausführung öffentlicher Aufträge ihre Verleiher dazu anhalten, daß diese ihren Leiharbeitnehmern nicht weniger (nach dem mißglückten Wortlaut des § 4 Abs. 5 TVgG-NRW auch nicht *mehr*) Lohn zahlen als den vergleichbaren »Normalbeschäftigten« des Einsatzbetriebes. Es handelt sich also um eine Begünstigung der Leiharbeitnehmer, weil sie nicht immer nach Art. 5 Abs. 1 LeiharbRL gleichbezahlt werden, sondern im Einklang mit Art. 5 Abs. 2-4 LeiharbRL geringere Entgelte erhalten können als »Normalbeschäftigte«. Zugleich werden mittelbar »Normalbeschäftigte« vor Billiglohnkonkurrenz durch Leiharbeitnehmer geschützt. Der *Equal-pay*-Zwang schützt also Leiharbeitnehmer und »Normalbeschäftigte« voreinander, indem er ihre Vergütungsdifferenzen nivelliert. Wenn Leiharbeitnehmer ansonsten geringer vergütet würden, bringt ihnen *equal-pay* einen tatsächlichen Vorteil, der zu ihrem sozialen Schutz beiträgt. 334

Fraglich ist aber, ob die Maßnahme geeignet ist, den Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten und nicht über das dafür erforderliche Maß hinausgeht. In der *Rüffert*-Entscheidung hat der EuGH die Rechtfertigung des streitgegenständlichen Mindestlohns mit Arbeitnehmerschutzinteressen abgelehnt, weil die Mindestarbeitsbedingung nur bei Vergabe öffentlicher, nicht auch privater Bauaufträge galt, welche einem niedrigeren Mindest- 335

339 Rn. 248.

340 EuGH vom 24.1.2002 – C-164/99 (*Portugaia Construções*) – EuZW 2002, 245 (Rn. 20); EuGH vom 12.10.2004 – C-60/03 (*Wolff & Müller/Félix*) – EuZW 2005, 93 (Rn. 35).

341 EuGH vom 12.10.2004 – C-60/03 (*Wolff & Müller/Félix*) – EuZW 2005, 93 (Rn. 38).

342 EuGH vom 24.1.2002 – C-164/99 (*Portugaia Construções*) – EuZW 2002, 245 (Rn. 19); EuGH vom 12.10.2004 – C-60/03 (*Wolff & Müller/Félix*) – EuZW 2005, 93 (Rn. 43).

lohn unterfielen. Deshalb war der Vergabemindestlohn ungeeignet, sein Ziel zu erreichen³⁴³.

- 336 Sind deshalb alle Sondermodalitäten für die Vergabe öffentlicher Aufträge ungeeignet, wenn sie über die allgemeinen Mindestbedingungen für private Aufträge im gleichen Sektor hinausgehen? Dann wären alle auf die Ausführung öffentlicher Aufträge beschränkten Vorgaben unionsrechtswidrig³⁴⁴. Dies würde Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG³⁴⁵ entwerten, wonach öffentliche Auftraggeber prinzipiell zusätzliche, insbesondere soziale und umweltbezogene Bedingungen für die Ausführung öffentlicher Aufträge vorschreiben können³⁴⁶.
- 337 Allerdings verlangt auch Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG, daß die sozialen und umweltbezogenen Bedingungen mit dem Unionsrecht vereinbar sind, also auch dem Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit genügen müssen. Sonderarbeitsbedingungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge sind aber im Grunde keine nationalen Mindestarbeitsbedingungen, sondern staatliche Wunscharbeitsbedingungen. Der Staat ist bei der Vergabe seiner Aufträge nicht wie ein privater Auftraggeber frei. Er kann sich nicht auf Privatautonomie berufen, sondern er ist in der Ausübung seiner Marktmacht durch die Richtlinie 2004/18/EG, die Entsenderichtlinie und die Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt. Während jeder private Auftraggeber von seinem Auftragnehmer verlangen kann, daß dieser für die Gleichbezahlung »seiner« Leiharbeitnehmer sorgt, kann der Staat nur verlangen, daß Leiharbeitnehmer wie »Stammarbeitnehmer« den nationalen Mindestarbeitsbedingungen unterfallen, die für alle Unternehmen im betreffenden Sektor gelten. Wenn ohnehin *equal-pay* gilt, kann davon auch (deklaratorisch) die Auftragsvergabe abhängig gemacht werden. Wenn *equal-pay* tarifdispositiv ist, muß dies auch bei Ausführung öffentlicher Aufträge gelten.
- 338 Hinzu kommt: Die *Arbeitnehmer des Verleihers arbeiten nicht unmittelbar in Vollzug öffentlicher Aufträge*; sie erhalten ihren »Auftrag« vom entleihenden Unternehmen. Der Auftragnehmer des Staates aber kann und darf sich bei der Erfüllung seines Vertrages nach dem Prinzip arbeitsteiligen Wirtschaftens seinerseits der Hilfe von Dienst- und Werkvertragsunternehmen wie auch von Lieferanten als Erfüllungsgehilfen bedienen. Der bloß mittelbare Bezug zu einem öffentlichen Auftrag genügt nicht, um einen spezifischen Mindestlohnsektor zu qualifizieren und vom »Rest« des Arbeitsmarktes durch Sonderregeln abzugrenzen. Der Lieferant von

343 EuGH vom 3.4.2008 – C-346/06 (*Rüffert*) – EuZW 2008, 306 (Rn. 40); zustimmend Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 269.

344 Thüsing/Granetzny, NZA 2009, 183.

345 Rn. 306.

346 Greiner, ZIP 2011, 2129 (2131 f.).

Baustoffen für eine »öffentliche Baustelle« ist mit dieser Lieferung nicht in einem Sondermarkt tätig – ebenso wenig wie der Steuerberater oder Buchhalter, der für ein Unternehmen mit überwiegend öffentlichen Aufträgen tätig ist. Selbst der Subunternehmer, der auf der »öffentlichen« Baustelle Bauarbeiten durchführt, etwa einen Dachstuhl für den Generalunternehmer errichtet, ist mit seinen Arbeitnehmern in der Privatwirtschaft tätig.

Das gilt ebenso für das Leiharbeitsunternehmen mit seinen Arbeitnehmern (auch wenn die Leiharbeit im Baugewerbe unionsrechtswidrig durch § 1b AÜG beschränkt ist³⁴⁷): Der Leiharbeitnehmer ist – gerade mit Blick auf die Vergütung – nur Arbeitnehmer seines Vertragsarbeitgebers und kann dem entleihenden Unternehmen und dessen öffentlichen Auftrag nicht zugerechnet werden. Das TVgG-NRW³⁴⁸ regelt nicht die Arbeitsbedingungen im Arbeitsmarktsektor öffentlicher Aufträge, sondern will die Wertschöpfungskette durch die Steuerung des Vertragsverhaltens der Auftragnehmer erfassen. Die Wertschöpfungskette ist aber kein abgrenzbarer Arbeitsmarktsektor. 339

Daß § 8 Abs. 3 AEntG in Übereinstimmung mit Art. 3 EntsenderL Branchenmindestlöhne auf Leiharbeitnehmer erstreckt, ändert hieran nichts. Dadurch wird die Leiharbeit nicht der jeweiligen Einsatzbranche zugeschlagen. Vielmehr ist diese Mindestlohnstreckung nur eine Ausprägung des *Equal-pay*-Prinzips und reicht nur ebenso weit. Dementsprechend kann die Mindestlohnstreckung entlang der Wertschöpfungskette nicht aus sich heraus gerechtfertigt werden. Umgekehrt zeigt die beschränkte Generalunternehmerverantwortung nach §§ 14, 23 Abs. 2 AEntG, die gerade den branchenfremden Auftraggeber nicht erfassen darf³⁴⁹, daß die Wertschöpfungskette allein keinen Zurechnungsgrund abgibt. 340

Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG läuft auch nicht leer. Wie der 33. Erwägungsgrund der Richtlinie verdeutlicht, können die Mitgliedstaaten folgende Ziele verfolgen: 341

- Förderung der beruflichen Ausbildung auf den Baustellen
- Förderung der Beschäftigung von Personen, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet

347 Schüren/*Hamann*, § 1b Rn. 17.

348 Rn. 28.

349 BAG vom 6.11.2002 – 5 AZR 617/01 (A) – NZA 2003, 490; BAG vom 28.3.2007 – 10 AZR 76/06 – NZA 2007, 613; BVerfG (Kammer) vom 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609.

- Bekämpfung der Arbeitslosigkeit
- Umweltschutz.

Zu diesen Zwecken können die Mitgliedstaaten für die Ausführung ihrer Aufträge etwa verlangen,

- Langzeitarbeitslose einzustellen,
- Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen,
- Bestimmungen der grundlegenden ILO-Übereinkommen, die nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind, im Wesentlichen einzuhalten und
- ein Kontingent von behinderten Personen einzustellen, das über dem nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kontingent liegt.

³⁴² Mit diesen Vergabekriterien können die Mitgliedstaaten über das nach allgemeinen Regeln Erforderliche hinausgehen. Ein Sonderarbeitsrecht für die Ausführung öffentlicher Aufträge läßt sich damit *nicht legitimieren*. Der 41. Erwägungsgrund des aktuellen Richtlinienentwurfs der Kommission über die öffentliche Auftragsvergabe³⁵⁰ bestätigt das:

»Im Hinblick auf eine stärkere Berücksichtigung sozialer Belange bei der öffentlichen Auftragsvergabe kann es den Beschaffern ferner gestattet werden, im Rahmen des Zuschlagskriteriums des wirtschaftlich günstigsten Angebots Aspekte einzubeziehen, die die Arbeitsbedingungen der unmittelbar am Produktionsprozess oder an der Leistungserbringung beteiligten Personen betreffen. *Derartige Aspekte dürfen sich ausschließlich auf den Gesundheitsschutz der am Produktionsprozess beteiligten Mitarbeiter oder die Förderung der sozialen Integration – einschließlich Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen – von für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Angehörigen benachteiligter oder sozial schwacher Personengruppen beziehen.* Zuschlagskriterien, die auf derartige Aspekte abstellen, sollten in jedem Fall auf Merkmale beschränkt bleiben, die unmittelbare Auswirkungen auf die Mitarbeiter in ihrer Arbeitsumgebung haben. *Sie sollten im Einklang mit der [Entsenderichtlinie] und in einer Weise angewandt werden, die Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten [...] weder unmittelbar noch mittelbar diskriminiert.* Bei Dienstleistungsaufträgen und Aufträgen, die die Planung von Bauleistungen umfassen, sollte es öffentlichen Auftraggebern ferner gestattet sein, Organisation, Qualifikation und Erfahrung der Mitarbeiter, die für die Ausführung des betreffenden Auftrags eingesetzt werden, als Zuschlagskriterium zugrunde zu legen, da es sich hier um einen Faktor handelt, der sich auf die Qualität der Auftragsausführung und damit auf den wirtschaftlichen Wert des Angebots auswirkt« (Hervorhebung durch Verf.).

³⁵⁰ KOM 2011, 896 endg.

Der Staat ist nicht gezwungen, am Markt aufzutreten. Das Unionsrecht 343
verbietet es den Mitgliedstaaten nicht, ihren Bedarf mit eigenen Mitteln
und Arbeitnehmern zu decken (*In-house-Vergabe*)³⁵¹. Den eigenen Arbeit-
nehmern kann der Staat in diesem Fall auch »Wunscharbeitsbedin-
gungen« gewähren – in seiner Rolle als Arbeitgeber. Wenn sich aber ein
Mitgliedstaat entschließt, am Markt teilzunehmen, gilt für ihn das sekun-
däre wie primäre Unionsrecht³⁵².

Nur die *Inländerdiskriminierung* steht ihm auch im Vergaberecht of- 344
fen³⁵³. Freilich wird kein Bundesland bei der Ausführung öffentlicher
Aufträge von einheimischen Unternehmen mehr verlangen wollen als von
ausländischen.

bb) Vermeidung von »Sozialdumping«

Der *Equal-pay*-Zwang gründet in dem politischen Kalkül, daß sich der 345
Staat nicht selbst dem Vorwurf des »Sozialdumpings« ausgesetzt sehen
will, weil er mittelbar Unternehmen für sich arbeiten ließe, die Leiharbeit-
nehmern weniger zahlen als vergleichbaren anderen Arbeitnehmern –
auch wenn das nach Maßgabe von § 9 Nr. 2 und § 3a AÜG zulässig ist. Der
Staat will mit gutem Beispiel vorangehen und Unternehmen zu *equal-pay*
»motivieren«. Die Vermeidung von »Sozialdumping« erkennt der EuGH
aber nur als zwingendes Allgemeininteresse an, um nationale Mindest-
arbeitsbedingungen auf Entsendeunternehmen zu erstrecken (wie Art. 3
EntsenderL)³⁵⁴.

Nur für Gewerkschaften sind kollektive Maßnahmen, die einheimische 346
Arbeitnehmer gegen »Sozialdumping« schützen sollen, ein zwingender
Grund des Allgemeininteresses, der grundsätzlich die Beschränkung von
Grundfreiheiten durch kollektiv-autonome Maßnahmen rechtfertigen
kann³⁵⁵. Dem Staat steht diese Rechtfertigung nicht zur Verfügung – er
hat auf dem Arbeitsmarkt keine Wettbewerbsinteressen³⁵⁶.

351 EuGH vom 11.1.2005 – C-26/03 (*Stadt Halle u.a./TREA Leuna*) – EuZW 2005,
86 (Rn. 48); MüKo-WettbR/Kühling/Huerkamp, Bd. 3, vor §§ 97 ff. GWB
Rn. 54.

352 MüKo-WettbR/Kühling/Huerkamp, Bd. 3, vor §§ 97 ff. GWB Rn. 12.

353 Bayreuther, EuZW 2009, 102 ff.; Thüsing/Granetzny, NZA 2009, 183 (185);
Däubler/Lakies, Anh. 1 zu § 5 TVG Rn. 33; Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 271.

354 EuGH vom 19.1.2006 – C-244/04 (*Kommission/Deutschland*) – EuZW 2006,
145 (Rn. 61); dagegen wollen GA Bot, Schlußanträge vom 20.9.2006 –
C-346/06 (*Rüffert*) – juris (Rn. 114 f.), und Däubler/Lakies, Anh. 1 zu § 5 TVG
Rn. 32, die Vermeidung von »Sozialdumping« bzw. »Lohndumping« als eigen-
ständiges Allgemeininteresse zulassen.

355 EuGH vom 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*) – NZA 2008, 159 (Rn. 103).

356 A.A. Däubler/Lakies, Anh. 1 zu § 5 TVG Rn. 32: »Der Staat als Auftraggeber hat
ein demokratisch legitimes Interesse, die Auftragsvergabe als politisches

- 347 Der EuGH zieht zu Recht nicht in Erwägung, ob der Staat durch überobligatorische Arbeitsbedingungen bei der Ausführung seiner Aufträge durch private Unternehmen mit gutem Beispiel vorangehen darf. Denn eine solche Vorreiterrolle widerspräche dem begrenzten sozialen Schutzstandard des Unionsrechts. Nationale Vorreiterrollen sind nur im Umweltschutz nach Art. 193 AEUV akzeptiert und durch Art. 11 AEUV abgesichert. »Genau daran zeigt sich aber der grundlegende Unterschied zwischen sozialen Mindeststandards und dem geforderten hohen Umweltschutzniveau«³⁵⁷.

cc) Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen«

- 348 Wenn ein Mitgliedstaat »Normalarbeitsverhältnisse« fördern will, indem er den Einsatz von Leiharbeit bei der Ausführung öffentlicher Aufträge weniger attraktiv macht, verfolgt er kein zwingendes Allgemeininteresse, sondern setzt sich in Widerspruch zu den Zielen der europäischen Sozialpolitik³⁵⁸. Anders als bei Beihilfen nach Leiharbeitsquoten wird durch den *Equal-pay*-Zwang bei der Ausführung öffentlicher Aufträge ein ungleich geringerer wirtschaftlicher Anreiz gesetzt, Leiharbeitnehmer durch »Stammarbeitnehmer« zu ersetzen, weil sie nur bei der Auftragsausführung gleichzubezahlen sind. Der *Equal-pay*-Zwang ist zur Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen« also auch ungeeignet.

dd) Stärkung der einheimischen Wirtschaft

- 349 Die protektionistischen Wirkungen des *Equal-pay*-Zwangs³⁵⁹ stellen kein zwingendes Allgemeininteresse dar, weil der Schutz inländischer Unternehmen dem freien Wettbewerb im Binnenmarkt zuwider läuft³⁶⁰.

IV. Zwischenergebnisse

- 350 • Es steht den Mitgliedstaaten unionsrechtlich frei, ob sie ihre Aufträge selbst ausführen (*In-house*-Vergabe) oder am Markt anbieten.

Steuerungsmittel einzusetzen. [...] Genauso ist es legitim, dass der Staat bestimmt, dass die Auftragsvergabe an Sozialstandards orientiert wird, um einen Lohnkostenwettbewerb nach unten zu verhindern«.

- 357 Frenz, NZS 2011, 321 (325 f.); vgl. MüKo-WettbR/Kühling/Huerkamp, Bd. 3, § 97 GWB Rn. 303; dagegen sieht Däubler/Lakies, Anh. 1 zu § 5 TVG Rn. 32, keinen Unterschied zwischen Umweltschutz und der Wahrung von »Sozialstandards«.

358 Rn. 145 ff.

359 Rn. 325 ff.

360 EuGH vom 25.10.2001 – C-49/98 u.a. (*Finalarte u.a.*) – EuZW 2001, 759 (Rn. 39).

Bieten sie ihre Aufträge am Markt an, unterliegen sie den Einschränkungen des Vergabe- und Entsenderechts der EU.

- Öffentliche Aufträge dürfen ebensowenig wie staatliche Beihilfen nach Leiharbeitsquoten vergeben werden. Das verstieße gegen das unternehmerische »Grundrecht auf Leiharbeit« und könnte auch nicht durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt werden. 351
- Werden öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben, die sich verpflichten, dafür zu sorgen, daß bei der Auftragsausführung eingesetzte Leiharbeitnehmer ebenso bezahlt werden wie vergleichbare Arbeitnehmer des Auftragnehmers, wird eine relative Mindestarbeitsbedingung gesetzt. Gilt ein solcher *Equal-pay*-Zwang für inländische wie Entsendeunternehmen gleichermaßen, ist er mit der Entsenderichtlinie und damit auch dem Diskriminierungsverbot der Dienstleistungsfreiheit vereinbar. 352
- Das Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit ist neben der Entsenderichtlinie anwendbar, weil die Richtlinie nur das Diskriminierungsverbot ausgestaltet. Auch Mindestarbeitsbedingungen, die mit der Entsenderichtlinie vereinbar sind, unterliegen deshalb dem Beschränkungsverbot und müssen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Ein *Equal-pay*-Zwang bei der Ausführung öffentlicher Aufträge beschränkt Entsendeunternehmen in ihrer Dienstleistungsfreiheit, wenn in ihrem Heimatmitgliedstaat nicht generell *equal-pay* gilt. 353
- Ein *Equal-pay*-Zwang, der nur bei der Ausführung öffentlicher, nicht auch privater Aufträge gilt, kann durch kein zwingendes Allgemeininteresse gerechtfertigt werden. Zwar trägt *equal-pay* zum Schutz der Leiharbeitnehmer bei, doch darf der Staat bei der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich nur die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen verlangen, die auch für private Aufträge im gleichen Sektor gelten. Andernfalls können staatliche Wunscharbeitsbedingungen protektionistische Wirkungen zu Lasten ausländischer Unternehmen entfalten und den freien Wettbewerb im Binnenmarkt behindern. Ein Sonder-*equal-pay*-Zwang nur für öffentliche Aufträge ist deshalb unionsrechtswidrig. 354

B. Vereinbarkeit der Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialen Kriterien mit dem deutschen Recht

Schließlich sind soziale Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge auf ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Recht zu überprüfen. Das BVerfG hat mit seinem Tariftreue-Beschluß die Rechtmäßigkeit sozialer Kriterien im Beihilfenrecht weitgehend bestätigt. An den Erkenntnissen dieser 355

Entscheidung soll im folgenden die Rechtmäßigkeit eines *Equal-pay-Zwangs*, wie ihn § 4 Abs. 5 TVgG-NRW vorsieht³⁶¹, geprüft werden.

I. Gesetzgebungskompetenz der Länder

- ³⁵⁶ Die Vergabe öffentlicher Aufträge fällt in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Der Bund hat durch die §§ 97 ff. GWB nicht abschließend von seiner Gesetzgebungskompetenz im Vergaberecht Gebrauch gemacht, sodaß die Länder ihre öffentlichen Aufträge auch nach solchen Kriterien vergeben dürfen, die das GWB nicht vorsieht (§ 97 Abs. 4 GWB). Die Länder müssen auch nicht für jedes andere oder weitergehende Vergabekriterium den auf das konkrete Kriterium bezogenen Kompetenztitel für sich beanspruchen können. Sie können deshalb etwa von ihren Auftragnehmern Tariftreue verlangen, obwohl diese in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung im Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) fällt und der Bund in diesem Bereich vor allem durch TVG und AEntG gesetzgebend tätig geworden ist³⁶². Die Länder haben folglich die Gesetzgebungskompetenz, um ihre öffentlichen Aufträge auch nach solchen Kriterien zu vergeben, die den Einsatz von Leiharbeit betreffen, obwohl der Bund den Einsatz von Leiharbeit allgemein durch das AÜG geregelt hat.

II. Vereinbarkeit mit Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie

1. Schutzbereich

- ³⁵⁷ Das Grundrecht der *negativen* Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) schützt nicht davor, daß der Gesetzgeber Tarifverträge zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen nimmt, wie es besonders weitgehend bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen geschieht³⁶³.
- ³⁵⁸ Aber schützt die *positive* Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) davor, daß der Gesetzgeber Tarifverträgen ihre Wirkung nimmt, wenn die Tarifunterworfenen öffentliche Aufträge ausführen? Das BVerfG sieht im Aushandeln von Tarifverträgen einen wesentlichen Zweck der Koalitionen, weshalb sich der Staat in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich nicht einmische, sondern den Koalitionen »zum großen Teil« die Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, insbesondere der Arbeitsentgelte überlasse³⁶⁴.

³⁶¹ Rn. 28.

³⁶² BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 57 ff.).

³⁶³ BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 68).

³⁶⁴ BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 71).

2. Eingriff

Gem. § 9 Nr. 2 AÜG können die Koalitionen durch Tarifverträge vom *Equal-pay*-Grundsatz in der Leiharbeit abweichen, soweit dabei nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Abs. 2 AÜG festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschritten werden. Dürfen nun die Länder zulässige Abweichungen von tarifdispositivem Bundesrecht bei der Vergabe öffentlicher Aufträge außer Kraft setzen? Das BVerfG sah in seinem Tariftreue-Beschluß keinen Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie, weil die *Tariftreuepflicht* kein rechtliches Hindernis zum Abschluß von Tarifverträgen errichte und der Abschluß konkurrierender Tarifverträge auch nicht faktisch unmöglich gemacht werde³⁶⁵.

Ist deshalb auch eine »*Tarifuntreuepflicht*« bei der Ausführung öffentlicher Aufträge mit der Tarifautonomie vereinbar? Selbstredend setzen Tarifverträge nur Mindestarbeitsbedingungen (§ 4 Abs. 3 TVG), weshalb Unternehmen, die an einen Tarifvertrag gebunden sind, der nach § 9 Nr. 2 AÜG von *equal-pay* abweicht, dennoch ihre Arbeitnehmer nach *equal-pay* vergüten dürfen (Günstigkeitsprinzip). Der *Equal-pay*-Zwang bei der Ausführung öffentlicher Aufträge zwingt aber die auftragsausführenden Unternehmen, auf die Leiharbeitsunternehmen dahin einzuwirken, daß diese übertariflich bezahlen und entwertet damit die Tarifverträge der Leiharbeit.

Das BAG betont den Geltungsschutz der Tarifautonomie in seiner *Burda*-Entscheidung:

»Eine Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit liegt vielmehr auch in Abreden oder Maßnahmen, die zwar nicht die Entstehung oder den rechtlichen Bestand eines Tarifvertrages betreffen, aber darauf gerichtet sind, dessen Wirkung zu vereiteln oder leer laufen zu lassen«³⁶⁶.

Unzulässig ist es auch, fremden Tarifverträgen mittelbar ihre Wirkung zu nehmen:

»Eine Einschränkung oder Behinderung der Koalitionsfreiheit liegt vielmehr auch in Abreden oder Maßnahmen, die zwar nicht die Entstehung oder den rechtlichen Bestandteil eines Tarifvertrages betreffen, aber darauf gerichtet sind, dessen Wirkung zu vereiteln oder leerlaufen zu lassen. Die Tarifnorm kann ihren Zweck nicht erfüllen, den Teil der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu ordnen, der ihnen Gegenstand bildet. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, daß entsprechende Abreden nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig

365 BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 75).

366 BAG vom 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – NZA 1999, 887 (891); bestätigt durch BAG vom 13.3.2001 – 1 AZB 19/00 – NZA 2001, 1037; BAG vom 19.3.2003 – 4 AZR 271/02 – NZA 2003, 1221; BAG vom 17.5.2011 – 1 AZR 473/09 – NZA 2011, 1169.

sind, also die tarifliche Ordnung nicht in rechtlich erzwingbarer Weise ersetzen. Die Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit liegt vielmehr darin, daß solche Absprachen faktisch geeignet sind, schon aufgrund ihres erklärten Geltungsanspruchs an die Stelle der tariflichen Regelung zu treten«³⁶⁷.

»Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit wird nicht erst dann beeinträchtigt, wenn eine Koalition daran gehindert wird, Tarifrecht zu schaffen. Ein Eingriff in dieses Freiheitsrecht liegt vielmehr auch in Abreden oder Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, die Wirkung des von Koalitionen geschaffenen Tarifrechts zu vereiteln oder leerlaufen zu lassen«³⁶⁸.

- 363 Zwar zielt die Rechtsprechung des BAG auf die Verhinderung untertariflicher Arbeitsbedingungen, um die es hier nicht geht. Doch ist der verfassungsrechtliche Schutz der Tarifautonomie auch dann betroffen, wenn ein kollektiv wirkender Zwang zu übertariflichen Arbeitsbedingungen ausgeübt wird:

»Von einem Eingriff in die Tarifautonomie kann [...] dann gesprochen werden, wenn eine Tarifnorm *als kollektive Ordnung verdrängt* und damit ihrer zentralen Funktion beraubt werden soll«³⁶⁹ (Hervorhebung durch Verf.).

- 364 Eben das geschieht durch den *Equal-pay*-Zwang im TVgG-NRW³⁷⁰: Die nach dem AÜG gerade zugelassenen Entgelt-Tarifverträge der Leiharbeit werden ausgeschaltet; das Land maßt sich die Stellung eines »Tariftreuhänders« an und will besser wissen als die Tarifparteien, welche Entgelte für diejenigen Arbeitnehmer angemessen sind, die an Auftragnehmer des Staates verliehen werden. Die Regelung wirkt kollektiv, weil sie nicht auf vereinzelte günstigere Arbeitsbedingungen zielt, sondern die Tarifgeltung in diesem Sektor weithin ausschalten will. Die Tarifparteien der Leiharbeit können die Arbeitsentgelte damit umfassend nur für jene Arbeitsphasen regeln, in denen die Arbeitnehmer nicht bei einem öffentlichen Auftragnehmer tätig sind; ansonsten könnten sie nur noch höhere Entgelte vorsehen, als dies der Entgeltgleichstellung entspricht.
- 365 Die tarifliche Regelung des Arbeitsentgeltes für geleistete Arbeit ist zentraler Kern der Tarifautonomie. Das Synallagma bestimmt die Wertigkeit der Arbeit; mit den Entgelt(erhöhungs)runden bestreiten die Tarifparteien den für die Mitglieder wichtigsten Teil der Regelungsarbeit. Dementsprechend ist es allgemeine Meinung, daß Tarifentgeltregelungen als Regelungsgegenstand nur aus besonders gewichtigen Gründen verdrängt werden dürfen³⁷¹.

367 BAG vom 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – NZA 1999, 887 (891 f.).

368 BAG vom 17.5.2011 – 1 AZR 473/09 – NZA 2011, 1169 (Orientierungssatz 2).

369 BAG vom 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – NZA 1999, 887 (892).

370 Rn. 28.

371 Henssler, ZfA 1998, 1 (18).

In seiner *Equal-pay*-Entscheidung hat das BVerfG die durch die Entgeltgleichstellung bewirkte Belastung der Tarifautonomie gerade wegen der Tarifdispositivität als noch verhältnismäßig angesehen: 366

»Zwar ist hier die Tarifautonomie in ihrem klassischen Wirkungsfeld, der Regelung der Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts berührt, doch sind die Regelungen nicht übermäßig belastend, weil durch die gesetzliche Tariföffnungsklausel das Betätigungsrecht der Tarifvertragsparteien nicht eingeschränkt wird. Den Verleihunternehmen wird durch die gesetzliche Tariföffnungsklausel gerade ermöglicht, die Arbeitsbedingungen flexibler zu gestalten, falls sie die gesetzliche Regelung als zu starr empfinden sollten. Auch die tatsächliche Entwicklung seit In-Kraft-Treten der angegriffenen Gesetzesvorschriften zeigt, dass die Arbeitsbedingungen in der Leiharbeitsbranche faktisch durchweg durch tarifliche Regelungen und nicht durch die gesetzlichen Vorgaben gestaltet werden«³⁷².

Eben diese *Tarifdispositivität* wird durch die vom Land vergaberechtlich erzwungene Entgeltgleichstellung »ausgeschaltet«. Damit mißrät die Belastung der Tarifautonomie *unverhältnismäßig*.

3. Rechtfertigung

Irgendein erheblicher Sachgrund dafür, daß das Land als Auftraggeber in die fremde Tarifautonomie übergreifen dürfte, ist nicht ersichtlich. Sein politischer Wunsch nach tarifübersteigender sozialverträglicher Bezahlung ist nur ein Wunsch – keine Rechtfertigung. Insofern liegt es gerade anders als bei der vom BVerfG gebilligten Tariftreue: Dort soll einem Tarifvertrag mit seinen Arbeitsbedingungen ein Durchsetzungserfolg bei tariffreien Arbeitgebern verschafft werden. Das BVerfG spricht insofern davon, daß »der Gesetzgeber die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen« dürfe³⁷³. 367

Hier hingegen betätigt sich das Land als *Tarifzensor* und will eigene – nicht tarifautonome – Entgeltvorstellungen an die Stelle der tariflichen setzen. Das aber ist nur gegenüber dem Tarifversagen möglich und nur durch einen echten gesetzlichen Mindestlohn (wie die Lohnuntergrenze des § 3a AÜG). Das sozialpolitische Urteil, Tarifverträge, die die Entgeltgleichstellung in der Leiharbeit abbedingen, seien als Tarifversagen abzuqualifizieren, darf das Land aber nicht fällen. Insoweit hat der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht abschließenden Gebrauch gemacht. Unabhängig davon, ob die Länder über die Auftragsvergabe mittelbare Mindestlöhne gegenüber tariffreien Arbeitgebern fest- und durchsetzen dür- 368

372 BVerfG (Kammer) vom 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 – NZA 2005, 153 (154 unten).

373 BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 90).

fen³⁷⁴, dürfen sie jedenfalls keine tarifverdrängenden »Luxuslöhne« durchsetzen.

- 369 Auch das Argument des BVerfG, kein Unternehmen müsse öffentliche Aufträge ausführen und unterwerfe sich autonom den Vergabebedingungen³⁷⁵, trägt keine Beeinträchtigung der Tarifautonomie: Die Tarifparteien der Leiharbeit werden nicht gefragt, ob sie sich den Landeswünschen »unterwerfen« wollen, sondern müssen sich den weitergehenden Wünschen des Landes beugen. Damit bringt das Land die Leiharbeitsunternehmen gegen ihren Arbeitgeberverband in Stellung und verlangt von den Verbandsmitgliedern, daß sie selbst den eigenen Tarifvertrag ihres Verbandes nicht mehr als Grundlage ihrer Arbeitsbedingungen sehen. Solche Leiharbeitsunternehmen, die überwiegend an öffentliche Auftragnehmer verleihen, werden mittelbar dazu angehalten, aus den Arbeitgeberverbänden der Leiharbeit *auszutreten*, weil ihre Tarifautonomie deutlich entwertet wird. *Equal-pay* verlangt schon § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG. Dafür braucht es keinen Tarifvertrag.
- 370 Diese Beeinträchtigung der Tarifautonomie ist auch *europarechtlich* zu sehen: Die Leiharbeitsrichtlinie führt über Art. 51 GRC unmittelbar zur Anwendbarkeit von Art. 28 GRC, der die Tarifautonomie schützt. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß der EGMR die Tarifautonomie inzwischen unter den Schutz der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK stellt³⁷⁶.

III. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit

1. Schutzbereich

- 371 Wie Tariftreueverpflichtungen berührt auch ein *Equal-pay*-Zwang die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Vertragsfreiheit im unternehmerischen Bereich. Wird bei der Ausführung öffentlicher Aufträge *equal-pay* gefordert, wird nicht allgemein das Wettbewerbsverhalten der Unternehmen reguliert, sondern eine bestimmte Ausgestaltung der Verträge, die der Auftragnehmer mit Leiharbeitsunternehmen zur Durchführung des Auftrags abschließt. Lehnen die Unternehmen die geforderten *Equal-pay*-Erklärungen ab, werden sie von der Möglichkeit, ihre Erwerbschancen zu verwirklichen, ausgeschlossen, auch wenn sie sich im übrigen an die Vergabebedingungen halten³⁷⁷.

374 Zur Unzulässigkeit von Landesmindestlohngesetzen: BayVerfGH vom 3.2.2009 – Vf. 111-IX-08 – BayVBl. 2009, 300; Hoppe/Menzenbach, NZA 2008, 1110 (1111).

375 BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 101).

376 EGMR vom 12.11.2008 – 34503/97 (*Demir u.a.*) – NZA 2010, 1425 (Rn. 147 ff.).

377 Vgl. BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 80).

2. Eingriff

Ein *Equal-pay*-Zwang ist eine eingriffsgleiche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit. Sein Regelungsinhalt und seine Zielrichtung gehen über einen bloßen Reflex auf Seiten der Unternehmen hinaus, auch wenn sich der *Equal-pay*-Zwang regelungstechnisch nicht an sie, sondern an die Auftraggeber richtet und die Unternehmer, die keine Verträge mit öffentlichen Stellen abschließen wollen, davon nicht erfaßt werden³⁷⁸. Nur im Unterschied zu Tariftreueerklärungen sollen mit dem *Equal-pay*-Zwang tarifvertragliche Entgeltabreden nicht auf Außenseiter erstreckt, sondern für Tarifunterworfenen außer Kraft gesetzt werden.

3. Rechtfertigung

a) Legitime Zwecke

Im Tariftreue-Beschluß hat das BVerfG den Eingriff in die Berufsfreiheit für gerechtfertigt gehalten, weil die Tariftreuepflicht einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken und zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit beitragen soll. Außerdem diene eine Tariftreueverpflichtung der »Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards« und der »Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit«³⁷⁹.

Es bestehen wenig Zweifel, daß das BVerfG auch das »Normalarbeitsverhältnis« als wünschenswerten Sozialstandard ansehen und in den auf die höheren Löhne der Leiharbeitnehmer entfallenden höheren Sozialabgaben einen Rechtfertigungsgrund sehen wird. Ein *Equal-pay*-Zwang stellt gerade wieder die für Leiharbeitnehmer gegenüber § 9 Nr. 2 AÜG günstigere Rechtslage her (§ 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG) und ist deshalb aus sozialstaatlicher Sicht ebenso positiv für Arbeitnehmer und Sozialkassen wie die Pflicht zur Anwendung teurerer Vergabetarifverträge. Das BVerfG wird daher keinen Anlaß sehen, den Eingriff in die Berufsfreiheit durch einen *Equal-pay*-Zwang anders zu beurteilen als den durch eine Tariftreuepflicht.

b) Geeignetheit und Erforderlichkeit

An die Eignung einer Regelung stellt das BVerfG – ganz im Gegensatz zum EuGH – keine hohen Anforderungen. Es sei Sache des Gesetzgebers, »auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen

378 Vgl. BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 83 f.).

379 BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 87 ff.).

Vorstellungen« zu entscheiden, welche Maßnahmen er »im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will«³⁸⁰.

- 376 Das BVerfG wird deshalb auch einen *Equal-pay*-Zwang bei der Ausführung öffentlicher Aufträge als milderes Mittel gegenüber einer generellen *Equal-pay*-Pflicht erachten, weil sich der Unternehmer im Vergaberecht selbst gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber zu *equal-pay* verpflichtet. Außerdem wird die Vertragsfreiheit durch den *Equal-pay*-Zwang deshalb weniger beeinträchtigt, weil die Pflicht auf den einzelnen Auftrag und auf die bei seiner Ausführung eingesetzten Leiharbeitnehmer beschränkt ist³⁸¹.

c) Angemessenheit

- 377 Traditionell stellt das BVerfG im Maßstäbeteil seiner Entscheidungen hohe Anforderungen auf, von denen ebenso traditionell im Subsumtions- teil spätestens im Rahmen der Angemessenheit wenig übrigbleibt³⁸². Der Tariftreue-Beschluß macht davon keine Ausnahme. Zwar betont das BVerfG zunächst, daß die Vertragsfreiheit ein »wesentlicher Bestandteil der Berufsausübung« darstelle, weil Vertragsbedingungen »in besonderem Maße« den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen bestimmten³⁸³. Doch bleibt davon bei der Subsumtion kaum etwas übrig, wenn das Gericht behauptet, die Tariftreue-Pflicht sei Unternehmen zumutbar und ihre Ziele seien »überragend« wichtiger als die Vertragsfreiheit³⁸⁴.
- 378 Mit hoher Wahrscheinlichkeit würde das BVerfG auch einem *Equal-pay*-Zwang »überragend wichtige Ziele« attestieren. Wie im Tariftreue-Beschluß wird das Gericht indes auch dabei nicht erklären, warum die Gemeinwohlbelange trotz ihrer »überragenden Bedeutung« nur bei der Ausführung öffentlicher Aufträge verfolgt werden und ob das nicht der Maßnahme ihre Eignung nimmt – wie es der EuGH sieht.

IV. Vereinbarkeit mit sonstigem Bundesrecht

- 379 Das BVerfG wird einen landesgesetzlichen *Equal-pay*-Zwang auch mit sonstigem Bundesrecht für vereinbar halten (Art. 31 GG). Arbeitsrechtliche Vergabemodalitäten sind nach Auffassung des Gerichts etwas anderes als Arbeitsrecht, weil sie nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Auftragnehmers begründen³⁸⁵. Deshalb stellt es aus Sicht des BVerfG

380 BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 92).

381 Vgl. BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 97).

382 Eingehend Jestaedt/*Lepsius*/Möllers/Schönberger, *Entgrenztes Gericht*, S. 161 (167 ff.).

383 BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 100).

384 BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 101 ff.).

385 BVerfG vom 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (*Tariftreue*) – NZA 2007, 42 (Rn. 101 ff.).

keinen Widerspruch dar, wenn der Bund ausdrücklich *equal-pay* tarifdispositiv stellt und ein Land dennoch *equal-pay* bei der Ausführung seiner öffentlichen Aufträge verlangt.

Hingewiesen sei darauf, daß die aufgrund von Landesvergaberecht abgeschlossenen (Werk-)Verträge zwischen den öffentlichen Auftraggebern und den ausführenden Unternehmen auch den §§ 305 ff. BGB unterliegen und insbesondere ihre Klauseln zur außerordentlichen Kündigung, zu Vertragsstrafen und zur Nachunternehmerhaftung unangemessen sein können³⁸⁶. Von der AGB-Kontrolle können die Länder nicht dispensieren.

V. Zwischenergebnisse

- Die Bundesländer haben die Gesetzgebungskompetenz für die Vergabe öffentlicher Aufträge auch insofern, als sie Vergabemodalitäten wählen, die vom sonst geltenden materiellen Bundesrecht, insbesondere Arbeitsrecht abweichen. 381
- Wie Tariftreue-Verpflichtungen würde das BVerfG auch *Equal-pay*-Verpflichtungen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge als gerechtfertigten Eingriff in die Berufsfreiheit ansehen. 382
- Allerdings verstoßen *Equal-pay*-Verpflichtungen in Landesvergabegesetzen gegen die Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie, weil sich damit das Land zu einem Tarifensor aufschwingt und Leiharbeitsunternehmen zum Austritt aus ihrem Arbeitgeberverband drängt. 383

386 Löwisch, FS Heldrich, S. 297 (301 ff.); ders., DB 2004, 814 ff.

§ 4 Zusammenfassung in Thesen

- 384 • Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien kann mit europäischem und deutschem Recht vereinbar sein. Es kommt aber darauf an, welches Förderungsinstrument nach welchen sozialen Kriterien unter welchen Modalitäten eingesetzt wird.

A. Staatliche Beihilfen nach sozialen Kriterien

- 385 • Staatliche Beihilfen, welche den unionsrechtlichen Beihilfenbegriff erfüllen, dürfen grundsätzlich nach sozialen Kriterien vergeben werden. Dabei sind aber die Vorgaben der jeweiligen Freistellungsverordnungen ebenso zu beachten, wie die Grundfreiheiten, Grundrechte sowie sekundärrechtlichen Konkretisierungen.
- 386 • Das europäische Beihilfenrecht will die wettbewerbsverfälschenden Wirkungen von Beihilfen gering halten und erlaubt Beihilfen nur zu bestimmten Zwecken. Beihilfen zur regionalen Investitions- und Beschäftigungsförderung müssen den Lebensstandard und das Beschäftigungsniveau in strukturschwachen Gebieten erhöhen. Sie dürfen nicht danach differenzieren, mit welchen Beschäftigungsinstrumenten zu fördernde Unternehmen ihre Arbeitskapazitäten bewältigen. Vollzeit-, Teilzeit-, Saison- und befristete Beschäftigung sind ebenso zu fördern wie der Einsatz von Leiharbeitnehmern. Ein Primat des »Normalarbeitsverhältnisses« findet sich im Unionsrecht nicht. Die EU geht davon aus, daß Leiharbeit das Beschäftigungsniveau erhöht, weshalb Beihilfen, die Leiharbeit beschränken wollen, gegen die Ziele der europäischen Sozialpolitik verstoßen.
- 387 • Beihilfen im Anwendungsbereich der allgemeinen Freistellungsverordnung dürfen nur horizontale, keine sektoralen Wirkungen entfalten. Beihilfen, die gezielt einen bestimmten Sektor betreffen, bedürfen spezifisch-sektoraler Freistellungsregelungen oder einer Einzelfallgenehmigung der Kommission. Die Leiharbeit ist ein eigener Wirtschaftssektor im Sinne des Unionsrechts. Werden Beihilfen nach Leiharbeitsquoten vergeben, wird eine gezielte, negative sektorale Steuerung vorgenommen. Da keine leiharbeitsspezifische Beihilfenfreistellung existiert, bedürfen leiharbeitsrelevante Beihilfen der Genehmigung durch die Kommission. Einer solchen Genehmigung stehen Leiharbeitsquoten entgegen, weil sie die sozialpolitischen Ziele der Union konterkarieren. Leiharbeitsquoten in den GRW-Förderrichtlinien einiger Bundesländer sind solche »beihilfenzweckfremde« Vergabemodalitäten. Sie sind unionsrechtswidrig.

- Die Leiharbeitsrichtlinie konkretisiert das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit zum »Grundrecht auf Leiharbeit«. Das wendet sich gegen jedes Verbot und jede Einschränkung des Einsatzes von Leiharbeit, wenn damit nicht Gründe des Allgemeininteresses in geeigneter und erforderlicher Weise verfolgt werden. Beihilfen nach Leiharbeitsquoten beschränken die unternehmerische Freiheit. Sie können nicht mit dem Argument der Mißbrauchsverhütung gerechtfertigt werden. Der EuGH hat entschieden, daß Unternehmen auch dauerhaften Arbeitsbedarf mit jeweils befristet Beschäftigten bewältigen dürfen. Gleiches gilt für jeweils vorübergehend entliehene Beschäftigte. Die Entscheidung darüber, ob Arbeitsbedarf durch Vollzeit-, Teilzeit-, Saison-, befristete oder Leiharbeitnehmer bewältigt wird, ist durch das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit geschützt. 388
- Leiharbeitsquoten schreiben Unternehmen bestimmte Obergrenzen für den Einsatz von Leiharbeitnehmern vor und beschränken damit die unternehmerische Freiheit. Sie verhindern keinen Mißbrauch, weil auch der dauerhafte Einsatz von Leiharbeit unionsrechtlich erlaubt ist, sofern die einzelnen Arbeitnehmer jeweils »vorübergehend« überlassen werden. Die Förderung von »Normalarbeitsverhältnissen« ist kein Allgemeininteresse im Sinne des Unionsrechts. Die Leiharbeitsquoten in den GRW-Förderrichtlinien einiger Bundesländer verstoßen deshalb auch gegen das Grundrecht auf unternehmerische Freiheit, wie es in der Leiharbeitsrichtlinie Ausdruck gefunden hat. 389
- Werden Arbeitnehmer grenzüberschreitend überlassen, ist der Anwendungsbereich der Korrespondenzdienstleistungsfreiheit eröffnet. Beihilfen nach Leiharbeitsquoten drosseln auch künstlich die Nachfrage nach Leiharbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten. Diese Beschränkung ist nicht gerechtfertigt. 390
- Das *deutsche Recht* verlangt nur, daß Beihilfen nicht willkürlich vergeben werden, Belange des Gemeinwohls mit einem Mindestmaß an Zweckgerichtetheit verfolgen und sich auf gesetzgeberische Entscheidungen stützen können. Soweit Beihilfen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, sind sie allerdings materiell nicht mehr am deutschen Recht zu messen. 391
- Die Länder haben nur die Kompetenz zur horizontalen Wirtschaftsförderung, woran der Bund zur Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur mitwirkt. Den Ländern steht es frei, neben dem GRW-Programm eigenständige Wirtschaftsförderung zu betreiben. 392
- Für die sektorale Wirtschaftsförderung wird eine ungeschriebene Kompetenz des Bundes angenommen. Wenn Länder mit ihren För- 393

derrichtlinien, insbesondere deren Leiharbeitsquoten sektorale statt horizontale Wirkungen anstreben, handeln sie ohne Kompetenzgrundlage und haben keinen Anspruch auf die Mitfinanzierung ihrer sektoralen Fördermaßnahmen durch den Bund.

B. Vergabe öffentlicher Aufträge nach sozialen Kriterien

- 394 • Es steht den Mitgliedstaaten unionsrechtlich frei, staatliche Aufgaben selbst zu erledigen oder am Markt anzubieten. Bietet der Staat seine Aufträge am Markt an, unterliegt er nicht nur den Vergabereichtlinien, sondern auch der Dienstleistungsfreiheit und ihren sekundärrechtlichen Konkretisierungen durch die Leiharbeitsrichtlinie und die Entsenderichtlinie.
- 395 • Öffentliche Aufträge dürfen aus den gleichen Gründen wie Beihilfen nicht nach Leiharbeitsquoten vergeben werden.
- 396 • Werden öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben, die dafür sorgen, daß Leiharbeitnehmer, die sie zur Auftragsausführung einsetzen, ebenso bezahlt werden wie vergleichbare Arbeitnehmer, und gilt dieser *Equal-pay-Zwang* für inländische wie Entsendeunternehmen, ist er mit der Entsenderichtlinie vereinbar.
- 397 • Das Beschränkungsverbot der Dienstleistungsfreiheit ist neben der Entsenderichtlinie anwendbar. Ein *Equal-pay-Zwang* beschränkt Entsendeunternehmen in ihrer Dienstleistungsfreiheit. Gilt er nur bei der Ausführung öffentlicher, nicht auch privater Aufträge, ist der *Equal-pay-Zwang* durch kein zwingendes Allgemeininteresse gerechtfertigt. Der Staat darf bei der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich nur die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen verlangen, die auch für private Aufträge im gleichen Sektor gelten. Ein *Equal-pay-Zwang* – wie im neuen Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalens – ist deshalb unionsrechtswidrig.
- 398 • Wenn Landesvergabegesetze öffentliche Auftragnehmer verpflichten, ihren Verleihunternehmen in den Überlassungsverträgen einen *Equal-pay-Zwang* aufzuerlegen, verstößt das gegen die Tarifaufonomie, weil die Tarifverträge der Leiharbeit als kollektive Regelung ausgeblendet werden. Anders als bei der Tariftreue geht es hier nicht um eine Ausweitung der Tarifgeltung, sondern um deren partielle Abschaffung derselben im zentralen Entgeltbereich. Das Land betätigt sich als Tarifensor.

Literaturverzeichnis

- Achatz, Anton*, Grundrechtliche Freiheit im Wettbewerb, 2011 (zitiert: *Achatz*, Wettbewerbsfreiheit)
- Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Kündigungsrecht, 4. Auflage 2012 (zitiert: *Ascheid/Preis/Schmidt/Bearbeiter*)
- Bäcker, Matthias*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007 (zitiert: *Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit)
- Bayreuther, Frank*, Inländerdiskriminierung bei Tariftreueerklärungen im Vergaberecht, EuZW 2009, 102
- Boemke, Burkhard*, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RIW 2009, 177
- Bultmann, Peter Friedrich*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2004 (zitiert: *Bultmann*, Beihilfen- u. VergabeR)
- Calliess, Christian/Korte, Stefan*, Dienstleistungsrecht in der EU, 2011 (zitiert: *Calliess/Korte*)
- ders./Ruffert, Matthias* (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Auflage 2011 (zitiert: *Calliess/Ruffert/Bearbeiter*)
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage 2012 (zitiert: *Däubler/Bearbeiter*)
- Düwell, Franz-Josef*, Die vorübergehende Überlassung im Ersten AÜG-Änderungsgesetz, ZESAR 2011, 449
- Frenz, Walter*, Handbuch Europarecht, Bd. 3, 2007 (zitiert: *Frenz*, HdbEuropaR)
- ders.*, Soziale Vergabekriterien im Spiegel aktueller Judikatur von EuGH und BVerfG, NZS 2011, 321
- Giesen, Richard*, Vorübergehend unklar, FA 2012, 66

- Grabitz, Eberhard* (Begr.)/*Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, (zitiert: *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bearbeiter*)
- Greiner, Stefan*, Von der Tariftreue zum Landesvergabemindestlohn – Bestandsaufnahme und europarechtliche Bewertung, ZIP 2011, 2129
- Hamann, Wolfgang*, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung?, NZA 2011, 70
- ders.*, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321
- Henssler, Martin*, Tarifaautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, 1
- Herdegen, Matthias*, Europarecht, 13. Auflage 2011 (zitiert: *Herdegen, EuropaR*)
- Höpfner, Clemens*, Die systemkonforme Auslegung, 2008 (zitiert: *Höpfner, Systemkonforme Auslegung*)
- Hoppe, Tilman/Menzenbach, Steffi*, Mindestlohn: Gesetzgebungskompetenz der Länder?, NZA 2008, 1110
- Huber, Peter Michael*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385
- Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph*, Das entgrenzte Gericht, 2011 (zitiert: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Entgrenztes Gericht*)
- Klumpp, Steffen*, Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, NJW 2008, 3473
- Kohte, Wolfhard*, Die Umsetzung nachhaltiger und sozialer Wirtschaftsförderung auf Landesebene, 2012 (zitiert: *Kohte, Wirtschaftsförderung*)
- Koppmann, Martin*, Die Grenzen der beihilferechtlichen Inhaltskontrolle, 2011 (zitiert: *Koppmann, Inhaltskontrolle*)
- Krannich, Daniel/Simon, Regina*, Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – zur Auslegung des Begriffs »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 AÜG n.F., BB 2012, 1414
- Leisner, Walter*, Der Förderstaat, 2010 (zitiert: *Leisner, Förderstaat*)

- ders., Wettbewerb als Verfassungsprinzip, 2012 (zitiert: *Leisner*, Wettbewerb)
- Lembke, Mark*, Die geplanten Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2011, 414
- Lepsius, Oliver*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 161 ff.
- Leuchten, Alexius*, Das neue Recht der Leiharbeit, NZA 2011, 608
- Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander/Eidenmüller, Horst/Wendehorst, Alexander Trunk, Prof. Dr. Horst Eidenmüller, Prof. Dr. Christiane Wendehorst/Adolff, Johannes* (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005 (zitiert: *Autor*, FS Heldrich)
- Löwisch, Manfred*, Landesrechtliche Tariftreue als Voraussetzung der Vergabe von Bau- und Verkehrsleistungen, DB 2004, 814
- ders., Unangemessene Benachteiligungen von Unternehmen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen atypischer Verträge mit arbeitsrechtlichem Bezug, in: Lorenz u.a. (Hrsg.), FS Heldrich, S. 297 ff.
- ders./Rieble, Volker, Tarifvertragsgesetz, 3. Auflage 2012
- Lübbig, Thomas/Martín-Ehlers, Andrés*, Beihilfenrecht der EU, 2. Auflage 2009 (zitiert: *Lübbig/Martín-Ehlers*, BeihilfenR)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz. Kommentar (zitiert: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*)
- Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 3: Beihilfenrecht und Vergaberecht, 2011 (zitiert: *MüKo-WettbR/Bearbeiter*, Bd. 3)
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar, 12. Auflage 2012 (zitiert: *ErfK/Bearbeiter*)
- Ölcüm, Ipek*, Die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Auftragswesen, 2009
- Pöttering, Johannes*, Neues Tariftreue- und Vergabegesetz NRW, PuR 2012, 51

- Rieble, Volker/Vielmeier, Stephan*, Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie, EuZA 2011, 474
- Rödl, Florian*, Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, EuZW 2011, 292
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Auflage 2011 (zitiert: *Sachs/Bearbeiter*)
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage 2011 (zitiert: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf/Bearbeiter*)
- Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan* (Hrsg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Auflage 2010 (zitiert: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach/Bearbeiter*)
- Schüren, Peter/Hamann, Wolfgang* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage 2010 (zitiert: *Schüren/Hamann/Bearbeiter*)
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Auflage 2012 (zitiert: *Schwarze/Bearbeiter*)
- Soltész, Ulrich*, Die Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Beihilferecht im Jahre 2011, EuZW 2012, 174
- Stober, Rolf*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Auflage 2011 (zitiert: *Stober, Allgem. WirtschaftsvR*)
- ders./Eisenmenger, Sven*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15. Auflage 2011 (zitiert: *Stober/Eisenmenger, Bes. WirtschaftsvR*)
- Streinz, Rudolf*, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012 (zitiert: *R. Streinz/Bearbeiter*)
- ders.*, Europarecht, 9. Auflage 2012 (zitiert: *R. Streinz, EuropaR*)
- Thüsing, Gregor/Granetzny, Thomas*, Noch einmal: Was folgt aus Rüffert?, NZA 2009, 183
- ders./Stiebert, Tom*, Zum Begriff »vorübergehend« in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, DB 2012, 632

Ulber, Jürgen, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2002 (zitiert: *Ulber/Bearbeiter*, 2. Aufl. [2002])

ders., Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Auflage 2011 (zitiert: *Ulber/Bearbeiter*)

Wiedmann, Ariane, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2007 (zitiert: *Wiedmann*, Soziale Vergabekriterien)

Ziekow, Jan, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage 2010 (zitiert: *Ziekow*, WirtschaftsR)

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

Band 29 Know-How-Schutz im Arbeitsrecht
9. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7