

**Verfassungs- und unionsrechtliche Grenzen
für ein Direktanstellungsgebot
in der plattformbasierten Essenslieferbranche**

Rechtsgutachten

im Auftrag der

yd.yourdelivery GmbH

von

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Berlin

Stand: 19. Juni 2026

Inhaltsverzeichnis

<i>I. Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens</i>	<i>1</i>
<i>II. Regelungsszenarien eines Direktanstellungsgebots</i>	<i>2</i>
<i>III. Verfassungsrechtliche Grenzen für ein Direktanstellungsgebot</i>	<i>3</i>
1. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	3
a) Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit	3
b) Rechtfertigung	4
aa) Rechtfertigungsmaßstab	5
bb) Verhältnismäßigkeit	6
c) Ergebnis zur Berufsfreiheit	12
2. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	12
3. Zwischenfazit	14
<i>IV. Unionsrechtliche Grenzen für ein Direktanstellungsgebot</i>	<i>14</i>
1. Leiharbeitsrichtlinie	15
a) Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG als Regelungsgrenze für das nationale Recht	15
b) Rechtfertigung durch den Schutz des Allgemeininteresses	16
c) Zwischenergebnis	18
2. Entsenderichtlinie	18
3. Dienstleistungsrichtlinie	18
4. Dienstleistungsfreiheit	19
5. Arbeitnehmerfreizügigkeit	20
6. Kartellrecht	21
7. Zwischenfazit	22
<i>V. Fazit</i>	<i>23</i>

I. Anlass und Gegenstand des Rechtsgutachtens^{1*}

Plattformbasierte Essenslieferdienste haben sich in den vergangenen Jahren zu einem bedeutenden Wirtschaftszweig entwickelt. Sie bieten Verbrauchern flexible Versorgungsleistungen und haben zugleich eine erhebliche Zahl von hoch- und niedrigqualifizierten Erwerbstätigen in Beschäftigung gebracht. Die in der Branche verbreiteten Subunternehmermodelle bei der Warenauslieferung entsprechen dabei einem in vielen Wirtschaftssektoren, aber gerade auch in der Transportwirtschaft etablierten Prinzip der arbeitsteiligen Leistungserbringung. Solche Modelle gewährleisten unternehmerische Flexibilität und eröffnen vielfach überhaupt erst den Marktzugang in der Fläche. Jedoch sind gerade diese Branchenstrukturen vor dem Hintergrund von Berichten über die Arbeits- und Lebensbedingungen von Kurierfahrern² in jüngster Zeit zum Gegenstand einer intensiven politischen Debatte geworden. Konkret geht es um die Regelung eines Direktanstellungsgebots, das den Unternehmen verwehren würde, auf Beschäftigte von Personal- und Logistikdienstleistern auf werkvertraglicher oder leiharbeitsrechtlicher Basis zurückzugreifen. Eine entsprechende Regelung ist nach mancher Ansicht „geboten, um Arbeitsrecht zur Geltung zu verhelfen und einen rechtsfreien Raum in der Lieferbranche zu verhindern“.³

Die Forderungen nach einem Direktanstellungsgebot werden zunehmend auch im politischen Raum erhoben: So haben die Arbeits- und Sozialminister der Länder im November 2025 auf ihrer Konferenz in München mit großer Mehrheit für den Berliner Antrag votiert, Essenslieferdienste gesetzlich zur unmittelbaren Anstellung ihrer Kurierfahrer zu verpflichten.⁴ Bundesarbeitsministerin *Bärbel Bas* (SPD) hat daraufhin angekündigt, die Einführung eines entsprechenden Direktanstellungsgebots prüfen zu lassen.⁵ Denkbar erscheint ein gesetzgeberisches Tätigwerden im Zug der Umsetzung der EU-Richtlinie über Plattformarbeit⁶, die in ihrem Art. 3 für die bei „Vermittlern“ angestellten

^{1*} Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 19.6.2026.

² Vgl. etwa *Agarwala/Baurmann*, „Ich sage allen: Macht nicht den Fehler, nach Deutschland zu kommen“, DIE ZEIT Nr. 18/2026.

³ So etwa *Dr. Ernesto Klengel*, Direktor des Hugo-Sinzheimer-Instituts, Pressemitteilung der Hans-Böckler-Stiftung vom 3. Dezember 2025 (abrufbar unter <https://www.openpr.de/news/1297958/Verbot-von-Subunternehmen-bei-Essenslieferdiensten-rechtlich-moeglich-wissenschaftlicher-Rechercheservice-idw.html>).

⁴ Ergebnisprotokoll der 102. Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) vom 26./27. November 2025, München, TOP 6.25, S. 82 (abrufbar unter <https://www.asmkonline.de/documents/externes-ergebnisprotokoll-der-102.-asmk-2025.pdf>). Hilfsweise wird die Übertragung des Paketboten-Schutz-Gesetzes mit seiner Nachunternehmerhaftung angeregt.

⁵ Vgl. rbb, „Bundesarbeitsministerin Bärbel Bas will Subunternehmerverbot für Essenslieferdienste wie UberEats, Wolt und Lieferando“ (abrufbar unter: www.presseportal.de/pm/51580/6170177).

⁶ Richtlinie (EU) 2024/2831 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit (im Folgenden: Plattform-RL).

Plattformbeschäftigten den gleichen Schutz wie für die unmittelbar bei der auftraggebenden Plattform tätigen Beschäftigten vorsieht. Auf Antrag der Fraktion DIE LINKE hat sich der Bundestag im Januar 2026 bereits mit einem möglichen Direktanstellungsgebot in der Essenslieferbranche befasst.⁷

Die rechtspolitischen Forderungen nach einer solchen Regelung stützen sich auf ein bislang vereinzelt gebliebenes Vorbild: Für den Kernbereich der Fleischbranche führte das Arbeitsschutzkontrollgesetz vom 22. Dezember 2020 durch § 6a GSA Fleisch ein Direktanstellungsgebot ein. Vorausgegangen war eine längere Diskussion über die Arbeitsbedingungen in dieser Branche. Unmittelbarer Anlass waren jedoch Berichte über Infektionswellen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in Belegschaften dieses Wirtschaftszweigs.⁸ Die verfassungs- und unionsrechtliche Zulässigkeit des § 6a GSA Fleisch war von Anfang an umstritten.⁹ Ein Teil dieser Regelung war kürzlich Gegenstand eines Beschlusses, in dem das BVerfG erstmals in der Hauptsache entschied. Die Verfassungsbeschwerde eines auf Schweinkopfzerlegung spezialisierten Unternehmens und seines Inhabers gegen das Werkvertragsverbot blieb erfolglos.¹⁰ Dies hat den Forderungen nach Einführung eines Direktanstellungsgebots auch in anderen Branchen, nicht zuletzt in der Essenslieferwirtschaft, zusätzlichen Auftrieb gegeben.¹¹

Dieses Gutachten untersucht die verfassungs- und unionsrechtliche Zulässigkeit eines entsprechenden Regelungsvorhabens. Dabei gilt der aktuellen BVerfG-Entscheidung zu § 6a GSA Fleisch besonderes Augenmerk. Der Beschluss des Ersten Senats vom 27.1.2026 soll nicht nur kritisch analysiert werden, sondern vor allem daraufhin überprüft werden, ob und inwieweit seine Aussagen auf die Essenslieferbranche übertragbar sind.

II. Regelungsszenarien eines Direktanstellungsgebots

In der öffentlich zugänglichen Diskussion über ein mögliches Direktanstellungsgebot in der plattformbasierten Essenslieferbranche geht es bislang im Wesentlichen um das

⁷ Vgl. den Antrag „Beschäftigte plattformgebundener Essenslieferdienste vor Ausbeutung schützen – Intransparente Subunternehmerketten untersagen“, BT-Drucksache 21/3831.

⁸ Vgl. dazu die Gesetzesbegründung, BT-Drucksache 19/21978, S. 20.

⁹ *Boemke et al.*, NZA 2020, 1160, 1161 ff.; *Thüsing/Mantsch*, NZA 2024, 584, 586 f.; *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 375 ff.; *Thüsing*, in: BeckOR ArbR, § 1 GSA Fleisch Rn. 9 ff.; für Verfassungskonformität hingegen *Cremer/Deinert*, Das Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, 2023, S. 24 ff.; für Verfassungs- und Unionsrechtskonformität *Ruppert*, Das Werkvertragsverbot in der Fleischwirtschaft, 2025, S. 127 ff., 273 ff.

¹⁰ BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 (juris). Zuvor erhobene Verfassungsbeschwerden waren bereits auf prozessualer Ebene gescheitert (vgl. BVerfG 1.6.2022 – 1 BvR 2888/20 u.a., NZA 2022, 1045), und auch Eilanträge waren erfolglos geblieben (vgl. BVerfG 29.12.2020 – 1 BvQ 152/20, NZA 2021, 120).

¹¹ Vgl. etwa *Kocher*, Ein neues arbeitsrechtliches Regelungsinstrument, Verfassungsblog vom 23.4.2026 (<https://verfassungsblog.de/direktanstellungsgebot-bverfg/>).

grundsätzliche Für und Wider, aber noch nicht um konkrete Regelungsinhalte. Ein Direktanstellungsgebot ist in unterschiedlicher Reichweite und damit zugleich in abgestufter Eingriffsintensität denkbar: Besonders weitgehend wäre eine Regelung, die jede Form des Einsatzes von Fremdpersonal untersagt, also sowohl werkvertragliche Gestaltungen als auch die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern. Darüber hinaus sind flankierende organisationsrechtliche Vorgaben zur Unternehmensleitung und zur Kooperation von Unternehmen denkbar.

Entsprechende Regelungsinhalte ergeben sich aus § 6a GSA Fleisch. Es liegt nahe, dass sich der Gesetzgeber an dem dort geregelten Direktanstellungsgebot orientieren würde. Danach müssen Unternehmen Schlachtung, Zerlegung und Fleischverarbeitung durch eigene Arbeitnehmer durchführen lassen. Zum einen wurde der Einsatz von Leiharbeitnehmern schrittweise eingeschränkt. Seit 1. April 2024 gilt insoweit ein vollständiges Verbot. Zum anderen ist bereits seit Anfang 2021 die Fremdvergabe an Subunternehmer auf werkvertraglicher Basis untersagt. Damit geht die Regelung für die Fleischbranche erheblich über § 1b AÜG hinaus, der sich für die Bauwirtschaft auf ein Verbot der Leiharbeit beschränkt, den Einsatz von Subunternehmern aber unberührt lässt. Ergänzend verbietet § 6a Abs. 1 S. 2 GSA Fleisch die gemeinsame Führung eines Betriebes durch mehrere Unternehmen und stellt damit die alleinige Inhaberschaft sicher.

Gegenstand der folgenden verfassungs- und unionsrechtlichen Prüfung ist in erster Linie ein Regelungsszenario, das der Situation in der Fleischbranche nachgebildet ist. Zugleich soll aber erörtert werden, ob die Bewertung für abweichende Ausgestaltungen anders ausfällt.

III. Verfassungsrechtliche Grenzen für ein Direktanstellungsgebot

Der Schwerpunkt der verfassungsrechtlichen Prüfung liegt auf der Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots mit der Berufsfreiheit. Wegen der Beschränkung auf einzelne Branchen kommt zusätzlich ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz in Betracht.

1. Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

a) Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit

Das BVerfG versteht die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG als einheitliches Grundrecht, das Wahl und Ausübung des Berufs schützt.¹² Zum Schutzbereich gehört nicht zuletzt die Unternehmensfreiheit. Sie betrifft die Gründung und Führung von Unternehmen, was es einschließt, die unternehmerische Berufstätigkeit organisatorisch und vertraglich zu gestalten.¹³ Zu den zentralen unternehmerischen Entscheidungen gehört die Frage, welche

¹² Zuletzt etwa BVerfG 23.9.2025 – 1 BvR 1796/23, NJW 2025, 3484 Rn. 103; BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 102.

¹³ BVerfG 23.3.2022 – 1 BvR 1187/17, BVerfGE 161, 63 Rn. 43 m.w.N.

Leistungen mit eigenen Kräften erbracht werden und welche bei Dritten eingekauft werden sollen („make or buy“).¹⁴ Soweit die Vertragsfreiheit die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen betrifft, sieht die jüngere Rechtsprechung sie ebenfalls von Art. 12 Abs. 1 GG umfasst, der insoweit die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG verdrängt.¹⁵

Art. 12 Abs. 1 GG schützt vor allen denkbaren Arten von Grundrechtseingriffen. Insbesondere ist das Grundrecht in seiner Reichweite nicht auf unmittelbare und finale Eingriffe beschränkt.¹⁶ Das BVerfG setzt nur voraus, dass es nicht lediglich um die „allgemeine Möglichkeit der Beeinträchtigung eines nicht näher bestimmbar Personenkreises“ geht: „Vielmehr muss sich konkret feststellen lassen, wer von den Auswirkungen der Norm selbst oder ihrer Anwendung unmittelbar in seiner Berufsfreiheit betroffen wird.“¹⁷ Was ein mögliches Direktanstellungsgebot in der Essenslieferbranche angeht, ist zwischen verschiedenen Gruppen von Unternehmern zu unterscheiden:

Anbieter von Essenslieferungen sind in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG betroffen, wenn sie in der personalwirtschaftlichen Entscheidung beschränkt werden, für bestimmte Tätigkeiten Fremdpersonal einzusetzen. Sie können nicht mehr die Entscheidung „make or buy“ treffen, sondern werden von vornherein auf „make“ zurückgeworfen.¹⁸ Entsprechend hat auch das BVerfG in seinem Beschluss zum GSA Fleisch vom 27. Januar 2026 die unmittelbare Eingriffswirkung des Verbots bejaht, Beschäftigte auf werkvertraglicher Basis heranzuziehen.¹⁹

Nicht Gegenstand des BVerfG-Beschlusses war die Eingriffswirkung gegenüber Subunternehmen und Personaldienstleistern. Insoweit ist eine noch einmal erheblich gesteigerte Eingriffsintensität festzustellen. Wenn sich solche Unternehmen auf die jeweilige Branche spezialisiert haben, kommt ein sektorales Direktanstellungsgebot einem vollständigen Berufsverbot gleich.²⁰

¹⁴ Hierzu *Greiner*, Direktanstellungsgebot und Tariferstreckung in der PEK-Branche, Rechtsgutachten vom Januar 2024 im Auftrag des Bundesverbandes Paket und Expresslogistik e. V. (im Folgenden: BIEK-Gutachten), S. 11; *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 376 ff.

¹⁵ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 221; BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 102; anders aber BVerfG 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 261, 270; BVerfG 19.5.1992 – 1 BvR 126/85, BVerfGE 86, 122, 130.

¹⁶ *Remmert*, in *Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Stand: 109. Ergänzungslieferung Januar 2026, Art. 12 Rn. 121 f.

¹⁷ BVerfG 11.10.1977 – 1 BvR 434/73 u.a., BVerfGE 47, 1, 21.

¹⁸ *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 377 f.; eingehend auch *Greiner*, BIEK-Gutachten, S. 11 ff.

¹⁹ BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 103.

²⁰ *Greiner*, NZA 2026, 733, 734 ff.; *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 376.

b) Rechtfertigung

Für die Verfassungsmäßigkeit eines Direktanstellungsgebots kommt es damit auf die Rechtfertigung an.

aa) Rechtfertigungsmaßstab

Je nach Eingriffsintensität hat das BVerfG im Rahmen der sog. Drei-Stufen-Theorie differenzierte Anforderungen für die Rechtfertigung entwickelt.²¹ Auf der ersten Stufe stehen Berufsausübungsregeln, mit denen der Gesetzgeber die Art und Weise der Berufstätigkeit bestimmt. Sie sind bereits rechtfertigungsfähig, wenn sie aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheinen.²² Die zweite Stufe bilden subjektive Berufswahlregeln. Hier stellt der Gesetzgeber auf persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten ab, welche die Betroffenen etwa durch den Erwerb von Abschlüssen beeinflussen können. Eine Rechtfertigung kommt nur in Betracht, wenn es um den Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts geht, das gegenüber der Freiheit des Einzelnen vorrangig ist.²³ Auf der dritten Stufe sind objektive Berufswahlregelungen angesiedelt. Sie liegen nicht in der Person der Betroffenen begründet und können von diesen nicht beeinflusst werden. In diesen Fällen kommt eine Rechtfertigung nur zur Abwehr einer nachweislichen oder höchstwahrscheinlichen Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut in Betracht.²⁴

Auf den ersten Blick betreffen Direktanstellungsgebote lediglich die Art und Weise der Berufstätigkeit, weil sie bei formaler Betrachtung nicht die Wahl eines Berufs betreffen. In dem aktuellen Beschluss zum GSA Fleisch hat das BVerfG im Verbot des Einsatzes von Arbeitskräften aufgrund von Werkverträgen lediglich die Berufsausübungsfreiheit der beschwerdeführenden Unternehmerin betroffen gesehen, weil es nur um „personalorganisatorische Vorgaben zur Art und Weise der Ausübung ihrer Berufstätigkeit von mittlerem Gewicht“ gehe.²⁵ Eine solche Betrachtungsweise verkennt die Intensität des Eingriffs. Anders als herkömmliche arbeitsrechtliche Regelungen etwa zum Arbeitnehmerschutz betrifft ein Direktanstellungsgebot nicht nur das Wie des Einsatzes eigener Arbeitskräfte. Vielmehr geht es um die Frage, auf welchen Feldern ein Unternehmen überhaupt tätig sein soll. Nicht überzeugend ist der Einwand, die Berufswahl beziehe sich „auf das betreffende Berufsbild und nicht auf die arbeitnehmerlose Leistungserbringung“.²⁶ Diese

²¹ Grundlegend BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 405 ff.

²² BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 405 f.

²³ BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 407.

²⁴ BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377, 408.

²⁵ BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 137.

²⁶ So aber *Kärcher/Walser*, Durchsetzung von Arbeitsrecht – das Arbeitsschutzkontrollgesetz als Modell?, 2025, S. 130.

Argumentation erkennt, dass die unternehmerische Tätigkeit als solche das relevante Berufsbild ist, ohne dass es auf die Kundenperspektive der Leistungsempfänger ankäme. Es ist daher der Zuschnitt der unternehmerischen Tätigkeit betroffen, weshalb der Eingriff die Qualität einer Berufswahlregelung erreicht.²⁷

Noch deutlicher wird dies mit Blick auf die Subunternehmer und Personaldienstleister, deren Situation nicht Gegenstand des BVerfG-Beschlusses gewesen ist. Ein sektorales Direktanstellungsgebot entzieht diesen Unternehmern die Grundlage für ihr Geschäftsmodell vollständig. Dass nicht Subunternehmerleistungen oder Leiharbeit insgesamt verboten werden, sondern nur bezogen auf einen bestimmten Wirtschaftssektor, mindert die Eingriffsintensität für die betroffenen Unternehmen nicht.²⁸ Sollte für die Essenslieferbranche eine solche Regelung eingeführt werden, würde dies für die Subunternehmer und Personaldienstleister bedeuten, dass sie in diesem Wirtschaftszweig nur verbleiben können, wenn sie ihr Unternehmenskonzept grundlegend ändern. Sie müssten sich darauf verlegen, selbst Essenslieferungen zu organisieren, was aber angesichts der inzwischen eingetretenen Marktkonzentration kaum möglich sein dürfte. Vor allem im ländlichen Raum ist ein wirtschaftlich tragfähiger Betrieb nur durch Bestellungen verschiedener Auftraggeber möglich. Dies verdeutlicht die Intensität des Grundrechtseingriffs, der die Berufswahl betrifft.

Selbst wenn man der vorstehenden Einordnung nicht folgen wollte, ist jedenfalls ein strenger Rechtfertigungsmaßstab anzulegen. Nach verbreiteter Auffassung nimmt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung unabhängig von der herkömmlichen Drei-Stufen-Theorie inzwischen in jedem Fall eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.²⁹ Das BVerfG arbeitet also ohnehin nicht mit tatbestandlich klar abgegrenzten Stufen, sondern mit einer „ansteigenden Rampe“.³⁰ Selbst wenn die Stufe der Berufswahlregelung nicht erreicht sein sollte, erfordert die Eingriffsintensität vor allem mit Blick auf die Subunternehmer und Personaldienstleister eine Rechtfertigung, die sich nicht in vernünftigen Allgemeinwohlerwägungen erschöpft, sondern gegenüber der Einschränkung der Berufsfreiheit den Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter vor hinreichend wahrscheinlichen Gefahren ins Feld führen kann.

²⁷ Vgl. auch *Greiner*, BIEK-Gutachten, S. 14.

²⁸ Anders *Kärcher/Walser*, Durchsetzung von Arbeitsrecht – das Arbeitsschutzkontrollgesetz als Modell?, 2025, S. 131 f.

²⁹ *Mann* in Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 10. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 142 ff.; *Kämmerer* in von Münch/Kunig, Grundgesetz, 8. Aufl. 2025, Art. 12 Rn. 110.

³⁰ *Schmidt/Ahrendt*, in: Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 26. Aufl. 2026, Art. 12 GG Rn. 28.

bb) Verhältnismäßigkeit

Für die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in die Berufsfreiheit bedarf es nach allgemeinen Grundsätzen einer legitimen Zwecksetzung. Weiterhin muss mit Hilfe der eingesetzten Mittel der Zweck erreichbar, das Mittel also geeignet sein. Zudem muss der Eingriff erforderlich sein, d.h. der verfolgte Zweck darf nicht durch ein anderes, weniger belastendes Mittel erreicht werden können. Für die Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist schließlich zu beachten, dass das eingesetzte Mittel nicht außer Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen darf.³¹

(1) Legitime Zwecksetzung

Die möglichen Zwecke eines Direktanstellungsgebots in der Essenslieferbranche bleiben bisher recht unscharf. Nicht in Betracht kommt es, die mit § 6a GSA Fleisch verfolgten Ziele zu übertragen. Mit dem dort geregelten Direktanstellungsgebot verfolgte der Gesetzgeber insbesondere Ziele des Arbeits- und Gesundheitsschutzes, nachdem bei Kontrollen in der nordrhein-westfälischen Fleischbranche häufige und gravierende Verstöße gegen arbeitszeitrechtliche und sonstige arbeitsschutzrechtliche Vorschriften und eine große Zahl von Arbeitsunfällen festgestellt worden waren.³² Darüber hinaus gilt es auch insoweit das pandemische Geschehen im Jahr 2020 als unmittelbaren Regelungsanlass zu sehen.³³

Die Arbeitsministerkonferenz nennt in ihrem Beschluss als spezifische Problemlagen in der Essenslieferbranche „befristete Verträge, niedrige Vergütungen und eine starke Abhängigkeit von digitalen Plattformen“. Unausgesprochen bleibt allerdings, inwiefern die „Schaffung fairer Arbeitsverhältnisse“ bislang an „zunehmend komplexe[n] Strukturen von Subunternehmern“ scheitert.³⁴ Möglicherweise ist damit gemeint, dass die arbeitsteilige Organisation der Branche zu Kontrolldefiziten führt, was die Einhaltung rechtlicher Vorgaben anbelangt. In der Literatur werden für andere Branchen „erhebliche Durchsetzungsdefizite in Bezug auf die arbeits- und arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben“ diagnostiziert.³⁵ Diese Missstände werden nicht zuletzt darauf zurückgeführt, dass „unklare rechtliche Verantwortlichkeiten bestehen, die durch den Fremdpersonaleinsatz erzeugt werden“.³⁶

³¹ Zu alledem etwa BVerfG 29.10.2002 – 1 BvR 525/99, BVerfGE 106, 181, 191 f. sowie im Überblick *Ruffert*, in: Beck OK GG, 64. Ed., Art. 12 Rn. 87 ff.

³² BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 117.

³³ Dazu bereits oben I.

³⁴ Ergebnisprotokoll der 102. Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) vom 26./27. November 2025, München, TOP 6.25, S. 82.

³⁵ So *Kärcher/Walser*, Durchsetzung von Arbeitsrecht – das Arbeitsschutzkontrollgesetz als Modell?, 2025, S. 118, die neben der Fleischbranche auch die landwirtschaftliche Saisonarbeit und Paketdienstleistungen untersuchen.

³⁶ *Kärcher/Walser*, Durchsetzung von Arbeitsrecht – das Arbeitsschutzkontrollgesetz als Modell?, 2025, S. 121.

Für plattformbasierte Essenslieferdienste sind arbeitsrechtliche Durchsetzungsdefizite bislang nicht in der Weise dokumentiert, wie dies etwa für die Fleischbranche der Fall gewesen ist. Im Übrigen fehlt es an Belegen dafür, dass innerhalb der Logistikbranche gerade im Bereich der Essenslieferdienste besonders gravierende Verstöße gegen arbeitsrechtliche Standards festzustellen sind. Ungeachtet dessen würde der Gesetzgeber mit der Gewährleistung „fairer“ Arbeitsbedingungen und mit der Durchsetzung arbeits- und arbeitsschutzrechtlicher Standards aber grundsätzlich Ziele verfolgen, gegen deren Legitimität keine Bedenken bestehen.

(2) Geeignetheit

Für die Geeignetheit der gesetzgeberischen Maßnahme ist entscheidend, ob der erstrebte Erfolg mit Hilfe des eingesetzten Mittels gefördert werden kann.³⁷ Nach Auffassung des BVerfG genügt insoweit bereits die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung.³⁸ Bei allem berechtigten Respekt vor der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist allerdings zumindest eine Plausibilitätskontrolle erforderlich. Selbst bei dieser geringen Prüfungsdichte erscheint die Geeignetheit eines Direktanstellungsgebots für die bisher diskutierten Zwecke durchaus fraglich. So ist insbesondere nicht ersichtlich, was ein Verbot des Einsatzes von Fremdpersonal an Befristungen, der Lohnhöhe oder der Abhängigkeit von Plattformen ändern sollten. Auch Subunternehmen und Personaldienstleister sind bereits heute an die Vorgaben des TzBfG und des MiLoG gebunden. Hinzu kommt künftig noch die Bindung an gleiche Arbeitsbedingungen bei Vermittlern i.S.d. Art. 3 der Plattform-Richtlinie. Wenn die Betreiber der großen Plattformen für Essensbestellungen zugleich in die Rolle der Arbeitgeberin gedrängt werden, verringert dies die Abhängigkeit des Lieferpersonals von den Plattformen sicherlich nicht, sondern erhöht sie im Gegenteil eher noch.

Ungeeignet erscheint ein Direktanstellungsgebot ferner auch, wenn es um das Ziel geht, das Vergütungsniveau in der Essenslieferbranche zu verbessern. Niedrige Gehälter sind regelmäßig Ausdruck eines erheblichen Preisdrucks. Ein Direktanstellungsgebot dürfte zwar zu einer weiteren Marktkonzentration führen. Aber es wäre nicht zu erwarten, dass in einer oligopolartigen Marktstruktur das Gehaltsniveau steigen würde, denn der Wettbewerb würde zwischen den verbliebenen Plattformen sicherlich mit unverminderter Härte auch über die Personalkosten geführt. Im Übrigen existieren Instrumente wie etwa branchenspezifische Mindestlöhne, mit denen das Entgeltniveau zielgenau adressiert werden könnte. Als weitere Folge wäre mitzubedenken, dass in Randgebieten und im ländlichen Raum Arbeitsplätze bei Logistikanbietern und in der Gastronomie wegfallen könnten, wenn das Geschäftsmodell dort mit einer eigenen Flotte nicht wirtschaftlich sinnvoll zu betreiben ist.

³⁷ So im Kontext subjektiver Zulassungsvoraussetzungen als Eingriff in die Berufsfreiheit etwa BVerfG 14.3.1989 – 1 BvR 1033/82 und 1 BvR 174/84, BVerfGE 80, 1, 24 f.

³⁸ BVerfG 14.7.1999 – 1 BvR 2226/94 u.a., BVerfGE 100, 313, 373; BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 120.

In der bisherigen Diskussion zu einem Direktanstellungsgebot in der plattformbasierten Essenslieferbranche spielt, soweit ersichtlich, keine Rolle, dass eine kleinteilige Struktur die Bildung von Mitbestimmungs- und Tarifstrukturen tendenziell erschwert.³⁹ Dies mag damit zusammenhängen, dass in der Logistikbranche auch Subunternehmer häufig betriebsratsfähig sein dürften.

Es verbleibt damit als denkbarer Anknüpfungspunkt für die Geeignetheit allenfalls eine verbesserte Rechtsdurchsetzung mittels Erhöhung der Kontrolldichte. Im Beschluss zum GSA Fleisch hat das BVerfG ausgeführt, es seien „klare Verantwortlichkeiten eine Grundbedingung für die Durchsetzung von Rechten“.⁴⁰ In rechtlicher Hinsicht sind die Verantwortlichkeiten beim Einsatz von Arbeitskräften auf werkvertraglicher oder leiharbeitsrechtlicher Grundlage freilich nicht „unklar“, sondern nur anders verteilt. Dies gilt ebenso für die individuelle Rechtsdurchsetzung gegenüber dem jeweiligen Vertragsarbeitgeber. Dass die Rechtsverfolgung gerade für ausländische Arbeitnehmer eine praktische Herausforderung sein kann, trifft sicherlich zu.⁴¹ Es ist aber nicht ersichtlich, inwiefern ein Direktanstellungsgebot geeignet sein könnte, diese Probleme zu beheben.

(3) Erforderlichkeit

Obwohl damit bereits die Geeignetheit eines Direktanstellungsgebots fraglich erscheint, soll im Folgenden auch die Erforderlichkeit des Grundrechtseingriffs beleuchtet werden. An der Erforderlichkeit des Grundrechtseingriffs fehlt es, wenn ein gleich wirksames Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels zur Verfügung steht, das die Grundrechtsträger weniger und Dritte und die Allgemeinheit nicht stärker belastet. Das BVerfG hebt auch insoweit den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers hervor.⁴² Im Beschluss zum GSA Fleisch identifiziert der Erste Senat mehrere mögliche Ansatzpunkte für eine mildere, aber gleich wirksame Regelung, die jedoch sämtlich verworfen werden. Die entsprechenden Erwägungen bedürfen der kritischen Einordnung und sind ohnehin nur eingeschränkt auf die plattformbasierte Essenslieferbranche übertragbar.

Was zunächst die Intensivierung staatlicher Kontrollen als mögliche Alternativmaßnahme anbelangt,⁴³ stellt das BVerfG vor allem auf praktische Schwierigkeiten ab. Es handele sich nach Erkenntnissen der Schwarzarbeitskontrolle in der Fleischwirtschaft „meist um große und komplexe Gewerbeunternehmen [...], die durch standhafte Zaunanlagen, Zugangskontrollen und Sicherheitsfirmen geschützt würden“, weshalb ein Zugang ohne Zeitverzögerung nicht

³⁹ Anders z.B. in der Paketlieferbranche; vgl. einerseits *Greiner*, BIEK-Gutachten, S. 19 und andererseits *Kärcher/Walser*, Durchsetzung von Arbeitsrecht – das Arbeitsschutzkontrollgesetz als Modell?, 2025, S. 142 ff.

⁴⁰ BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 121.

⁴¹ Vgl. hierzu *Ruppert*, Das Werkvertragsverbot in der Fleischwirtschaft, 2025, S. 164.

⁴² BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 125.

⁴³ Dazu BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 127 ff.

möglich sei.⁴⁴ Zwar sind Kontrollen in der Lieferwirtschaft insofern aufwendiger, als die Beschäftigten in der Fläche unterwegs sind. Jedoch gestaltet sich die behördliche Kontrolle einzelner Arbeitnehmer einfacher, als sie im Straßenverkehr unmittelbar angesprochen werden können. Die Effektivität der Kontrollen könnte z.B. durch Vorgaben an mitzuführende Dokumente deutlich erhöht werden, ohne annähernd die Eingriffsintensität eines Direktanstellungsgebots zu erreichen.

Wenn das BVerfG zusätzlich mit den Kosten intensiver Überwachungsmaßnahmen und der damit einhergehenden Belastung der Allgemeinheit argumentiert,⁴⁵ ist dies branchenunabhängig zurückzuweisen. Zunächst besteht ein erhebliches Spannungsverhältnis zu der bisherigen Rechtsprechung. Zwar hat das BVerfG zum Leiharbeitsverbot in der Bauwirtschaft die verbesserten Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten der Behörden durch eine klarere Struktur der rechtlichen Verhältnisse als Rechtfertigungsgrund ins Feld geführt.⁴⁶ Dem steht jedoch eine ständige Rechtsprechung gegenüber, in der das BVerfG Eingriffe in die Berufsfreiheit im Interesse einer erleichterten Überwachung sehr restriktiv beurteilt. Mehrfach hat der Erste Senat ausgesprochen, dass „es nach dem Grundgesetz unzulässig ist, Bürger lediglich im Interesse einer leichteren staatlichen Überwachung in der Freiheit der Berufswahl zu beschränken“, und hat dies auch auf die Beschränkung der Berufsausübung übertragen.⁴⁷ Die Diskrepanz in den Entscheidungen wird nicht begründet.

Unabhängig davon gilt es zu sehen, dass die Kontrollmöglichkeiten für jede Branche gesondert zu beurteilen sind. Wie groß „das vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare Maß“ an öffentlichem Mitteleinsatz ist,⁴⁸ bestimmt sich nach den jeweiligen Gegebenheiten. In der Fleischwirtschaft mag es z.B. ein Problem sein, dass „Hygienebereiche [...] nicht ad hoc betreten werden dürfen“.⁴⁹ In der Essenslieferbranche werden die Kerntätigkeiten hingegen im öffentlichen Raum erbracht, was zusätzliche Kontrollmöglichkeiten eröffnet, die auch mit Blick auf die Schutzsphäre des Art. 13 GG⁵⁰ unproblematisch sind. Für die Plattformwirtschaft ist außerdem zu berücksichtigen, dass mit der Umsetzung der Vorschriften zu gleichen Arbeitsbedingungen beim Einsatz von Vermittlern in Art. 3 der Plattform-Richtlinie ohnehin

⁴⁴ BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 127.

⁴⁵ BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 128.

⁴⁶ BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., BVerfGE 77, 84, 108.

⁴⁷ BVerfG 25.3.1992 – 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, 28, 44; vgl. auch BVerfG 25.2.1976 – 1 BvR 8/74 u.a., BVerfGE 41, 378, 397; BVerfG 4.10.1983 – 1 BvR 1633/82 u.a., BVerfGE 65, 116, 129; zum Ganzen instruktiv *Greiner*, BIEK-Gutachten, S. 20; *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 381.

⁴⁸ Vgl. für dieses Kriterium *Ruppert*, Das Werkvertragsverbot in der Fleischwirtschaft, 2025, S. 198.

⁴⁹ *Cremer/Deinert*, Das Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, 2023, S. 62.

⁵⁰ Vgl. dazu im Zusammenhang mit der sog. Bundesnotbremse BVerfG 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 u.a., NJW 2022, 139 Rn. 285.

ein Schutz geschaffen wird, dessen Effektivität erst einmal zu beurteilen wäre. Gleiches gilt für die Aufnahme der plattformbasierten Lieferdienste in das SchwarzArbG zum 1. Januar 2026.

Wenig überzeugend sind die Ausführungen des GSA-Fleisch-Beschlusses zu einem Erlaubnisvorbehalt für den werkvertraglichen Personaleinsatz und einer gestärkten Sekundärverantwortung des Bestellers. Der Erlaubnisvorbehalt sei nicht eindeutig gleichermaßen effektiv, weil die Trennung von Betriebssteuerung und rechtlicher Verantwortung als Ursache für Schutzdefizite erhalten bleibe.⁵¹ Jedoch ist die Verantwortung z.B. für bestimmte Fragen des Arbeitsschutzes nicht zwingend an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gebunden, das umfassende rechtliche Bindungen mit sich bringt, weshalb der Gesetzgeber offenkundig über die verfolgten Ziele hinausschießt. Eine sekundäre Verantwortlichkeit für diejenigen Bereiche, in denen Probleme mit der Einhaltung arbeitsrechtlicher Standards bestehen, wäre mindestens so wirksam, weil zur Verantwortlichkeit des Arbeitgebers die Verantwortlichkeit von dessen Vertragspartner hinzukäme. Zugleich wäre diese Lösung weniger eingriffsintensiv, weil sie den Beteiligten freistellt, mit wem der Arbeitnehmer kontrahiert.

(4) Proportionalität

Sofern es danach überhaupt noch auf die Proportionalität des Eingriffs (oder: Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) ankommt, ist zu beachten, dass das eingesetzte Mittel nicht außer Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen darf.⁵² Gerade hier wirkt sich die Beeinträchtigungsstufe aus.⁵³ Wie bereits ausgeführt,⁵⁴ verkennt die Auffassung, wonach der Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG durch ein Direktanstellungsgebot „allenfalls mittleres Gewicht“ hat,⁵⁵ die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung. Vor allem mit Blick auf die Subunternehmer und Personaldienstleister kann sich die Rechtfertigung deshalb nicht in vernünftigen Allgemeinwohlerwägungen erschöpfen. Vielmehr bedarf es der Rechtfertigung mit dem Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter vor hinreichend wahrscheinlichen Gefahren. Zugleich muss ein verhältnismäßiger Ausgleich mit der beeinträchtigten Grundrechtsposition erfolgen.

Was zunächst die Gefahrenlage angeht, lässt sich die Argumentation des BVerfG-Beschlusses zum GSA Fleisch keinesfalls unmittelbar auf die Essenslieferbranche übertragen. Der Erste Senat hat seine Entscheidung mit außergewöhnlich detaillierten rechtstatsächlichen Ausführungen gestützt. Zwar betont die Entscheidung auch insoweit den „erhebliche[n]

⁵¹ BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 129.

⁵² BVerfG 27.6.2020 – 1 BvR 1873/13 u.a., BVerfGE 155, 119 Rn. 128.

⁵³ Jarass in Jarass/Piero, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 47.

⁵⁴ Siehe oben III. 1. b) aa).

⁵⁵ So BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 137.

Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“ des Gesetzgebers, stellt dann aber eingehend die Ergebnisse verschiedener Kontrollmaßnahmen und Studien aus der Fleischbranche in Bezug.⁵⁶ Empirische Erkenntnisse bestehen für die Essenslieferbranche, soweit ersichtlich, nicht in annähernd vergleichbarem Umfang. Insbesondere ist auch nicht ersichtlich, dass innerhalb der Logistikbranche gerade in diesem Bereich besondere Defizite bestehen. Zudem gilt es zu sehen, dass es in der Fleischwirtschaft tatsächlich wegen verbreiteter arbeitsschutzrechtlicher Mängel während der Corona-Pandemie zu erheblichen Gesundheitsgefährdungen gekommen war. Diese Risiken sind jedoch eng mit spezifischen Bedingungen dieser Branche verbunden, etwa einem „ständig feuchte[m] Arbeitsumfeld“, der Belastung durch Lärm und der Arbeit mit Gefahrstoffen.⁵⁷ Für Beschäftigte in der Essenslieferbranche bestehen derartige Gefahren nicht. Bereits mit Blick auf die vom Gesetzgeber in den Blick genommenen Gefahren ist deshalb eine Übertragung des Abwägungsergebnisses zum GSA Fleisch nicht möglich.

Für die Essenslieferbranche ist deshalb eigenständig zu erörtern, ob die mit einem Direktanstellungsgebot zu schützenden Rechtsgüter in einem angemessenen Verhältnis zum Eingriff in die Berufsfreiheit stehen. Der Gesetzgeber hat es mit dem Direktanstellungsgebot in der Fleischbranche hingenommen, nicht nur die „schwarzen Schafe“ zu treffen, sondern auch rechtstreu agierende Unternehmen. Dies mag man mit Blick auf die erheblichen branchenspezifischen Gesundheitsgefahren und die empirisch festgestellte Verbreitung von Verstößen gegen zentrale Arbeitsschutzvorschriften akzeptieren. Für die Essenslieferbranche wäre ein entsprechendes Vorgehen aber offensichtlich unverhältnismäßig, weil dort keine annähernd vergleichbaren Gesundheitsgefahren drohen und es auch an Erkenntnissen über flächendeckende Rechtsverstöße fehlt. Im Übrigen wären Negativeffekte auf Gastronomie und Einzelhandel abseits nachfragestarker Großstadtzentren bei Einführung eines Direktanstellungsgebots in die Abwägung einzustellen.

Wenn man eine solche Regelung in der Essenslieferbranche überhaupt für geeignet und erforderlich hält, um die angestrebten Ziele zu verwirklichen, müssten jedenfalls im Interesse der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne erheblich mildere Regelungen vorgeschaltet werden. So wäre etwa daran zu denken, den Einsatz Beschäftigter auf der Grundlage werkvertraglicher und leiharbeitsrechtlicher Gestaltungen an eine vorherige behördliche Erlaubnis zu knüpfen. Weiterhin wäre es denkbar, nicht generell den Einsatz von Subunternehmen zu unterbinden, sondern nur Subunternehmerketten zu verbieten. Möglich wäre auch eine Zertifizierung, die es rechtstreuen Unternehmen der Essenslieferbranche eröffnet, Fremdpersonal einzusetzen. Bei der Umsetzung von Art. 3 der Plattform-Richtlinie könnte zudem eine Subunternehmerhaftung eingeführt werden, die eine stufenweise

⁵⁶ BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 145 ff.

⁵⁷ BVerfG 27.1.2026 – 1 BvR 2637/21 Rn. 147.

Enthaftung auf der Grundlage eines Präqualifikationsverfahrens vorsieht. Obwohl auch eine solche Regulierung einen spürbaren Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG bedeutet, wäre die Beeinträchtigung der Berufsfreiheit doch immerhin weniger stark ausgeprägt als bei dem Gebot, schlechthin nur eigenes Personal einzusetzen.

c) Ergebnis zur Berufsfreiheit

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass mit der Regelung eines Direktanstellungsgebots in der Essenslieferbranche ein Eingriff in die Berufsfreiheit verbunden wäre, der sich nicht rechtfertigen lässt. Bereits gegen die Geeignetheit der Maßnahme bestehen angesichts der in Aussicht genommenen Ziele überwiegend Bedenken. Auch ist die hohe Eingriffsintensität nicht erforderlich, weil zielgenauere und zugleich weniger belastende Maßnahmen von vergleichbarer Wirksamkeit zur Verfügung stehen. Jedenfalls muss eine Prüfung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu dem Ergebnis führen, dass allenfalls mildere Maßnahmen wie ein Erlaubnisvorbehalt für den Einsatz von Fremdpersonal in Betracht kommen. Der BVerfG-Beschluss zum Direktanstellungsgebot für die Fleischwirtschaft steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil sich die Entscheidung wesentlich auf die Abwehr branchenspezifischer Gesundheitsgefahren stützt. Im Übrigen betrifft sie auch nur den Einsatz von Fremdpersonal auf der Grundlage von Werkverträgen, nicht die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern. Zudem befasst sich der Beschluss nur mit den Grundrechtspositionen der verfahrensbeteiligten Beschwerdeführer, lässt aber insbesondere die Perspektive der betroffenen Subunternehmer außer Acht.⁵⁸ Aus der Entscheidung des BVerfG ist deshalb keineswegs abzuleiten, dass die Regelung im GSA Fleisch vollständig verfassungskonform wäre.

2. Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

In Betracht kommt weiterhin ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Ein solcher Verstoß ist anzunehmen, wenn der Gesetzgeber mit einem Direktanstellungsgebot für die plattformbasierte Essenslieferbranche wesentlich Gleiches ungleich behandeln würde, ohne dass sich dies rechtfertigen ließe.⁵⁹

Eine solche Ungleichbehandlung kommt unter folgendem Gesichtspunkt in Betracht: Unternehmen der Essenslieferbranche würden einem Direktanstellungsgebot unterworfen werden, während Unternehmen aus Wirtschaftszweigen mit vergleichbaren Strukturen auch weiterhin auf Fremdpersonal zurückgreifen könnten. Im Vorfeld des Direktanstellungsgebots für die Fleischbranche ist teilweise der Charakter einer Ungleichbehandlung in Frage gestellt worden. Wenn Unternehmen aus einer Branche im Gegensatz zu Unternehmen aus anderen

⁵⁸ Greiner, NZA 2026, 733, 735 f.

⁵⁹ Vgl. BVerfG 16.3.1955 – 2 BvK 1/54, BVerfGE 4, 144, 155; BVerfG 17.1.1979 – 1 BvR 446/77 u.a., BVerfGE 50, 177, 186; BVerfG 12.5.1992 – 1 BvR 1467/91 u.a., BVerfGE 86, 81, 87.

Wirtschaftszweigen nicht von der Verletzung von Arbeitnehmerrechten profitieren könnten, erinnere dies an den Grundsatz, dass es keine Gleichheit im Unrecht gebe.⁶⁰ Inzwischen dürfte aber unstrittig sein, dass es eine Ungleichbehandlung begründet, einzelne Branchen einem Direktanstellungsgebot zu unterwerfen.⁶¹ Für eine auf die Lieferung von Mahlzeiten beschränkte Regelung kommen noch weitere Ungleichbehandlungen hinzu: So stellt sich die Frage, weshalb innerhalb der Lieferbranche gerade nur der Transport von Essen erfasst werden soll. Dies hätte zur Folge, dass Lieferunternehmen, die sowohl Mahlzeiten als auch andere Waren transportieren, dem Direktanstellungsgebot nur teilweise unterliegen würden. Weiterhin erscheint der Plattformbezug begründungsbedürftig, wenn andere Anbieter von Essenslieferungen, von Kleingastronomen bis hin zu großen Unternehmen der Systemgastronomie, weiterhin auf Fremdpersonal zurückgreifen könnten.

Eine Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlungen scheitert nach der sog. Willkürformel jedenfalls dann, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden läßt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muß“.⁶² Dem Vorwurf einer willkürlichen Unterscheidung entgeht der Gesetzgeber wohl bereits dann, wenn einem branchenbezogenen Direktanstellungsgebot eine genaue Betrachtung der Verhältnisse des jeweiligen Wirtschaftszweigs vorausgeht. Zwar scheint es momentan für die Essenslieferbranche noch an empirischen Erkenntnissen zu fehlen, wie sie für die Fleischbranche im Vorfeld der gesetzlichen Regelung zusammengetragen worden sind. Dies ließe sich noch nachholen, wobei freilich keineswegs feststeht, dass entsprechende Untersuchungen vergleichbare Ergebnisse zeitigen würden. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber mit § 6a GSA Fleisch auf eine branchenspezifische gesundheitsschädigende Gefährdungslage reagiert. Zudem ist auch innerhalb der Logistikbranche keineswegs klar, dass gerade im Bereich der Essenslieferdienste besondere Schwierigkeiten mit der Einhaltung arbeitsrechtlicher Standards bestehen.

Die Rechtfertigungsprüfung erschöpft sich ohnehin nicht in der beschriebenen Willkürkontrolle. Das BVerfG hat sich einer Betrachtung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten geöffnet.⁶³ Heute sieht die Rechtsprechung „je nach

⁶⁰ *Deinert*, Kurzgutachten im Auftrag des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen: „Womit kann begründet werden, dass Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung nur in der Fleischindustrie verboten werden können?“ vom 15.7.2020, S. 9 (abrufbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV17-3639.pdf>).

⁶¹ So jetzt auch *Cremer/Deinert*, Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, 2023, S. 66 f.: „Am Vorliegen einer i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG relevanten und mithin rechtfertigungsbedürftigen Ungleichbehandlung im Vergleich zum erlaubten Fremdpersonaleinsatz in den genannten Branchen kann vorliegend kein Zweifel bestehen.“ Vgl. außerdem *Greiner*, BIEK-Gutachten, S. 22.

⁶² BVerfG 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14, 52.

⁶³ Vgl. BVerfG 7.10.1980 – 1 BvL 89/79 u.a., BVerfGE 55, 72, 88 f. („Neue Formel“).

Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen“⁶⁴. Nach aktueller Judikatur des BVerfG handelt es sich dabei um eine gleitende Skala, für die vor allem folgende Einflussfaktoren maßgeblich sind: eine etwaige Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die Einschlägigkeit von Freiheitsrechten und die Möglichkeit der Betroffenen, durch ihr Verhalten auf die Verwirklichung der Differenzierungskriterien einzuwirken.⁶⁵

Nach dem Gesagten ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich. Insofern erübrigt sich allerdings eine genauere Erörterung, weil der unverhältnismäßige Eingriff in ein Freiheitsrecht regelmäßig einen parallel liegenden Gleichheitsverstoß mit sich bringt.⁶⁶ Wie bereits festgestellt,⁶⁷ wäre ein Direktanstellungsgebot in der Essenslieferbranche unvereinbar mit der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, was eine Verletzung auch des Art. 3 Abs. 1 GG indiziert.

3. Zwischenfazit

Die gesetzliche Regelung eines Direktanstellungsgebots für die Essenslieferbranche wäre aus mehreren Gründen verfassungswidrig. Zum einen wäre eine solche Regelung unvereinbar mit der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit. Die abweichende Beurteilung der in § 6a GSA Fleisch enthaltenen Regelungen durch das BVerfG steht diesem Ergebnis nicht entgegen, weil diese aktuelle Entscheidung in zentralen Punkten auf branchenspezifischen Erwägungen zur Fleischwirtschaft mit ihren besonderen Gefahren beruht. Anders als in der Fleischbranche fehlt es in der Essenslieferbranche an vergleichbaren branchenspezifischen Gesundheitsgefahren und empirischen Erkenntnissen zu systematischen Rechtsverstößen, die einen derart intensiven Eingriff rechtfertigen könnten.

Zu dem Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG tritt noch eine Verletzung des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG wegen der Ungleichbehandlung verschiedener Wirtschaftszweige mit gleich gelagerten arbeitsrechtlichen Herausforderungen.

IV. Unionsrechtliche Grenzen für ein Direktanstellungsgebot

Ein Direktanstellungsgebot weist zahlreiche Berührungspunkte mit dem Unionsrecht auf. Wenngleich die Essenslieferbranche teilweise plattformbasiert arbeitet, spielt die Plattform-Richtlinie (RL 2024/2831/EU) keine unmittelbare Rolle für die Thematik. Zwar mag es sich bei den verwendeten Apps zumindest teilweise um digitale Arbeitsplattformen i.S.d. Art. 2 Abs. 1 lit. a RL 2024/2831/EU handeln. Jedoch enthält die Richtlinie keine direkte Aussage zur

⁶⁴ BVerfG 26.1.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., BVerfGE 88, 87, 96 („Neueste Formel“).

⁶⁵ BVerfG 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, 69.

⁶⁶ Kischel, in BeckOK Grundgesetz, 65. Edition (Stand: 1.3.2026), Art. 3 Rn. 5.

⁶⁷ Oben III. 1.

Zulässigkeit von Direktanstellungsgeboten. Art. 3 der Richtlinie zu den Vermittlern deutet allerdings darauf hin, dass der Richtliniengeber von der grundsätzlichen Zulässigkeit indirekter Beschäftigung ausgeht. Regelungsthematisch maßgeblich sind aber die Leiharbeitsrichtlinie (RL 2008/104/EG) sowie die Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG). Auf primärrechtlicher Ebene ist neben der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) auch das unionsrechtliche Kartellverbot (Art. 101 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV) zu beachten.

1. Leiharbeitsrichtlinie

Die Leiharbeitsrichtlinie ist nicht vollharmonisierend und gibt deshalb nur ein Mindestschutzniveau für die Arbeitnehmerüberlassung vor (vgl. Art. 9 Abs. 1 RL 2008/104/EG). Es lässt sich deshalb noch keine Unionsrechtswidrigkeit daraus ableiten, dass man das Verbot der Leiharbeit als eine über das Schutzniveau der Richtlinie hinausgehende Umsetzung begreifen könnte.

Jedoch enthält Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG eine Grenze für Verbote oder Einschränkungen der Leiharbeit. An dieser Grenze muss sich auch ein Direktanstellungsgebot für die Essenslieferbranche messen lassen.

a) Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG als Regelungsgrenze für das nationale Recht

Die Rolle des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG für mitgliedstaatliche Regelungen ist allerdings umstritten. Im AKT-Urteil aus dem Jahr 2015 entschied die Große Kammer des EuGH, dass die Vorschrift „nur an die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats gerichtet ist, indem ihnen eine Überprüfungsverpflichtung auferlegt wird, damit sie sicherstellen, dass etwaige Verbote und Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit gerechtfertigt sind“.⁶⁸ Damit widersprach der Gerichtshof den Schlussanträgen von Generalanwalt *Szpunar*, der ausführlich begründet hatte, weshalb Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG eine materielle Regelung beinhalte, die ungerechtfertigte Einschränkungen der Leiharbeit verbiete.⁶⁹ In der Literatur sind „Argumentation und Ergebnis des EuGH-Urteils“ als „in keiner Weise überzeugend“ kritisiert worden. Das prozedurale Verständnis des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG nehme der Vorschrift „auf den ersten Blick jegliche praktische Wirksamkeit“, weshalb der Auslegungsgrundsatz des *effet utile* in erklärungsbedürftiger Weise unangewendet bleibe.⁷⁰

Inzwischen hat sich weitgehend die Auffassung durchgesetzt, dass Art. 4 RL 2008/104/EG in Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit „die grds. positive Haltung der Richtlinie gegenüber der Leiharbeit“ belegt und daher „Verbote oder Einschränkungen der Leiharbeit

⁶⁸ EuGH 17.3.2015 – C-533/13, NJW 2015, 1233 Rn. 32.

⁶⁹ GA *Szpunar*, Schlussanträge zur Rs. C-533/13 – AKT vom 20.11.2014, Rn. 26 ff.

⁷⁰ *Franzen*, RdA 2015, 141, 149; kritisch auch *Kolbe*, in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Art. 4 RL 2008/104/EG Rn. 3.

[...] unter Rechtfertigungsvorbehalt gestellt [werden]“.⁷¹ In der Diskussion werden daraus auch für konkrete Normen Folgerungen gezogen. So halten zahlreiche Autoren das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Baubranche gem. § 1b AÜG auch in seiner jetzigen Fassung für unvereinbar mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG.⁷²

Der EuGH hat sich der genannten Kritik inzwischen angenähert. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2020 formuliert der Gerichtshof, die Bestimmung sei „dahin zu verstehen [...], dass sie den Rahmen festlegt, in dem sich die Regelungstätigkeit der Mitgliedstaaten in Bezug auf Verbote und Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit abspielen darf“.⁷³ Diese Passage mag darauf hindeuten, dass der EuGH in Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG künftig ebenfalls einen materiellen Prüfungsmaßstab erkennen könnte.⁷⁴

Letztlich kommt es für ein etwaiges Gesetzgebungsverfahren zur Einführung eines neuen Direktanstellungsgebots ohnehin nicht auf diese Frage an. Denn der Gesetzgeber ist bereits aufgrund des deutschen Verfassungsrechts an die Verwirklichung der Europäischen Union (Art. 20 Abs. 3 HS 1 GG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) gebunden und muss den Rechtfertigungsvorbehalt deshalb bei künftigen Vorhaben beachten.⁷⁵

b) Rechtfertigung durch den Schutz des Allgemeininteresses

Zentrales Kriterium für die Rechtfertigung von Beschränkungen und Verboten der Leiharbeit ist nach Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG der Schutz des Allgemeininteresses. Beispielhaft nennt die Vorschrift den 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. Die bislang für ein Direktanstellungsgebot in der Essenslieferbranche genannten Ziele⁷⁶ fügen sich hier durchaus ein. Der EuGH hat bei der Prüfung des § 1b AÜG a.F. am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit neben dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer auch die hierfür erforderlichen Kontrollmaßnahmen als legitime Zwecke anerkannt.⁷⁷ Weil Art. 4 RL 2008/104/EG die Dienstleistungsfreiheit konkretisiert,⁷⁸ ist dies auch für die Richtlinienauslegung relevant.

⁷¹ Kolbe, in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Art. 4 RL 2008/104/EG Rn. 1.

⁷² Statt vieler Kock, in BeckOK-ArbR, 79. Edition (Stand: 1.3.2026), § 1b AÜG Rn. 2; Thüsing/Mantsch, NZA 2024, 584, 585; Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 474, 492; Ulrici, in Ulrici, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2017, § 1b Rn. 5.

⁷³ EuGH 14.10.2020 – C-681/18, NZA 2020, 1463 Rn. 44 – JH/KG.

⁷⁴ Weitergehend Greiner, BIEK-Gutachten, S. 26.

⁷⁵ Rieble/Pingel/Vetter, ZFA 2024, 372, 383.

⁷⁶ Dazu oben I.

⁷⁷ EuGH 25.10.2001 – C-493/99, NJW 2001, 3767 Rn. 20 – Kommission/Deutschland.

⁷⁸ GA Szpunar, Schlussanträge zur Rs. C-533/13 – AKT vom 20.11.2014, Rn. 139; Kolbe, in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Art. 4 RL 2008/104/EG Rn. 1.

Damit lässt sich ein Direktanstellungsgebot in der Essenslieferbranche unter den Schutz des Allgemeininteresses fassen.

Nach allgemeiner Auffassung setzt die Rechtfertigung aber über den Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG voraus, dass die Verbote und Einschränkungen der Leiharbeit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren.⁷⁹ Dabei handelt es sich um einen genuin unionsrechtlichen Prüfungsmaßstab. Auf den ersten Blick scheinen die Anforderungen im Vergleich zum nationalen deutschen Verhältnismäßigkeitsprinzip insofern niedriger, als der EuGH sich regelmäßig auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit beschränkt. Gerade wenn es um den Nutzen einer Maßnahme für die Allgemeinheit geht, spricht der Gerichtshof entsprechende Gesichtspunkte aber im Rahmen einer Abwägung mit geschützten Rechtspositionen der Unionsbürger an.⁸⁰ Der Abwägungsprozess ist beim EuGH insofern sogar restriktiver, als er – anders als das BVerfG – dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zubilligt.⁸¹

Über die Erwägungen hinaus, die auch im Kontext des Art. 12 Abs. 1 GG relevant sind,⁸² sind bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Blick auf die Rechtfertigung nach Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG noch weitere Gesichtspunkte relevant. Zunächst gilt es zu sehen, dass die Richtlinie die Arbeitnehmerüberlassung zwar als regelungsbedürftige Figur mit spezifischen Risiken sieht, aber zugleich die Chancen dieser Gestaltung betont. So heißt es in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie: „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.“ Eine nationale Regelung, die jegliche Arbeitnehmerüberlassung in einer Branche schlechthin untersagt, steht im Widerspruch zu dieser Bewertung.

Wenngleich der EuGH dem Generalanwalt *Szpunar* in der Rs. AKT im Ergebnis nicht gefolgt ist, ist dessen grundsätzliche Einschätzung über den konkreten Fall hinaus relevant: „Ich stelle fest, dass bei Fehlen anderweitiger Rechtfertigungsgründe der Erlass von Maßnahmen mit dem Ziel, Missbräuche beim Abschluss von Leiharbeitsverträgen zu verhindern, nicht einen quasigenerellen Ausschluss dieser Arbeitsform, etwa den Ausschluss von Leiharbeit in einem ganzen Wirtschaftszweig [...] rechtfertigen kann. Eine Maßnahme, die die missbräuchliche

⁷⁹ GA *Szpunar*, Schlussanträge zur Rs. C-533/13 – AKT vom 20.11.2014, Rn. 125 ff.; *Kolbe*, in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Art. 4 RL 2008/104/EG Rn. 11.

⁸⁰ Dazu allgemein *Calliess*, in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 5 EUV Rn. 45.

⁸¹ Instruktiv dazu *Greiner*, BIEK-Gutachten, S. 27 f. am Beispiel der unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe von EuGH und BVerfG bei der Beurteilung des § 1b AÜG a.F.

⁸² Dazu oben III. 1. b) bb).

Ausübung eines Rechts verhindern soll, darf nicht einer Versagung des fraglichen Rechts gleichkommen.“⁸³

c) Zwischenergebnis

Weil der deutsche Gesetzgeber für neue Direktanstellungsgebote den Rechtfertigungsvorbehalt des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG beachten muss, ist ein vollständiges Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in der Essenslieferbranche nicht richtlinienkonform, wenn man den eben genannten Maßstab zugrunde legt. Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass die Vorschrift nur prozedurale Bedeutung entfaltet, sollten die vorstehenden Erwägungen Anlass genug sein, das Gesetzgebungsvorhaben eines Direktanstellungsgebots kritisch zu reflektieren.

2. Entsenderichtlinie

Die Entsenderichtlinie 1996/71/EG (in der Fassung durch die Änderungsrichtlinie 2018/957/EG, im Folgenden: Entsende-RL 2018) regelt grenzüberschreitende Entsendungen und Arbeitnehmerüberlassungen, wie sich aus Art. 1 Abs. 3 lit. a und c Entsende-RL 2018 ergibt. Diese Richtlinie zielt insbesondere auf die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs ab.⁸⁴ Der Unionsgesetzgeber hat außerdem Vorgaben zur Durchsetzung der Entsenderichtlinie erlassen (Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU). Die entsenderechtlichen Vorgaben des EU-Rechts ergeben daher im Gesamtbild, dass grenzüberschreitende Entsendungen und Arbeitnehmerüberlassungen möglich sein sollen und zugleich ein Schutz vor Missbrauch und Umgehung der anzuwendenden Rechtsvorschriften gewährleistet werden soll. Damit ist es unvereinbar, wenn die Mitgliedstaaten in bestimmten Branchen jegliche Form des Fremdpersonaleinsatzes schlechthin verbieten.⁸⁵

Teilweise wird in der Literatur geltend gemacht, aus der EuGH-Rechtsprechung ergebe sich, dass Direktanstellungsgebote mit dem Regelungsziel verbesserter Rechtskontrolle nicht der Entsenderichtlinie unterfielen.⁸⁶ Dieser Auffassung liegt allerdings ein Missverständnis zugrunde, denn der EuGH behandelt in der referenzierten Judikatur die Kontrollmaßnahmen als solche und spricht aus, dass damit Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen „nicht unmittelbar“ betroffen werden. Direktanstellungsgebote betreffen die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen hingegen unmittelbar.⁸⁷ Die Vorgaben der Entsenderichtlinie sind daher relevant für die hier behandelte Thematik.

⁸³ GA *Szpunar*, Schlussanträge zur Rs. C-533/13 – AKT vom 20.11.2014, Rn. 122.

⁸⁴ EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NJW 2008, 3485 Rn. 36.

⁸⁵ Überzeugend *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 386.

⁸⁶ *Ruppert*, Das Werkvertragsverbot in der Fleischwirtschaft, 2025, S. 292 f.

⁸⁷ EuGH 3.12.2014 – C-315/13, NZA 2015, 290 Rn. 46 f. – De Clercq u.a..

3. Dienstleistungsrichtlinie

Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen fallen weiterhin in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. e RL 2006/123/EG), so dass auch deren Vorgaben einzuhalten sind.

In Betracht kommt zunächst das Einschränkungsverbot des Art. 16 Abs. 2 lit. d RL 2006/123/EG. Die Mitgliedstaaten dürfen danach die Dienstleistungsfreiheit eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringers nicht einschränken, indem sie ihn der Anwendung bestimmter vertraglicher Vereinbarungen zur Regelung der Beziehungen zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Dienstleistungsempfänger unterwerfen, die eine selbständige Tätigkeit des Dienstleistungserbringers verhindert oder beschränkt. Es handelt sich dabei um ein absolutes Verbot, das einer Rechtfertigung nicht zugänglich ist. Nun ließe sich zwar argumentieren, dass ein Direktanstellungsgebot nur bestimmte Vertragsgestaltungen verbietet, solche aber nicht umgekehrt vorgibt. Darin läge aber eher ein semantischer Unterschied als eine sachliche begründete Differenzierung. Zudem hat es Generalanwalt *Szpunar* bereits ausreichen lassen, dass eine gesetzliche Regelung den Anbieter „daran hindert, seiner Tätigkeit auf wirtschaftlich rentable Weise nachzugehen“.⁸⁸

Jedenfalls aber wären bei der Beurteilung der Anforderungen an die Dienstleistungserbringung die Grundsätze des Art. 16 Abs. 1 UAbs. 3 RL 2006/123/EG zu beachten, darunter nicht zuletzt die Erforderlichkeit (lit. b) und die Verhältnismäßigkeit (lit. c). Insofern kann auf die Erwägungen verwiesen werden, die bereits mit Blick auf die Leiharbeitsrichtlinie angestellt wurden.⁸⁹

4. Dienstleistungsfreiheit

Auf primärrechtlicher Ebene ist bei den Grundfreiheiten zunächst die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV einschlägig. Die Literatur zu Direktanstellungsgeboten verfährt insoweit uneinheitlich: Teilweise konzentriert sie sich für die mögliche Unionsrechtswidrigkeit vollständig auf die Grundfreiheiten, weil die sekundärrechtlichen Vorgaben keinen Vorrang hätten.⁹⁰ Andere sehen den Rückgriff auf das Primärrecht durch die Ausgestaltungen in Richtlinienform als gesperrt an.⁹¹ Richtig erscheint folgender Mittelweg: Wenngleich es nahe liegt, zunächst die sekundärrechtlichen Ausprägungen der Grundfreiheiten heranzuziehen,

⁸⁸ GA *Szpunar*, Schlussanträge zur Rs. C-10/22 – LEA vom 25.5.2023, Rn. 76. Der EuGH hat diese Erwägung nicht aufgegriffen, weil der urheberrechtliche Sachverhalt nach seiner Auffassung nicht vom Anwendungsbereich des Art. 16 RL 2006/123/EG erfasst war; vgl. EuGH 21.3.2024 – C-10/22, GRUR 2024, 758 Rn. 69 ff. – LEA.

⁸⁹ Siehe oben IV. 1. b); vgl. zu Art. 16 Abs. 1 UAbs. 3 RL 2006/123/EG auch *Greiner*, BIEK-Gutachten, S. 31 f.

⁹⁰ Vgl. *Ruppert*, Das Werkvertragsverbot in der Fleischwirtschaft, 2025, S. 287 ff.

⁹¹ *Greiner*, BIEK-Gutachten, S. 32.

schließt dies einen Primärrechtsverstoß nicht aus.⁹² Im Übrigen ist auch das Sekundärrecht am Maßstab des Art. 56 AEUV zu messen.⁹³

Art. 56 AEUV geht von einem weiten Dienstleistungsbegriff aus, der sämtliche entgeltliche Tätigkeiten im Rahmen einer Teilnahme am Wirtschaftsleben erfasst, soweit sie durch Selbstständige erbracht werden.⁹⁴ Die Dienstleistungsfreiheit schützt daher sowohl die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung als auch die Erbringung von Werk- und Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat. Der Eingriffscharakter von Direktanstellungsgeboten steht außer Frage.⁹⁵ Zwar handelt es sich nicht um diskriminierende Regelungen, wenn sie unterschiedslos für inländische und ausländische Dienstleistungserbringer gelten. Jedoch genügt es für eine tatbestandliche Einschränkung nach der sog. Gebhard-Formel⁹⁶ bereits, wenn die Freiheit des Austauschs von Dienstleistungen durch sonstige Beschränkungen im Vergleich zur Leistung innerhalb eines Mitgliedstaats behindert oder weniger attraktiv gemacht wird.⁹⁷ In der Literatur werden Direktanstellungsgebote sogar als „stärkste Form der Beschränkung“ der Dienstleistungsfreiheit bezeichnet.⁹⁸

Für die Rechtfertigung von nichtdiskriminierenden Maßnahmen kommt es jenseits der geschriebenen Gründe des Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 AEUV darauf an, dass sie sich aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls ergeben und dass sie geeignet und erforderlich zur Verfolgung der jeweiligen Ziele sind.⁹⁹ Bei der Prüfung ist die hohe Eingriffsintensität zu berücksichtigen.¹⁰⁰ Deshalb sind vor allem an die Erforderlichkeit des Eingriffs strenge Anforderungen zu stellen. Wie der EuGH im Zusammenhang mit § 1b AÜG a.F. ausgesprochen hat, reichen administrative Erwägungen nicht aus.¹⁰¹ Es ist daher mit dem Verweis auf effizientere Kontrollmöglichkeiten noch nicht dargetan, dass die Existenz milderer Maßnahmen wie z.B. eine andere Organisation der behördlichen Kontrollen oder auch

⁹² In diesem Sinne auch *Boemke et al.*, NZA 2020, 1160, 1165; *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 388.

⁹³ So für Entsendung und Arbeitnehmerüberlassung *Krebber* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Art. 56 AEUV Rn. 22 ff., 26.

⁹⁴ *Kluth* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 56, 57 AEUV Rn. 8; *Krebber* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Art. 56 AEUV Rn. 2.

⁹⁵ *Boemke et al.*, NZA 2020, 1160, 1165; *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 389.

⁹⁶ Vgl. EuGH 30.11.1995 – C-55/94, NJW 1996, 579 Rn. 37 – Gebhard.

⁹⁷ Dazu im vorliegenden Zusammenhang *Ruppert*, Das Werkvertragsverbot in der Fleischwirtschaft, 2025, S. 279 f.

⁹⁸ *Krebber* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Art. 56 AEUV Rn. 4.

⁹⁹ EuGH 30.11.1995 – C-55/94, NJW 1996, 579 Rn. 37 – Gebhard.

¹⁰⁰ *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 390.

¹⁰¹ EuGH 25.10.2001 – C-493/99, NJW 2001, 3767 Rn. 21 – Kommission/Deutschland.

Erlaubnisvorbehalten unbeachtlich wäre. Im Ergebnis ist daher die Dienstleistungsfreiheit verletzt.

5. Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gem. Art. 45 AEUV ermöglicht Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten eine unionsweite Betätigungs- und Bewegungsfreiheit.¹⁰² Neben einem Diskriminierungsverbot enthält die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch ein Beschränkungsverbot. Nach der Bosman-Rechtsprechung des EuGH erfasst Art. 45 AEUV unabhängig von einer Diskriminierung auch „Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen“.¹⁰³ Zwar enthält Art. 45 AEUV seinem Wortlaut nach kein Beschränkungsverbot. Sofern es um den Zugang zum Arbeitsmarkt und nicht nur um Begleitumstände der Tätigkeit geht, ist der Schutzbereich im Interesse des europäischen Binnenmarkts gleichwohl eröffnet.¹⁰⁴ Ein Direktanstellungsgebot verunmöglicht es Arbeitskräften aus anderen Mitgliedstaaten, auf der Grundlage von Werkverträgen oder Leiharbeitsverhältnissen in der jeweiligen Branche tätig zu werden, ohne sich direkt von einer deutschen Arbeitgeberin anstellen zu lassen. Darin liegt ein Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit.¹⁰⁵

Für die Rechtfertigung lassen sich bei nichtdiskriminierenden Maßnahmen wie bei der Dienstleistungsfreiheit wiederum zwingende Gründe des Allgemeininteresses anführen, sofern die entsprechenden Maßnahmen zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich sind.¹⁰⁶ Die Erwägungen zu Art. 56 AEUV lassen sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit übertragen, so dass auch von einer Verletzung des Art. 45 AEUV auszugehen ist.¹⁰⁷

6. Kartellrecht

Bislang nur vereinzelt angesprochen wurde die Vereinbarkeit von Direktanstellungsgeboten mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot.¹⁰⁸ Dass es sich bei einem Rechtssetzungsakt um eine hoheitliche Maßnahme handelt, steht zwar der Prüfung am deutschen GWB entgegen, nicht

¹⁰² Steinmeyer in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2024, Art. 45 Rn. 2.

¹⁰³ EuGH 15.12.1995 – C-415/93, NZA 1996, 191 Rn 90 – Bosman.

¹⁰⁴ EuGH 27.1.2000 – C-190/98, NZA 2000, 413 Rn. 23 – Graf.

¹⁰⁵ Boemke et al., NZA 2020, 1160, 1165; Rieble/Pingel/Vetter, ZFA 2024, 372, 391; Thüsing in BeckOK ArbR, 79. Edition (Stand: 1.3.2026), § 1 GSA Fleisch Rn. 7.

¹⁰⁶ EuGH 15.12.1995 – C-415/93, NZA 1996, 191 Rn. 104 – Bosman.

¹⁰⁷ Ebenso Boemke et al., NZA 2020, 1160, 1165 f.; Rieble/Pingel/Vetter, ZFA 2024, 372, 391; Thüsing in BeckOK ArbR, 79. Edition (Stand: 1.3.2026), § 1 GSA Fleisch Rn. 8; anders Ruppert, Das Werkvertragsverbot in der Fleischwirtschaft, 2025, S. 320 ff.

¹⁰⁸ Eingehend dazu Rieble/Pingel/Vetter, ZFA 2024, 372, 391 ff.

aber der Bindung Deutschlands an die Vorgaben des Art. 101 AEUV. Denn der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit und der Vertragstreue verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Unionsziele gefährden (Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV). Daraus ergibt sich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ihre hoheitlichen Akte kartellrechtskonform auszugestalten.¹⁰⁹

In der Literatur wurden Direktanstellungsgebote in der Paketbranche teilweise als verbotene Marktaufteilung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 lit. c Var. 1 AEUV eingeordnet, weil dies mitgliedstaatliche (Sub-)Unternehmen vom Markt verdrängen und zur Entstehung eines Oligopols der großen Logistikunternehmen führen würde.¹¹⁰ Dieser Gedankengang lässt sich auf die Essenslieferbranche übertragen, in der ein Direktanstellungsgebot die Marktposition der Plattformbetreiber stärken würde.

Allerdings lässt sich möglicherweise einwenden, dass es sich um eine rein staatliche Maßnahme ohne Bezug zum Wettbewerbsverhalten der Unternehmen handelt. Nach Auffassung des EuGH liegt eine Verletzung von Art. 101 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV vor, „wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 101 AEUV verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt“.¹¹¹ Entscheidend ist die Frage, ob darunter auch staatliche Maßnahmen fallen, die kartellrechtswidrige Vereinbarungen zwischen Wettbewerbsteilnehmern von vornherein überflüssig machen. Teilweise ist gefordert worden, im Interesse des *effet utile* eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten anzunehmen, alles zu unterlassen, was die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs gefährden könnte.¹¹² Für Mindestpreisbindungen hat der EuGH ein entsprechendes Vorgehen zwar abgelehnt.¹¹³ Es sprechen allerdings die besseren Gründe dafür, staatliche Marktregulierung einer stärkeren kartellrechtlichen Kontrolle zu unterwerfen.

Mit diesem Ausgangspunkt wäre eine Marktabstottung anzunehmen, die von vornherein nicht als unerlässliche Beschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 3 lit. a AEUV rechtfertigungsfähig

¹⁰⁹ Calliess/Kahl in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 4 EUV Rn. 166; Rieble/Pingel/Vetter, ZFA 2024, 372, 393; Weiß in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 101 AEUV Rn. 14.

¹¹⁰ Rieble/Pingel/Vetter, ZFA 2024, 372, 394.

¹¹¹ EuGH 4.9.2014 – C-184/13 u.a., EuZW 2014, 864 Rn. 29 – API.

¹¹² GA Lenz, Schlussanträge zur Rs. C-311/85 vom 16.12.1986, Rn. 42 – Vlaamse Reisbureaus.

¹¹³ EuGH 21.9.2016 – C-221/15, EuZW 2017, 24 Rn. 44 ff. – Établissements Fr. Colruyt; dazu Schweitzer/Mestmäcker in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 2025, Art. 37, Art. 106 AEUV Rn. 153.

wäre. Ein Direktanstellungsgebot für die Essenslieferbranche würde daher auch aus kartellrechtlicher Perspektive erhebliche Fragen aufwerfen.¹¹⁴

7. Zwischenfazit

Ein Direktanstellungsgebot für die Essenslieferbranche wäre unter mehreren Gesichtspunkten unvereinbar mit dem Unionsrecht. Eine solche Regelung würde gegen die Leiharbeitsrichtlinie, die Entsenderichtlinie und die Dienstleistungsrichtlinie verstoßen. Auf primärrechtlicher Ebene wären die Dienstleistungsfreiheit sowie die Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzt. Sofern man das unionsrechtliche Kartellverbot auch für die staatliche Marktregulierung heranzieht, wirft ein Direktanstellungsgebot auch unter diesem Gesichtspunkt Probleme auf.

V. Fazit

Die Untersuchung ergibt, dass ein Direktanstellungsgebot in der plattformbasierten Essenslieferbranche weder mit dem deutschen Verfassungsrecht noch mit dem Unionsrecht vereinbar wäre. Im Einzelnen lassen sich folgende Thesen festhalten:

Verletzung der Berufsfreiheit: Ein Direktanstellungsgebot greift in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit ein. Die Eingriffsintensität ist erheblich: Für die Anbieter von Essenslieferungen wird die unternehmerische Kernentscheidung „make or buy“ vollständig beseitigt. Für Subunternehmer und Personaldienstleister kommt das Gebot einem faktischen Berufsverbot in der betroffenen Branche gleich. Die Einordnung durch das BVerfG in seinem Beschluss zu § 6a GSA Fleisch vom 27. Januar 2026 als bloß „mittelschwerer“ Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist nicht überzeugend.

Kein hinreichend legitimer Zweck: Die bisher für ein Direktanstellungsgebot genannten Zwecke — „faire Arbeitsverhältnisse“, bessere Lohnhöhe, Bekämpfung von Abhängigkeiten — sind unscharf und nicht hinreichend konkretisiert. Mangels empirischer Absicherung tragen sie insbesondere nicht die erforderliche Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Zweifelhafte Geeignetheit: Es ist nicht erkennbar, wie ein Direktanstellungsgebot Befristungen, Lohnhöhe oder Plattformabhängigkeit des Lieferpersonals verringern könnte. Im Gegenteil würde die Konzentrierung aller Beschäftigungsverhältnisse bei den Plattformbetreibern die Abhängigkeit der Kurierfahrer eher steigern als mindern. Sofern Essenslieferungen vor allem in der Fläche nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden können, ist zudem mit Arbeitsplatzverlusten in der Gastronomie und in der Logistikbranche zu rechnen.

Fehlende Erforderlichkeit: Mildere, aber gleich wirksame Maßnahmen stehen zur Verfügung: gezielte Intensivierung staatlicher Kontrollen, Erlaubnisvorbehalte für den

¹¹⁴ Eine Verletzung nehmen *Rieble/Pingel/Vetter*, ZFA 2024, 372, 394 f. an, dort auch näher zu den Rechtsfolgen eines solchen Verstoßes.

Fremdpersonaleinsatz, Präqualifizierungsverfahren, eine verstärkte Sekundärverantwortung der Auftraggeber oder das Verbot von Subunternehmerketten. Gerade weil die Kontrollbehörden im öffentlichen Raum unmittelbaren Zugang zu den Kurierfahrern haben, greift das zentrale Argument des BVerfG-Beschlusses zur Fleischbranche (Kontrollerschwernis durch bauliche Sicherungsmaßnahmen) hier nicht. Im Übrigen wäre erst einmal abzuwarten, wie sich bereits in Kraft getretene und absehbare andere Regelungen auswirken, insb. die Aufnahme plattformbasierter Lieferdienste in das SchwarzArbG und die Umsetzung von Art. 3 der Plattform-Richtlinie.

Keine Übertragbarkeit des BVerfG-Beschlusses zu § 6a GSA Fleisch: Auch darüber hinaus ist der Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2026 nicht auf die Essenslieferbranche übertragbar. Die Entscheidung beruht auf einer branchenspezifischen Gefährdungslage: empirisch belegten, flächendeckenden Verstößen gegen zentrale Arbeitsschutzvorschriften und erheblichen, durch die Arbeitsumgebung bedingten Gesundheitsgefahren. Für die Essenslieferbranche fehlt es an vergleichbaren empirischen Erkenntnissen und praktischen Gesundheitsgefährdungen. Der GSA-Beschluss hat zudem nur einen begrenzten Aussagewert, weil er die Verfassungsmäßigkeit von § 6a GSA in personeller wie sachlicher Hinsicht nur teilweise klärt. Die Entscheidung ist deshalb nicht geeignet, einem Direktanstellungsgebot in der Essenslieferbranche verfassungsrechtliche Legitimation zu verleihen.

Verstoß gegen den Gleichheitssatz: Die branchenspezifische Beschränkung begründet eine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung gegenüber Wirtschaftszweigen mit vergleichbaren Strukturen. Da ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG vorliegt, indiziert dies zugleich einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht: Ein Direktanstellungsgebot verstößt gegen den Rechtfertigungsvorbehalt des Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104/EG (Leiharbeitsrichtlinie), gegen die Entsenderichtlinie sowie gegen die Dienstleistungsrichtlinie. Auf primärrechtlicher Ebene sind die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) verletzt. Aus kartellrechtlicher Perspektive wirft eine staatlich erzwungene Marktkonzentration zugunsten der großen Plattformbetreiber zusätzlich Fragen unter Art. 101 AEUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV auf.

Alternatives Vorgehen möglich: Statt eines pauschalen und umfassenden Direktanstellungsgebots müsste der Gesetzgeber zielgenauere Instrumente einsetzen, etwa einen Erlaubnisvorbehalt für den Fremdpersonaleinsatz in der Essenslieferbranche, eine verstärkte Sekundärhaftung der Auftraggeber oder eine Zertifizierungspflicht für rechtstreue Unternehmen. Diese Alternativen wären ebenfalls mit erheblichen Eingriffswirkungen verbunden und daher sorgfältig zu prüfen. Sie wären aber in ihren Wirkungen deutlich milder als das derzeit diskutierte Totalverbot des Fremdpersonaleinsatzes.