

Peter von Auer

- Rechtsanwalt -

RA Peter von Auer – Souchaystraße 3 – 60594 Frankfurt a.M.

Souchaystraße 3

60594 Frankfurt a.M.

Telefon: 0049 / 69 / 61 09 36 62

Telefax: 0049 / 69 / 61 09 36 66

Email: peter.vonauer@advocat-frankfurt.de

www.ra-vonauer.de

vA

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben.

Rechtliche Grundlagen für den Aufenthalt sowie die unselbständige und selbständige Tätigkeit rumänischer und bulgarischer Staatsangehöriger in Deutschland

I. (Voraussetzungslose) Einreise und Aufenthalt

Nach Art. 21 AEUV (ex Art. 18 EG) hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.

Konkretisiert wird Art. 21 AEUV – ebenso wie die diesbezüglichen Beschränkungen und Bedingungen – durch sekundäres Gemeinschaftsrecht, insbesondere durch die RL 2004/38/EG (= Unionsbürgerrichtlinie). Umgesetzt werden diese gemeinschaftsrechtlichen Regelungen in Deutschland durch das FreizügG/EU.

Nach § 2 Abs. 4 FreizügG/EU bedürfen Unionsbürger für die Einreise keines Visums und für den Aufenthalt keines Aufenthaltstitels.

Gemäß § 2 Abs. 5 FreizügG/EU ist für den Aufenthalt von Unionsbürgern von bis zu drei Monaten lediglich der Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses erforderlich. Mit dieser Norm wird Art. 6 der Unionsbürgerrichtlinie umgesetzt.

Das bedeutet in der Praxis: Dauert der Aufenthalt tatsächlich länger als drei Monate an, kann dies mangels behördlicher Erfassung der Einreise bzw. des Aufenthalts kaum festgestellt werden. Anderes gilt, sobald bspw. eine Anmeldung bei den Meldebehörden erfolgt oder eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht nach § 5 Abs. 1 AufenthG beantragt wird.

Für einen längeren als dreimonatigen Aufenthalt müssen weitere Voraussetzungen gegeben sein, wobei im Folgenden nur der längerfristige Aufenthalt zur Arbeitssuche, als Arbeitnehmer und Selbständiger behandelt wird.

II. Aufenthalt zur Arbeitssuche

1. Erstmalige Arbeitssuche

Das Freizügigkeitsrecht Arbeitssuchender ergibt sich aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG.

Der EuGH hat in der Rechtssache „Antonissen“ (Slg. 1991, I-745) einen Mindestzeitraum von sechs Monaten nicht beanstandet.

In der Rechtssache „Tsiotras“ (NVwZ 1993, 765) hat der EuGH ausgeführt, das Recht zur Arbeitssuche bestehe, solange im Aufnahmemitgliedstaat ernsthaft Arbeit gesucht wird und diesbezügliche Bemühungen bei objektiver Betrachtungsweise nicht aussichtslos erscheinen.

2. Arbeitssuche nach Verlust eines Arbeitsplatzes

Unfreiwillige – also nicht vom Arbeitnehmer zu vertretende – Arbeitslosigkeit führt nicht ohne Weiteres zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft:

Jedenfalls für einen Betroffenen, der zuvor eine ununterbrochene Tätigkeit von mehr als einem Jahr ausgeübt hat und sich die Arbeitslosigkeit bei der zuständigen Agentur für Arbeit die Arbeitslosigkeit bestätigen lässt, bleibt der Arbeitnehmerstatus erhalten, § 2 Abs. 3 FreizügG/EU.

Ob in § 2 Abs. 3 FreizügG/EU die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben aus Art. 7 Abs. 3 b RL 2004/38/EG, in welchem es heißt: „nach einjähriger Beschäftigung“, richtig umgesetzt sind, ist umstritten:

Dieser Wortlaut erlaubt es, auch die Zeiten mehrerer – unterbrochener – Beschäftigungen für die Jahresfrist zusammenzurechnen (vgl. HK-AuslR/Hoffmann, FreizügG/EU, § 2 Rn. 31).

III. Aufenthalt als Arbeitnehmer

1. Definition Arbeitnehmer

Arbeitnehmer ist, wer während eines bestimmten Zeitraums für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt und hierfür eine Vergütung erhält.

„Weisungsgebundenheit“ sowie das Bestehen eines „Unterordnungsverhältnisses“ grenzen die Arbeitnehmerfreizügigkeit von der Niederlassungsfreiheit sowie der aktiven Dienstleistungsfreiheit ab, die nur für selbständige Tätigkeit gelten.

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit und deren Begrenzung für Rumänen und Bulgaren

Art. 45 AEUV (ex Art. 39 EG) gewährleistet die uneingeschränkte Freizügigkeit der Arbeitnehmer.

Art. 23 der Beitrittsakte zum Vertrag zum Beitritt zur EU vom 25.04.2005 sowie deren Anhang VI und VII ermöglicht demgegenüber die Suspendierung eines ungehinderten und diskriminierungsfreien Zugangs zum Arbeitsmarkt zu Gunsten der bisherigen 15 Mitgliedstaaten in drei Phasen bis zu maximal 7 Jahren (sog. „2+2+3-Modell“).

Da die BRD hiervon in § 13 FreizügG/EU (vollumfänglich) Gebrauch gemacht hat, ist die Arbeitnehmerfreizügigkeit für Rumänen und Bulgaren bis zum 31.12.2013 außer Kraft

gesetzt. Erst ab 01.01.2014 besteht für Rumänen und Bulgaren – wie für die Staatsangehörigen jener Staaten, die mit Vertrag vom 16.04.2003 zum 01.05.2004 der EU beigetreten sind (Slowenen, Polen, Esten, Letten, Litauer, Slowaken, Slowenier, Tschechen und Ungarn) bereits ab 01.05.2011 – uneingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit.

Im Gegensatz zur BRD haben bisher 15 Mitgliedstaaten (Tschechische Republik, Estland, Litauen, Zypern, Lettland, Polen, Slowenien, Slowakei, Finnland, Schweden, Dänemark, Griechenland, Spanien, Portugal und Ungarn) den Arbeitsmarkt für bulgarische und rumänische Arbeitnehmer umfassend geöffnet.

3. Konsequenzen der Begrenzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III

Bis zum 31.12.2013 ist zur Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 SGB III erforderlich.

Diesbezügliche Antragstellung und Genehmigung erfolgt ausschließlich bei der bzw. durch die Bundesagentur für Arbeit (ab 01.05.2011 sind dies ausschließlich die dort angesiedelten Zentralen Auslands- und Fachvermittlungen, ZAV).

Ohne die Arbeitsgenehmigung stellt die Arbeitsaufnahme durch einen rumänischen oder bulgarischen Staatsangehörigen sowie dessen Beschäftigung eine Ordnungswidrigkeit nach § 404 SGB III dar, die mit Bußgeld – für den Arbeitnehmer bis zu 5.000,- € (§ 404 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 404 Abs. 3 SGB III) und für den Arbeitgeber bis zu 500.000,- € (§ 404 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 404 Abs. 3 SGB III) geahndet werden kann. Ordnungswidrig handelt auch ein Unternehmer, der einen Subunternehmer beauftragt, von dem er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass dieser zur Erfüllung des Auftrags Arbeitnehmer ohne Arbeitsgenehmigung beschäftigt (bis zu 500.000,- € Bußgeld, § 404 Abs. 1, 3 SGB III).

b) Unbeschränkte Arbeitsmarktzulassung nach § 12 a) Abs. 1, 4 ArGV

Über § 12 a) Abs. 1 und 4 ArGV (= Arbeitsgenehmigungsverordnung) kann eine unbeschränkte „Arbeitnehmerfreizügigkeit“ (in Deutschland, nicht in anderen EU-Mitgliedstaaten!) nach einem ununterbrochenen Zeitraum von mindestens 12 Monaten, in welchem ein bulgarischer oder rumänischer Arbeitnehmer zum deutschen Arbeitsmarkt zugelassen war, erreicht werden. Es ist unter genannten Voraussetzungen eine unbeschränkte Arbeitsmarktzulassung zu erteilen.

Die unbeschränkte Arbeitsmarktzulassung erlischt nach § 12 a) Abs. 3 ArGV, wenn der Inhaber aus einem seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Grunde ausreist oder eine erteilte Aufenthaltserlaubnis-EG erlischt oder aufgehoben wird. Anders als im Rahmen des für Drittstaater geltenden § 51 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG bei welchem bereits die Umstände bei Ausreise auf einen nicht nur vorübergehenden Grund schließen lassen können, ohne dass es auf ein bestimmte Dauer des Aufenthalts im Ausland ankommt (bspw. Aufgabe von Arbeitsstelle und Wohnsitz, Abmeldung), ist i.R.d. § 12 a) Abs. 3 ArGV eine tatsächliche Abwesenheit von sechs Monaten erforderlich (str., vgl. Hailbronner, FreizügG/EU, § 13, Rn. 17).

Werkvertragsarbeitnehmer (siehe hierzu unten, III. 3. e) können keine unbeschränkte Arbeitsmarktzulassung nach § 12 a) Abs. 3 ArGV erwerben.

c) Vorrangprüfung / Grundsatz der Gemeinschaftspräferenz

Die Bundesagentur für Arbeit nimmt bei der Prüfung zur Zulassung zum Arbeitsmarkt rumänischer und bulgarischer Staatsangehöriger nach § 284 SGB III eine Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 2 AufenthG vor, d.h., Deutsche und uneingeschränkt freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger werden gegenüber Rumänen und Bulgaren bevorzugt.

Rumänische und bulgarische Staatsangehörige werden aber nicht mit Drittstaaten gleichgestellt, sondern nach dem Grundsatz der sog. *Gemeinschaftspräferenz*, der in § 39 Abs. 6 S. 2 AufenthG diesen gegenüber bevorzugt.

d) Zulassung von Fachkräften mit Hochschulabschluss / qualifizierter Arbeitnehmer

Fachkräfte mit Hochschulabschluss oder einer vergleichbaren Qualifikation unterliegen für eine ihrer Qualifikation entsprechenden Beschäftigung nach § 12 b) ArgV keiner Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG. Es findet lediglich eine Prüfung statt, ob die Arbeitsbedingungen nicht ungünstiger sind, als jene vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer, § 39 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG.

Qualifizierte rumänische und bulgarische Arbeitnehmer, d.h. solche, die eine mindestens 3-jährige Berufsausbildung absolviert haben (§ 25 S. 2 BeschV), genießen nach § 39 Abs. 6 S. 1 AufenthG eine Privilegierung insoweit, als die Zustimmung zu jeder qualifizierten Beschäftigung möglich ist, der einschränkende Katalog der §§ 25 ff. BeschV also nicht zur Anwendung kommt.

e) Zulassung unqualifizierter Arbeitnehmer nach §§ 17 ff. Beschäftigungsverfahrensverordnung

Es wird vertreten, dass § 39 Abs. 6 S. 1 AufenthG gemeinschaftsrechtskonform dahingehend auszulegen ist, dass die Norm auch auf unqualifizierte Arbeitnehmer anzuwenden ist:

Argumentiert wird mit § 34 BeschV, wonach Staatsangehörigen bestimmter Staaten (Andora, Australien, Israel, Japan, Kanada, Monaco, Neuseeland, San Marino, USA) die Zustimmung zu jeder – auch zu unqualifizierter – Beschäftigung erteilt werden kann.

Eine Besserstellung dieser Drittstaaten gegenüber den neuen Unionsbürgern stelle aber einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gemeinschaftspräferenz dar (siehe oben, III. 3. c) (vgl. Röseler in: Renner, AuslR, AufenthG, § 39 Rn. 27; HK AuslR/Stiegeler, AufenthG, § 39 Rn. 25).

In der Praxis erfolgt die Zustimmung unqualifizierter rumänischer und bulgarischer Staatsangehöriger indessen nach dem – eingeschränkten – Katalog der §§ 17 ff. BeschV.

Von Bedeutung sind vorwiegend wohl folgende Bestimmungen der BeschV, die eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zu einer Beschäftigung ermöglichen, sofern jeweils eine Absprache der Bundesagentur für Arbeit mit der Arbeitsverwaltung des Herkunftslandes über die Vermittlung besteht:

§ 18 BeschV: Saisonbeschäftigungen in Land- u. Forstwirtschaft, im Hotel- u. Gaststättengewerbe, in der Obst- u. Gemüseverarbeitung sowie in Sägewerken (Absprachen bestehen zurzeit mit Bulgarien und Rumänien, Polen, der Slowakischen Republik, Slowenien, Ungarn, der Tschechischen Republik aber auch mit dem Drittstaat Kroatien).

Weitere Voraussetzungen der Zustimmung sind eine mindestens 30-stündige wöchentliche Arbeitszeit bei durchschnittlich mindestens 6 Stunden arbeitstäglich.

Die Zustimmung kann für maximal sechs Monate im Kalenderjahr erteilt werden.

Ein Betrieb darf Saisonbeschäftigte maximal acht Monate im Kalenderjahr beschäftigen.

Die Zahl rumänischer Saisonarbeitskräfte steigt kontinuierlich (2007: 56.893; 2008; 76.534; 2009: 93.362).

§ 21 BeschV: Beschäftigung von (*nichtqualifizierten*) Haushaltshilfen (= hauswirtschaftliche Arbeit und pflegerische Alltagshilfen in Haushalten mit Pflegebedürftigen)

Auch hier bestehen die erforderlichen Absprachen der Bundesagentur für Arbeit mit den Arbeitsverwaltungen Rumäniens und Bulgariens.

Die Zustimmung kann für drei Jahre erteilt werden. Innerhalb dieses Zeitraums kann die Zustimmung zum Wechsel des Arbeitgebers erteilt werden.

Für eine erneute Beschäftigung nach erfolgter Ausreise darf eine erneute Zustimmung erst erteilt werden, wenn sich die betreffende Person nach der Ausreise mindestens so lange im Ausland aufgehalten hat, wie sie im Inland beschäftigt war.

Arbeitgeber sind hier private Haushalte mit Personen, für die erhöhter Betreuungsbedarf besteht und pflegebedürftige Personen (Pflegestufe 0-III oder blinde Person)

Umfasst sind bspw. folgende Tätigkeiten:

- hauswirtschaftliche Tätigkeiten (Kochen, Putzen etc.)
- Hilfeleistung bei Nahrungsaufnahme

Die Ausübung pflegerischer Tätigkeit ist nicht erlaubt, diese ist *qualifizierten* Pflegekräften nach § 30 BeschV vorbehalten.

Die Zulassung von Haushaltshilfen i.S.d. § 21 BeschV nach Herkunftsländern verteilte sich nach einer Statistik der BA im Jahr 2008 wie folgt:

74 % Polen
 9 % Rumänien
 9 % Ungarn
 4 % Bulgarien
 3 % Slowakei
 1 % Tschechien

Eine Vermittlungsabsprache nach **§ 30 BeschV** für die Beschäftigung (qualifizierter) **Pflegekräfte** besteht derzeit nur mit dem Drittstaat Kroatien.

Pflegfachpersonal aus Rumänien oder Bulgarien, dessen Beschäftigung eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, kann aber nach § 39 Abs. 6 AufenthG in Verbindung mit § 284

SGB III, ohne das Erfordernis einer Vermittlungsabsprache, zum deutschen Arbeitsmarkt zugelassen werden (siehe oben).

§ 39 **BeschV** regelt die Zustimmung für sog. *Werkvertragsarbeitnehmer*.

Grundlage für die Zulassung ausländischer Werkvertragsarbeitnehmer sind von der Bundesrepublik Deutschland mit mittel- und osteuropäischen Staaten sowie der Türkei geschlossene bilaterale Vereinbarungen über die Entsendung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ausländischer Unternehmen auf der Grundlage von Werkverträgen.

Von diesen Vereinbarungen werden – neben rumänischen und bulgarischen Arbeitnehmern – Staatsangehörige der nachfolgenden Staaten erfasst:

Bosnien-Herzegowina, Kosovo, Kroatien, Lettland, Mazedonien, Polen, Serbien, Montenegro, Slowakische Republik, Slowenien, Tschechische Republik, Türkei und Ungarn.

Werkvertragsabkommen sind Kontingentvereinbarungen, so dass eine Arbeitsmarktprüfung nicht stattfindet. Sie enthalten aber Schutzklauseln, die eine Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern verbietet, wenn in dem Betrieb des deutschen Werkvertragspartners Arbeitnehmer entlassen werden oder Kurzarbeit droht. Auch ist die Beschäftigung von Werkvertragsarbeitnehmern in Arbeitsagenturbezirken ausgeschlossen, in welchen in den letzten sechs Monaten durchschnittlich eine Arbeitslosenquote von über 30 % bestand.

Die Zustimmung für Werkvertragsarbeitnehmer kann nach § 39 Abs. 1 **BeschV** regelmäßig für längstens zwei Jahre erteilt werden. Ausnahme: Es steht von vornherein fest, dass die Ausführung des Werkvertrages länger dauert, dann ist die Zustimmung für die Höchstdauer von drei Jahren möglich.

Arbeitnehmern in leitender Position oder Verwaltungspersonal (bspw. Techniker, Bauleiter) kann die Zustimmung für eine Höchstdauer von vier Jahren erteilt werden, § 39 Abs. 2 **BeschV**.

Nach Ablauf der vorgesehenen Dauer der Beschäftigung als Werkvertragsarbeitnehmer darf eine neue Zustimmung nur erteilt werden, wenn der Zeitraum zwischen Ausreise und erneuter Einreise nicht kürzer ist, als die Gesamtgeltungsdauer der Arbeitsgenehmigung. Der Zeitraum wird auf maximal zwei Jahre begrenzt. Bei einer Tätigkeit von nicht mehr als neun Monaten beträgt er höchstens drei Monate.

Bedeutung haben die Werkvertragsarbeitnehmerabkommen in Bezug auf die neuen EU-Mitgliedstaaten vor allem in jenen Bereichen, in welchen die Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt ist, vor allem im Baugewerbe (siehe hierzu unten, V.).

2009 waren in der BRD insgesamt 16.209 Werkvertragsarbeitnehmer beschäftigt. 13,7 % oder 2.220 hiervon waren rumänische und bulgarische Staatsangehörige. Aus Rumänien kamen hiervon 1.934 Werkvertragsarbeitnehmer, aus Bulgarien 286.

IV. Aufenthalt zur selbständigen Tätigkeit im Rahmen der Niederlassungsfreiheit

Niederlassungsfreiheit meint die tatsächliche Ausführung einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat.

Erfasst ist – in Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit – nur die selbständige, also weisungsunabhängige Tätigkeit, bei der das wirtschaftliche Risiko getragen wird.

Eine vollzeitbeschäftigte Haushaltshilfe bspw., die in einem deutschen Haushalt wohnt, und nach den Weisungen der Angehörigen oder des Pflegebedürftigen arbeitet, ist nicht selbständig tätig und somit arbeitsgenehmigungspflichtig.

Das Merkmal der „festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat“ sowie die „auf Dauer angelegte Tätigkeit“ grenzt die Niederlassungsfreiheit von der aktiven Dienstleistungsfreiheit ab.

Die Niederlassungsfreiheit gilt für rumänische und bulgarische Staatsangehörige uneingeschränkt.

Wird von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht, müssen die nationalen gewerberechtlichen, steuerrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Erfordernisse beachtet werden.

V. Aufenthalt zur selbständigen Tätigkeit im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit wird in Art. 57 AEUV (ex Art. 49 EG) negativ zur Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit definiert.

Danach sind Dienstleistungen im Sinne der Verträge sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Die Dienstleistungsfreiheit schließt das Recht von Unternehmen ein, im Ausland durchzuführende Aufgaben durch eigenes Personal im Wege der Entsendung zu erledigen.

(Nur) Österreich und Deutschland haben sich bezüglich der aktiven Dienstleistungsfreiheit eine Übergangsfrist einräumen lassen, welche die Entsendung von Arbeitnehmern durch in Bulgarien /Rumänien ansässige Unternehmen betrifft.

Danach darf in Deutschland in folgenden Branchen keine Entsendung von Arbeitnehmern stattfinden:

- Bauhaupt- und Nebengewerbe
- Gebäudereinigung
- Innendekoration.

„Ein-Mann-Firmen“ – bei denen also keine Entsendung von Arbeitnehmern stattfindet – dürfen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in diesen Bereichen tätig werden.

Die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch Entsendung in anderen Bereichen ist denkbar. Bspw. können rumänische und bulgarische Pflegedienste Mitarbeiter zur Versorgung von Pflegebedürftigen in Deutschland entsenden.

Wird von der Dienstleistungsfreiheit durch Entsendung Gebrauch gemacht, ist der rumänische bzw. bulgarische Arbeitgeber an die Vorschriften des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) (für den beispielhaft genannten Pflegebereich siehe §§ 10 ff. AEntG) gebunden.

Durch das AEntG finden bspw. in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltene Regelungen über Mindestentgeltsätze einschließlich Überstundensätze sowie den bezahlten Mindestjahresurlaub Anwendung auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem in Rumänien / Bulgarien ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern, § 2 AEntG.

VI. Problematik der „Scheinselbständigkeit“

Auf Grund der eingeschränkten Möglichkeiten der unselbständigen Beschäftigung (siehe oben, III.2.) wagen viele rumänische und bulgarische Staatsangehörige den Weg in die Selbständigkeit, um so insbesondere von der uneingeschränkten Niederlassungserlaubnis (siehe oben, IV.) Gebrauch machen zu können.

In vielen Fällen wird es sich hier um „Scheinselbständige“ handeln.

Auf der Seite der Arbeitgeber steht der „Scheinselbständigkeit“ hier die „Flucht aus dem Arbeitsrecht“, also die Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften (Unfallschutz, Sozialversicherungsabgaben, Mutterschutz etc.) gegenüber.

In der Schrift „Scheinselbständigkeit“ des Themendienstes der IG Bauen-Agrar-Umwelt vom Juni 2005 wird darauf hingewiesen, dass dieses Problem insbesondere in den Bereichen besteht, in welchen die Arbeitnehmerentsendung unzulässig ist (vgl. oben, V.):

„Die seit Mai 2004 auch für Unternehmen aus den EU-Beitrittsländern geltende Niederlassungsfreiheit dient oft dazu, mit Scheinselbständigen die für den Baubereich und die Gebäudereinigung in der Übergangszeit festgelegte Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu umgehen.“

Folgende „Boom“-Zahlen werden dort genannt:

- Fliesenlegerbetriebe: plus 106 %
- Gebäudereinigerbetriebe: plus 91,2 %
- Parkettleger: plus 65,1 %
- Estrichleger: plus 56,4 %

„Scheinselbständigkeit“ von echter Selbständigkeit abzugrenzen ist indessen nicht immer einfach.

Dass keine Arbeitnehmer von einem Gewerbetreibenden beschäftigt werden, muss ebenso wenig wie die Tatsache, dass bei selbständiger Beschäftigung geringerer sozialer Schutz besteht, zwangsläufig auf „Scheinselbständigkeit“ schließen lassen.

Dies mögen folgende Zitate aus dem Grünbuch der Europäischen Kommission „Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts“ vom 22.11.2006 verdeutlichen (S. 9 und 12):

„In vielen Fällen spiegelt sich die freie Entscheidung wider, selbständig zu arbeiten bei geringerem sozialem Schutz im Austausch gegen eine unmittelbare Kontrolle über die Beschäftigungsbedingungen und das Arbeitseinkommen. 2005 gab es in der EU-25 mehr als 31 Millionen Selbständige, das sind 15 % aller Erwerbstätigen. Die allein Selbständigen, die keine Arbeitnehmer beschäftigen, machen zehn Prozent aller Erwerbstätigen in der EU-25 aus. Auch wenn die Landwirtschaft und der Einzelhandel daran nach wie vor großen Anteil haben, gewinnt das Phänomen auch im Baugewerbe und bei den persönlichen Dienstleistungen stetig an Bedeutung, bedingt durch die Praxis des Outsourcing, der Untervergabe und der projektbasierten Arbeit.“

Auf S. 12 des Grünbuchs heißt es weiter:

„Die herkömmliche Unterscheidung zwischen abhängigen „Beschäftigten“ und nicht abhängigen „Selbständigen“ spiegelt die wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten der Arbeitswelt nicht mehr angemessen wider. Diskussionen über die Rechtsnatur eines Beschäftigungsverhältnisses können aufkommen, wo es entweder verschleiert ist oder wo echte Schwierigkeiten beim Versuch auftreten, neue und dynamische Arbeitsregelungen in den Rahmen traditioneller Beschäftigungsverhältnisse einzufügen.“

Verschleierte Beschäftigung ist dann gegeben, wenn eine abhängig beschäftigte Person nicht wie ein Arbeitnehmer behandelt wird, um so ihren wahren Rechtsstatus zu verschleiern und Kosten, beispielsweise Steuern oder Sozialbeiträge, zu sparen. Diese illegale Praxis kann sich zivil- oder handelsrechtlicher Vereinbarungen bedienen.“

Auch das Problem der „wirtschaftlichen Abhängigkeit“ von einem Arbeitgeber wird in dem Grünbuch angesprochen:

„Der Begriff der „wirtschaftlich abhängigen Arbeit“ deckt Situationen ab, die zwischen den beiden herkömmlichen Begriffen der abhängigen Erwerbstätigkeit und der selbstständigen Erwerbstätigkeit stehen. Die betreffenden Personen haben keinen Arbeitsvertrag. Unter Umständen sind sie nicht durch das Arbeitsrecht gedeckt, da sie sich in einer „Grauzone“ zwischen Arbeitsrecht und Handelsrecht bewegen. Wenn auch formal „selbstständig“, sind sie doch von einem einzigen Hauptkunden/Arbeitgeber als Einkommensquelle wirtschaftlich abhängig.“

Ein Problem, welches sich für MIGRAR als gewerkschaftlicher – also auf Arbeitnehmersolidarität basierender - Anlaufstelle hier darstellt, könnte darin liegen, inwieweit die Bereitschaft besteht, Betroffenen in derartigen „Grauzonen“ gewerkschaftlichen Rechtsschutz zukommen zu lassen.

Möglicherweise vermag hier der Begriff der „arbeitnehmerähnlichen Person“ einen Lösungsansatz zu bieten, die etwa als Arbeitnehmer i.S.d. Arbeitsgerichtsgesetzes sowie des Tarifvertragsgesetzes gelten (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG; § 12 a) TVG) und für die nach § 2 S. 2 Bundesurlaubsgesetz die dortigen Regelungen über Mindesturlaub gelten.

VII. Aufenthaltsbeendigung

Eine Aufenthaltsbeendigung von rumänischen und ungarischen Staatsangehörigen kann nur nach § 5 Abs. 5 sowie nach den §§ 6-7 FreizügG/EU erfolgen. Die Voraussetzungen hierfür sind weitaus höher, als für eine Ausweisung nach den §§ 53 ff. AufenthG.

Nach § 5 Abs. 5 AufenthG kann der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt und die Bescheinigung hierüber eingezogen werden.

§ 6 FreizügG/EU betrifft den Verlust des Freizügigkeitsrechts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Peter von Auer
Rechtsanwalt