

Neues Arbeitnehmerentsenderecht

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 47

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

Neues Arbeitnehmerentsenderecht

10. ZAAR-Tagung
Hamburg, 19. Oktober 2018



ZAAR Verlag München 2019

Bibliografische Information der Deutschen National-
bibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2019 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

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

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-42-8

Vorwort

Die Entsenderichtlinie aus dem Jahr 1996 hat lange Zeit einen – relativ – sicheren Rahmen für die Regulierung grenzüberschreitender Arbeitnehmereinsätze geboten. Dennoch sind die Konflikte zwischen Abschottung und Öffnung sowie zwischen sozialem Schutz und Liberalisierung nie ganz zur Ruhe gekommen, und zuletzt wurde auch das Entsenderecht wieder auf den Prüfstand gebracht. Der Reformentwurf, den das Europäische Parlament Ende Mai dieses Jahres in erster Lesung gebilligt hat, sieht erhebliche Eingriffe in das bisherige System vor. Es sind Erweiterungen bei den im Entsendungsfall gültigen Vorschriften des Aufnahmestaats geplant. Zudem wird für Entsendungen, die zwölf Monate überschreiten, die fast vollständige Anwendung des im Aufnahmestaat gültigen Arbeitsrechts angeordnet, welches in der Regel neben dasjenige des Entsendestaats tritt. Den Mitgliedstaaten werden Erweiterungen nur bis zu 18 Monaten erlaubt. Beschränkungen ergeben sich somit nicht nur für den Einsatz ausländischer Anbieter in Deutschland, sondern auch für die Entsendung aus dem deutschen Inland ins europäische Ausland. Die avisierte Neuregelung wirft eine Vielzahl von Fragen auf. Klärungsbedarf ergibt sich für die praktische Handhabung des neuen Rechts, etwa für die Koppelung mit dem koordinierenden Sozialrecht. Nicht zuletzt stellt sich das Problem der Vereinbarkeit mit höherrangigem Europarecht, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit.

Wir freuen uns darauf, all dies mit Ihnen diskutieren zu können.

Hamburg, Oktober 2018

Professor Dr. Richard Giesen (ZAAR)

Professor Dr. Matthias Jacobs (BLS)

Professor Dr. Abbo Junker (ZAAR)

Professor Dr. Volker Rieble (ZAAR)

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Martin Franzen</i>	
Die Neuregelung der Arbeitnehmerentsendung in Europa – Arbeits- rechtliche Fragen.....	13
Diskussion	40
 <i>Heinz-Dietrich Steinmeyer</i>	
Die Neuregelung der Arbeitnehmerentsendung in Europa – Sozial- rechtliche Fragen.....	49
Diskussion	62
 <i>Leszek Mitrus</i>	
Arbeitnehmerentsendung nach der Richtlinie (EU) 2018/957 aus polnischer Sicht	67
Diskussion	88
 Sachregister	 91

Autoren

Franzen, Martin, Dr. iur., ordentlicher Professor für deutsches, europäisches, internationales Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht, Ludwig-Maximilians-Universität München

Mitrus, Leszek, Dr. iur., Professor für Arbeitsrecht und Sozialpolitik, Jagiellonen-Universität Krakau, Polen

Steinmeyer, Heinz-Dietrich, Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht und Rechtstheorie, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Abkürzungen

Abs.	Absatz, Absätze	Ed.	Edition
a.E.	am Ende	EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz	EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
a.F.	alte Fassung	etc.	et cetera
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	EU	Europäische Union
Art.	Artikel	EuGH	Europäischer Gerichtshof
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage	EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	e.V.	eingetragener Verein
BAG	Bundesarbeitsgericht	EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
Bd.	Band, Bände	FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz	f., ff.	folgende
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	Fn.	Fußnote, Fußnoten
BLS	Bucerius Law School	ggf.	gegebenenfalls
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
bzw.	beziehungsweise	Hrsg.	Herausgeber
ca.	circa	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)	lit.	littera
den.	denselben	LLP	Limited Liability Partnership
Dr.	Doktor	Mio.	Millionen
DRdA	Das Recht der Arbeit (österreichische Zeitschrift)		

Nr.	Nummer, Nummern	ULA.....	United Leaders Association
NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	Unterabs.	Unterabsatz
Prof.	Professor	vgl.	vergleiche
RdA.....	Recht der Arbeit (Zeitschrift)	Vol.....	Volume
Red.....	Redaktion	Vorbem.	Vorbemerkung
Ref. iur.	Rechtsreferendar*in	ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Rn.	Randnummer, Randnummern	z.B.	zum Beispiel
S.	Seite, Seiten	ZESAR.....	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
SGB	Sozialgesetzbuch	ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
sog.....	sogenannte, sogenannter, sogenannten		
SoKa.....	Sozialkassen		
TVG.....	Tarifvertragsgesetz		
u.a.	und andere, unter anderem		

Die Neuregelung der Arbeitnehmerentsendung in Europa – Arbeitsrechtliche Fragen*

Martin Franzen

Seite

I. Einleitung	15
II. Überblick über den wesentlichen Inhalt der ursprünglichen Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG aus dem Jahr 1996	17
1. Kollisionsrechtliche Ausgangslage	17
2. Modifizierung und Präzisierung in der Entsenderichtlinie 96/71/EG	18
3. Flankierung mit Hilfe der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU	20
III. Der Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der Entsenderichtlinie 96/71/EG aus dem Jahr 2016	21
IV. Wesentlicher Inhalt der Richtlinie 2018/957/EU zur Änderung der Entsenderichtlinie 96/71/EG	22
1. Erweiterung der Instrumente auf nicht für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge in allen Mitgliedstaaten auf freiwilliger Basis durch Änderung von Art. 8 Richtlinie 96/71/EG-neu	23
2. Erweiterung der zwingend anwendbaren Regelungsbereiche nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu	24
3. Entsendungen von längerer Dauer als zwölf Monate: Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu)	25
4. Regelungen zur grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung (Art. 1 Abs. 3 lit. c, Art. 3 Abs. 1b Richtlinie 96/71/EG-neu)	26
5. Regelung zu den Entsendungszulagen nach Art. 3 Abs. 7 Richtlinie 96/71/EG	27

V. Folgen für Deutschland	28
1. Als Zielstaat einer Entsendung	28
a) Regelungsoption nach Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG: Erweiterung auf nicht für allgemeinverbind- lich erklärte Tarifverträge?	28
b) Unterjährige Entsendungen	29
c) Entsendungen von längerer Dauer als 12/18 Monate	30
2. Als Herkunftsland einer Entsendung	31
VI. Bewertung	32
1. Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)	32
a) Grundlinien der EuGH-Rechtsprechung	32
aa) Obersätze des EuGH	32
bb) Einzelfragen	33
b) Anwendung dieser Maßstäbe auf die neugefasste Ent- senderichtlinie	35
aa) Grundsatz der Gleichbehandlung bei länger dau- ernder Entsendung (Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu)	35
bb) Sonstige Neuregelungen	37
2. Fehlende Abstimmung mit sonstigem Kollisionsrecht	37
a) Sozialversicherungsrecht	37
b) Arbeitsvertragsrecht	38
VII. Fazit	39
Diskussion	40

I. Einleitung

Die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in andere Staaten betrifft vor allem ortsgebundene Tätigkeiten wie Bauleistungen, Sicherheitsleistungen, etwa Bewachung von Gebäuden, persönliche Dienstleistungen wie Pflege und Transportleistungen¹. Umstritten ist hierbei, inwieweit die entsandten Arbeitnehmer noch dem Arbeitsmarkt des Herkunftslands zugeordnet werden können oder schon dem Arbeitsmarkt des Zielstaats². Betrachtet man dies aus der Perspektive des die Dienstleistung anbietenden und erbringenden Unternehmens – so wie es grundsätzlich der EuGH tut³, – liegt die Parallele zum Warenverkehr nicht fern; die Folge wäre die grundsätzliche Anwendung des Herkunftslandprinzips⁴. Im Unterschied zur Warenherstellung bleibt allerdings wegen der Ortsbindung der Produktionsort im Hochlohnland erhalten, während die Arbeitnehmer bei ausschließlicher Geltung des Herkunftslandprinzips im Zielstaat zu Bedingungen des Niedriglohnlands arbeiten würden. Daher kann durchaus der Eindruck gespaltener Arbeitsmärkte entstehen.

Wirtschaftlich spielen Entsendungen innerhalb der EU bezogen auf den gesamten Binnenmarkt keine große Rolle. Nach Angaben der EU-Kommission gab es im Jahr 2014 1,9 Millionen Entsendungen, was 0,7 % der Erwerbsbevölkerung der EU entsprechen soll⁵. Allerdings hat in der letzten Zeit die Anzahl der Entsendungen nach einer Stagnationsphase in

-
- 1 Siehe dazu und zum Folgenden *Rebhahn*, Soll und kann die Arbeitnehmerfreizügigkeit beschränkt werden?, 2017, S. 41 f.
 - 2 Differenzierend nach der Dauer der Entsendung *Rebhahn* (Fn. 1), S. 43; zur korrespondierenden Rechtsfrage der Einordnung der Arbeitnehmerentsendung in die Dienstleistungsfreiheit beziehungsweise Arbeitnehmerfreizügigkeit *Rebhahn*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, AEUV Art. 56 Rn. 18 ff.
 - 3 Vgl. EuGH 27.3. 1990 – C-113/89 Rn. 15 – Rush Portuguesa; EuGH 9.8. 1994 – C-43/93 Rn. 21 – Vander Elst; kritisch dazu *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, § 5 Rn. 4; zur EuGH-Rechtsprechung siehe ausführlich unten VI 1 a.
 - 4 Siehe dazu *Voet van Vormizeele*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 26 Rn. 22.
 - 5 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen und Parlaments und des Rates vom 16.12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, COM(2016) 128 final 8.3. 2016, S. 2. Die Zahl der entsandten Arbeitnehmer entspricht allerdings nicht der Anzahl der Entsendungen, sondern liegt darunter, weil viele entsandte Arbeitnehmer mehrfach entsandt werden. Deshalb dürfte die angegebene Prozentzahl tatsächlich niedriger sein.

den Jahren 2009 und 2010 zugenommen: um 10,3 % gegenüber 2013 und um 44,4 % gegenüber 2010⁶. Entsendungen konzentrieren sich außerdem auf wenige Wirtschaftszweige und Mitgliedstaaten: Drei Viertel aller Entsendungen finden in den drei Sektoren Baugewerbe (43,7 %), verarbeitende Industrie (21,8 %) und Unternehmensdienstleistungen (10,3 %) statt. Bei den Entsendestaaten ist Polen mit ca. 514.000 Entsendungen Spitzenreiter, gefolgt von Deutschland mit ca. 260.000 und Slowenien mit ca. 164.000. Aus diesen drei Staaten kommen bereits knapp die Hälfte der entsandten Arbeitnehmer. Auf den weiteren Plätzen liegen Spanien (147.000), Frankreich (136.000), Italien (115.000), die Slowakei (112.000) und Belgien (104.000). Bei den Zielstaaten einer Entsendung liegt Deutschland mit ca. 440.000 an der Spitze, gefolgt von Frankreich mit 203.000, Belgien mit 178.000 und Österreich mit 120.000. In diesen vier Mitgliedstaaten werden etwa die Hälfte der entsandten Arbeitnehmer tätig⁷.

Die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG⁸ ist das Ergebnis eines politischen Kompromisses⁹, der bei grundsätzlicher Anerkennung des Herkunftslandprinzips den Zielstaat der Dienstleistung verpflichtet, bestimmte Arbeitsbedingungen, insbesondere Mindestlöhne, für entsandte Arbeitnehmer vorzuschreiben (im Überblick unten II). Die politische Debatte hierüber ist seit deren Inkrafttreten im Jahr 1996 nicht verstummt. Die EU-Kommission hat im Jahr 2016 einen neuen Anlauf unternommen, um die Arbeitnehmerentsenderichtlinie zu ändern und das Herkunftslandprinzip abzuschwächen zugunsten des Grundsatzes des „gleichen Entgelts für gleiche Arbeit am gleichen Ort“¹⁰ (unten III). Der im Jahr 2017 neu gewählte französische Staatspräsident *Emmanuel Macron* hatte dies bereits im Präsidentschaftswahlkampf gefordert und nach seiner Wahl zu einer seiner politischen Prioritäten erklärt¹¹. Im Ministerrat waren die Änderungen sehr umstritten; Polen, Ungarn, Lettland und Litauen stimmten

6 Siehe die Angaben der Kommission der EU, COM(2016) 128 final 8.6. 2016, S. 2.

7 Siehe zu den Zahlenangaben den Internetauftritt des Europäischen Parlaments, abzurufen unter http://www.europarl.europa.eu/infographic/posted-workers/index_en.html#overview.

8 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Amtsblatt EG 1997 L 18/1).

9 Generalanwalt *Wahl*, Schlussanträge 18.9. 2014 EuGH – C-396/13 Rn. 30 – Sähköalojen.

10 Siehe die Begründung des Kommissionsvorschlags, COM(2016) 128 final 8.6. 2016, S. 5.

11 Vgl. etwa den Bericht „Gleicher Lohn für Deutsche und EU-Ausländer“ in FAZ vom 2.3. 2018, S. 15; siehe auch Bericht „EU-Staaten gegen Lohnwettbewerb“, AuR 2017, 489.

gegen den im Ministerrat erzielten Kompromissvorschlag, das Vereinigte Königreich, Irland und Kroatien enthielten sich¹². Im Rahmen der Trilog-Verhandlungen haben sich Ministerrat, Europäisches Parlament und Kommission im Frühjahr 2018 schließlich auf eine Änderung der Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG geeinigt, die vom Kommissionentwurf nicht unerheblich abweicht. Die Änderungsrichtlinie wurde bei der abschließenden Beschlussfassung im Ministerrat nur noch von Polen und Ungarn abgelehnt; enthalten haben sich Kroatien, Lettland, Litauen und das Vereinigte Königreich¹³. Die Änderungsrichtlinie wurde als Richtlinie 2018/957/EU am 28.6. 2018 unterzeichnet, am 9.7. 2018 im Amtsblatt der EU veröffentlicht¹⁴ und ist am 29.7. 2018 in Kraft getreten (Art. 4 Richtlinie 2018/957/EU). Nach Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2018/957/EU müssen die Mitgliedstaaten die Änderungen bis zum 30.7. 2020 in innerstaatliches Recht umsetzen. Im Anschluss an die Darstellung der wesentlichen Neuerungen (unten IV) sollen die Folgen für Deutschland erörtert (unten V) und die Neuregelung einer kritischen Bewertung (unter VI) unterzogen werden.

II. Überblick über den wesentlichen Inhalt der ursprünglichen Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG aus dem Jahr 1996

1. Kollisionsrechtliche Ausgangslage

Erbringt ein Unternehmen Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat mit Hilfe bei ihm beschäftigter Arbeitnehmer, ändert sich das bisherige Arbeitsvertragsstatut grundsätzlich nicht. Dies ergibt sich aus Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung. Danach bleibt der gewöhnliche Arbeitsort erhalten, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat – als dem Staat des gewöhnlichen Arbeitsorts – verrichtet. Der gewöhnliche Arbeitsort wiederum stellt nach Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-Verordnung das zentrale Merkmal für die objektive Anknüpfung des Arbeitsvertragsstatuts dar. In typischen Fällen der Entsendung, in denen der Dienstleistungserbringer aus dem Mitgliedstaat A seine Dienstleistungen auch im Mitgliedstaat B anbietet, bleibt somit Mitgliedstaat A der Staat des gewöhnlichen Arbeitsorts im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-Verordnung. Die von der Entsenderichtlinie 96/71/EG er-

12 Siehe den Bericht „EU-Staaten gegen Lohnwettbewerb“, AuR 2017, 489.

13 3625. Tagung des Rates der Europäischen Union (Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz), 21./22.6. 2018, Dokument Nr. 10422/18 vom 22.6. 2018.

14 Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6. 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Amtsblatt EU 2018 L 173/16).

fassten Fallgestaltungen stellen in aller Regel solche Fälle der „vorübergehenden Verrichtung der Arbeit in einem anderen Staat“¹⁵ dar und wären kollisionsrechtlich entsprechend zu behandeln¹⁶.

Unabhängig vom Vertragsstatut darf der Zielstaat einer Entsendung nach Art. 9 Rom I-Verordnung unter dort näher bestimmten Voraussetzungen eigene Normen unabhängig vom auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht zur Anwendung bringen; es müsste sich in diesem Fall um sog. Eingriffsnormen handeln¹⁷. Allerdings war unsicher, welche Normen im arbeitsrechtlichen Kontext dazu gehören würden¹⁸. Außerdem wurde die beschriebene Rechtslage in den 1980er und 1990er Jahren nicht durch die Rom I-Verordnung geprägt – eine unionsrechtliche Verordnung mit unmittelbarer Anwendung in den Mitgliedstaaten und damit der Auslegungszuständigkeit des EuGH – sondern durch ein völkerrechtliches Übereinkommen, das sogenannte Römische Schuldvertragsübereinkommen aus dem Jahr 1980, dem alle Mitgliedstaaten als Signatarstaaten beigetreten waren. Daher bestand die Gefahr, dass der Begriff „Eingriffsnormen“ in den verschiedenen Signatarstaaten unterschiedlich interpretiert und angewandt würde.

2. Modifizierung und Präzisierung in der Entsenderichtlinie 96/71/EG

Diese kollisionsrechtliche Rechtslage bildete den Hintergrund für die Debatte über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. Die Süderweiterung der damals noch Europäische Gemeinschaft (EG) genannten EU in den 1980er Jahren und die schrittweise Integration der mittelosteuropäischen Staaten in die EG – beginnend in den 1990er Jahren und in mehreren Stufen nach deren Beitritt während der Jahre 2004 bis 2011 vollzogen – führte innerhalb des vergrößerten Binnenmarkts der EU zu einem erheblichen Lohnkostengefälle zwischen den Hochlohnländern im Zentrum und dem Norden Europas und den Niedriglohnländern im Süden und im mittleren Osten Europas. In den 1990er Jahren stand vor allem die Bauwirtschaft in den Hochlohnländern unter Druck. Anbieter aus Mittelost- und Südeuropa konnten ihre Dienstleistungen in diesem Bereich in den Hochlohnländern kostengünstiger anbieten als einheimische Bauunternehmen und gleichzeitig für ihr Anliegen die Dienstleistungsfreiheit des gerade etablierten

15 Siehe zu den einzelnen „Entsendetypen“ Windisch-Graetz, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 50 ff.

16 Vgl. Deinert, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 9 Rn. 99; Martiny, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 12, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 8 Rn. 62 ff.

17 Zum Begriff Martiny, in: MünchKommBGB (Fn. 16), Rom I-VO Art. 9 Rn. 10 ff.

18 Überblick bei Deinert (Fn. 16), § 10 Rn. 44 ff.

europäischen Binnenmarkts in Anspruch nehmen. Vor diesem Hintergrund einigten sich die damals noch 15 Mitgliedstaaten der EG, die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG¹⁹ zu verabschieden²⁰.

Im Wesentlichen enthält die Entsenderichtlinie in Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG einen Katalog mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften, die als Eingriffsnormen im Sinne der heutigen Rom I-Verordnung und des damaligen Römischen Schuldvertragsrechtsübereinkommens für den arbeitsrechtlichen Bereich festgelegt wurden²¹. Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG nennt dabei folgende Regelungsgegenstände: Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten; bezahlter Mindestjahresurlaub; Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze mit Ausnahme zusätzlicher betrieblicher Altersversorgungssysteme; Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen; Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz; Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von schwangeren Frauen, Kindern und Jugendlichen sowie Gleichbehandlung von Männern und Frauen und andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen. Erwägungsgrund 14 Richtlinie 96/71/EG spricht insoweit von einem „harten Kern“ klar definierter Schutzbestimmungen“, die vom Dienstleistungserbringer in jedem Fall einzuhalten sind.

Erforderlich ist, dass die Regelungen in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften des Destinationsstaats oder für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen enthalten sind. Im Hinblick auf für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge ist dies allerdings durch die Entsenderichtlinie 96/71/EG nur für den Bereich der Bauwirtschaft verbindlich für die Mitgliedstaaten vorgegeben (Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Spiegelstrich 2 Richtlinie 96/71/EG mit dem Verweis auf den Anhang der Richtlinie). Für andere Branchen erlaubt Art. 3 Abs. 10 Spiegelstrich 2 Richtlinie 96/71/EG den Mitgliedstaaten, in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen im Sinne von Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG enthaltene Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG auch ausländischen Dienstleistungserbringern verbindlich vorzuschreiben. Davon hat Deutschland mit § 4 AEntG Gebrauch gemacht. Schließlich dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 10 Spiegelstrich 1 Richtlinie

19 Richtlinie 96/71/EG (Fn. 8).

20 Zur Entstehungsgeschichte der Entsenderichtlinie 96/71/EG näher *Davies*, *Posted Workers: Single Market Or Protection of National Labour Law Systems?*, CMLR 34 (1997), 571, 573 ff.; *Franzen*, *Arbeitskollisionsrecht und sekundäres Gemeinschaftsrecht – Die EG-Entsende-Richtlinie*, ZEuP 1997, 1055 f.

21 Näher zum Inhalt der Entsenderichtlinie 96/71/EG *Franzen*, ZEuP 1997, 1055, 1056 ff.

96/71/EG ihre Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung auf Entsendeunternehmen anwenden.

Mitgliedstaaten, welche das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nicht kennen, können nach Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 Richtlinie 96/71/EG Tarifverträge oder Schiedssprüche zugrunde legen, welche „für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind“, ersatzweise Tarifverträge, die von „repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien“ landesweit geschlossen wurden und gelten. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung beachtet wird, das heißt ausländische Unternehmen müssen genauso behandelt werden wie inländische Unternehmen in vergleichbarer Lage.

Abgerundet wird die Arbeitnehmerentsenderrichtlinie 96/71/EG durch relativ vage Vorschriften über die Zusammenarbeit im Bereich des Informationsaustausches der zuständigen Arbeitsmarktbehörden (Art. 4 Richtlinie 96/71/EG) und der gerichtlichen Zuständigkeit (Art. 6 Richtlinie 96/71/EG). Letzteres schuf einen Gerichtsstand für entsandte Arbeitnehmer am konkreten Einsatzort, was in Deutschland durch § 15 AEntG umgesetzt wurde.

3. Flankierung mit Hilfe der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU

Der Vollzug der Entsenderichtlinie 96/71/EG bereitete insbesondere durch unterschiedliche administrative Vorgaben der einzelnen Mitgliedstaaten einige Schwierigkeiten. Außerdem vermengte sich die Thematik häufig mit der Problematik illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit. Der für Zwecke des Nachweises regulärer sozialversicherungspflichtiger Tätigkeit im Herkunftsstaat eingeführten Bescheinigung E 101 (später A 1) kam und kommt nach der Rechtsprechung des EuGH erhebliche Bindungswirkung auch für die zuständigen Behörden der Destinationsstaaten einer Entsendung zu²². Daher fehlten diesen in solchen Fällen häufig notwendige Informationen, während die Herkunftsmitgliedstaaten in den Destinationsstaaten keine Eingriffsbefugnisse hatten.

22 Vgl. beispielsweise EuGH 6.9. 2018 – C-527/16 Rn. 53 ff. – Alpenrind u.a.; EuGH 6.2. 2018 – C-359/16 Rn. 39 – Altun u.a.; siehe dazu *Mankowski*, Formelle Selbständige und Bescheinigung A 1 (früher E 101): Vorsicht Gestaltungskünstler – die Realität bricht doch durch!, *EuZA* 2018, 473; EuGH 27.4. 2017 – C-620/15 Rn. 41 – A-Rosa Flussschiff; siehe dazu *Reinhard*, Wanderarbeitnehmer. Bescheinigung E 101, *ZESAR* 2018, 179.

Vor diesem Hintergrund haben Parlament und Rat im Jahr 2014 die sog. Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EG beschlossen²³. Nach Art. 1 Richtlinie 2014/67/EG soll diese Richtlinie einen gemeinsamen Rahmen etablieren, aufgrund dessen Maßnahmen und Kontrollmechanismen festgelegt werden, um die Anforderungen der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG in den einzelnen Mitgliedstaaten wirksam durchsetzen zu können. Zu diesem Zweck stellt die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EG in Art. 4 Richtlinie 2014/67/EG einen Kriterienkatalog auf, aus dem sich Indizien ergeben, die auf eine Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erfüllung von Dienstleistungsaufträgen im Rechtssinne hinweisen. Ferner soll der Zugang zu Informationen über die zwingend im Zielstaat anzuwendenden Arbeitsbedingungen verbessert werden (Art. 5 Richtlinie 2014/67/EU). Ein ganzes Kapitel ist der Verwaltungszusammenarbeit der zuständigen Behörden im Herkunfts- und Zielstaat der Dienstleistung gewidmet (Kapitel III, Art. 6-8 Richtlinie 2014/67/EU). Schließlich spezifiziert die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EG die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, Kontrollen und Prüfungen durchzuführen (Art. 9, 10 Richtlinie 2014/67/EU) und Sanktionen zu verhängen, einschließlich deren grenzüberschreitende Durchsetzung (Art. 13-19 Richtlinie 2014/67/EU). Art. 12 Richtlinie 2014/67/EU erlaubt den Mitgliedstaaten, eine Auftraggeberhaftung in sog. Auftragsketten vorzusehen. Die Durchsetzungsrichtlinie musste bis 18.6. 2016 in innerstaatliches Recht umgesetzt (Art. 23 Abs. 1 Richtlinie 2014/67/EU) und soll von der Kommission bis zum 18.6. 2019 evaluiert werden (Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2014/67/EU).

III. Der Vorschlag der EU-Kommission zur Änderung der Entsenderichtlinie 96/71/EG aus dem Jahr 2016

Die EU-Kommission wollte die Evaluierung der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU nicht abwarten und hat bereits im März 2016 – vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU – einen Vorschlag für eine Änderung der Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG vorgelegt²⁴. Die wichtigste Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage besteht nach dem Kommissionsvorschlag darin, dass sich nach einer Entsendung von über 24 Monaten der kollisionsrechtliche Anknüpfungspunkt des gewöhnlichen Arbeitsorts ändern sollte²⁵: Es sollte ab diesem Zeit-

23 Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5. 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“) (Amtsblatt EU 2014 L 159/11).

24 Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG (Fn. 5).

25 Rechtspolitisch zustimmend *Rebhahn* (Fn. 1), S. 43.

punkt der Staat sein, in den der Arbeitnehmer entsandt und die Dienstleistung erbracht wird (Art. 2a Richtlinie 96/71/EG in der Fassung des Kommissionsvorschlags vom März 2016). Damit würde in solchen Konstellationen nach zwei Jahren ein Wechsel des Arbeitsvertragsstatuts nach Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-Verordnung eintreten²⁶.

Ferner wurde im Kommissionsvorschlag im Katalog der wesentlichen im Zielstaat zu beachtenden Arbeitsbedingungen nach Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG der Terminus „Mindestlohnsätze“ in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Richtlinie 96/71/EG in „Entlohnung“ geändert. Damit knüpft der Vorschlag an das EuGH-Urteil Sähköalojen vom 12.2. 2015²⁷ an, worauf die Begründung ausdrücklich hinweist²⁸. Außerdem sollten die tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen verbindlich auf entsandte Arbeitnehmer in allen Wirtschaftszweigen und nicht nur in der Bauwirtschaft angewandt werden, indem der in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Spiegelstrich 2 a.E. Richtlinie 96/71/EG enthaltene Verweis auf den Anhang der Richtlinie gestrichen wird²⁹. Schließlich enthält der Kommissionsvorschlag eine Verpflichtung der Destinationsstaaten zur öffentlichen Information über die einzelnen Entgeltbestandteile.

IV. Wesentlicher Inhalt der Richtlinie 2018/957/EU zur Änderung der Entsenderichtlinie 96/71/EG

Die nunmehr beschlossene Änderungsrichtlinie 2018/957/EU vom 28.6. 2018³⁰ weicht vom Vorschlag der EU-Kommission nicht unerheblich ab. Der Anwendungsbereich der geänderten Richtlinie nimmt den nicht unwichtigen Straßenverkehrssektor solange aus, bis eine Änderung der Richtlinie 2006/22/EG³¹ in Kraft getreten ist (Art. 3 Abs. 3 Richtlinie 2018/957/EU). Hierzu hat die Kommission einen entsprechenden Richtlinienvorschlag unterbreitet³².

26 Siehe dazu schon oben II 1.

27 EuGH 12.2. 2015 – C-396/13 – Sähköalojen; siehe dazu *Bayreuther*, Begriff und Bestimmung des Mindestlohns im Entsenderecht, *EuZA* 2015, 346; *Franzen*, Mindestlohn und tarifvertragliche Vergütungsbestandteile, *NZA* 2015, 338.

28 Begründung des Kommissionsvorschlags, COM(2016) 128 final, S. 8 Fn. 4.

29 Vgl. Begründung des Kommissionsvorschlags, COM(2016) 128 final, S. 8.

30 Richtlinie (EU) 2018/957 (Fn. 14).

31 Richtlinie 2006/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.3. 2006 über Mindestbedingungen für die Durchführung der Verordnungen (EWG) Nr. 3820/85 und (EWG) Nr. 3821/85 des Rates über Sozialvorschriften für Tätigkeiten im Kraftverkehr sowie zur Aufhebung der Richtlinie 88/599/EWG des Rates (Amtsblatt EU 2006 L 102/35).

32 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/22/EG bezüglich der Durchsetzungsanforderungen und zur Festlegung spezifischer Regeln im Zusammenhang mit der Richt-

1. Erweiterung der Instrumente auf nicht für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge in allen Mitgliedstaaten auf freiwilliger Basis durch Änderung von Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG-neu

In inhaltlicher Hinsicht erweitert die beschlossene Entsenderichtlinie die Instrumente, die auf ausländische Dienstleister und deren entsandte Arbeitnehmer anwendbar sein können. Die Entsenderichtlinie 96/71/EG in ihrer bisherigen Fassung schreibt die Anwendung der Regelungen des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG – des „harten Kerns“ der Schutzbestimmungen – den Mitgliedstaaten vor, wenn diese in Rechtsvorschriften oder für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen enthalten sind – letzteres aber nur für den Bereich der Bauwirtschaft, eine Beschränkung, die nun ebenfalls in Übereinstimmung mit dem Kommissionsvorschlag entfällt³³ (Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu in Verbindung mit Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG-neu). Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG erlaubte bisher nur den Mitgliedstaaten eine Erweiterung auch auf nicht allgemeinverbindliche Tarifverträge, die nicht über ein System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verfügen³⁴. Nun können von der Erweiterungsmöglichkeit auch andere Mitgliedstaaten Gebrauch machen; die Voraussetzungen hierfür bleiben nach Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 Richtlinie 96/71/EG-neu allerdings dieselben³⁵.

Dies bedeutet Folgendes: Ein Mitgliedstaat, dessen Rechtsordnung das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung kennt, kann gleichwohl auch andere, nicht für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge auf ausländische Dienstleistungserbringer und deren Arbeitnehmer zur Anwendung bringen, sofern der Tarifvertrag Regelungen enthält, welche sich unter den „harten Kern“ der zwingenden Schutzbestimmungen nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG subsumieren lassen. Solche Tarifverträge müssen nach Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 Richtlinie 96/71/EG allerdings in dem jeweiligen Gebiet „allgemein wirksam“ (englisch: *generally applicable*) sein oder von den „repräsentativsten“ (englisch: *most representative*) Tarifvertragsparteien auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite mit Geltung im gesamten Staatsgebiet geschlossen worden sein³⁶.

linie 96/71/EG und der Richtlinie 2014/67/EG für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor, COM(2017) 278, 31.5. 2017.

33 Begründung des Kommissionsvorschlags, COM(2016) 128 final, S. 8.

34 Siehe oben II 2.

35 Siehe dazu *Rebhahn*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 10.

36 Siehe oben II 2.

2. Erweiterung der zwingend anwendbaren Regelungsbereiche nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu

Der in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG enthaltene Katalog zwingend auf entsandte Arbeitnehmer anzuwendender Regelungsgegenstände, sofern diese mit den Instrumenten Rechtsvorschriften oder allgemeinverbindlich erklärte bzw. diesen nach Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG gleichgestellten Tarifverträgen enthalten sind, wurde etwas erweitert: Die Pflicht zur Zahlung eines bezahlten Jahresurlaubs wurde in der englischen Sprachfassung von *minimum paid annual holidays* in *minimum paid annual leave* verändert (Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. b Richtlinie 96/71/EG-neu). Dies dürfte eher der sprachlichen Klarheit dienen und nicht mit inhaltlichen Änderungen verbunden sein, was beispielsweise die deutsche und die französische Sprachfassungen der geänderten Entsenderichtlinie belegen, in denen Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. b Richtlinie 96/71/EG unverändert bleibt.

Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Richtlinie 96/71/EG-neu – die Vorschrift über die Vergütung – behält den bereits im Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2016 enthaltenen Begriff *remuneration* („Entlohnung“) anstelle des bisherigen Ausdrucks *minimum rates of pay* („Mindestlohnsätze“) bei³⁷. Damit dürfte die Regelung aber nicht über das hinausgehen, was der EuGH bereits aufgrund der bisherigen Fassung der Richtlinie 96/71/EG in der Rechtssache Sähköalojen vom 12.2. 2015³⁸ zugelassen hat. So hat jedenfalls die EU-Kommission die Änderung in ihrem Vorschlag begründet³⁹. Der Begriff der „Entlohnung“ soll wie bislang nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 Richtlinie 96/71/EG aus der Perspektive und der Rechtspraxis des Destinationsstaats definiert werden. Der Zielstaat der Dienstleistung muss nun nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 3 Richtlinie 96/71/EG-neu auf einer offiziellen Internetseite in transparenter Weise die einzelnen Entgeltbestandteile und deren Bedeutung erläutern.

Ferner wurden – und insoweit über den Vorschlag der Kommission hinaus – zwei zusätzliche Tatbestände in den Katalog des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu aufgenommen: Regelungen über die Bedingungen der Unterkünfte entsandter Arbeitnehmer, soweit diese vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden (Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. h Richtlinie 96/71/EG-neu), sowie Zulagen oder Aufwandsentschädigungen, welche Reisekosten oder Kosten für die Unterkunft ausgleichen sollen, die für den Weg vom gewöhnlichen Arbeitsort zum Ort der Arbeitserbringung oder an diesem Ort während der Entsendung entstehen (Art. 3 Abs. 1 Un-

37 Siehe Begründung des Kommissionsvorschlags, COM(2016) 128 final, S. 8.

38 EuGH 12.2. 2015 – C-396/13 – Sähköalojen, mit Kommentar *Franzen*, NZA 2015, 338; zu diesem Urteil siehe auch *Bayreuther*, EuZA 2015, 346.

39 Siehe oben III.

terabs. 1 lit. i Richtlinie 96/71/EG-neu). Beides gilt aber nur unter der Voraussetzung, dass die Arbeitnehmer aus beruflichen Gründen nicht zuhause wohnen.

3. Entsendungen von längerer Dauer als zwölf Monate: Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu)

Die wichtigste Neuerung betrifft Entsendungen von längerer Dauer als zwölf Monate. Die bisherige Entsenderichtlinie 96/71/EG differenzierte – von Ausnahmefällen wie kurzzeitige Entsendungen (Art. 3 Abs. 2 und 3 Richtlinie 96/71/EG⁴⁰), die im Übrigen in der Neufassung beibehalten wurden, abgesehen – grundsätzlich nicht nach der Dauer der Entsendung⁴¹. Dies wird sich künftig ändern. Für über zwölf Monate dauernde Entsendungen statuiert Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu den Grundsatz der Gleichbehandlung – unabhängig vom jeweils auf den Arbeitsvertrag anwendbaren Recht und nur bezogen auf die oben genannten Regelungsinstrumente⁴²: Rechts- oder Verwaltungsvorschriften des Zielstaats sowie allgemeinverbindliche Tarifverträge und sonstige allgemeine Tarifverträge, die der Mitgliedstaat nun von sich aus auch auf entsandte Arbeitnehmer anwendet.

Ausgenommen hiervon sind nach Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 2 Richtlinie 96/71/EG-neu wiederum die Verfahren, Formvorschriften und Bedingungen für den Abschluss und die Beendigung der Arbeitsverträge einschließlich Wettbewerbsverboten und zusätzliche betriebliche Altersversorgungssysteme. Dies relativiert den Gleichbehandlungsgrundsatz durchaus. Der Zielstaat der Entsendung verlängert die Frist von zwölf Monaten nach Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 3 Richtlinie 96/71/EG-neu auf maximal 18 Monate, wenn der Dienstleistungserbringer eine „mit einer Begründung versehene Mitteilung“ (engl.: *motivated notification*) vorlegt. Der Zielstaat der Dienstleistung muss außerdem nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 3 und 4 Richtlinie 96/71/EG-neu auf einer offiziellen Internetseite in transparenter Weise die nach Art. 3 Abs. 1a Richtlinie 96/71/EG-neu geltenden Arbeitsbedingungen sowie die Entlohnung und deren Bestandteile gemäß Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Richtlinie 96/71/EG-neu erläutern. Diese Vorschrift knüpft an Art. 5 Richtlinie 2014/67/EG⁴³ an, wonach die Zielstaaten der Entsendung den Zugang zu Informationen über die geltenden Arbeitsbedingungen durch Einrichtung einer „einzigen offiziellen na-

40 Siehe dazu *Rebhahn*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 34 ff.

41 Kritisch dazu mit Nachdruck *Rebhahn*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), AEUV Art. 56 Rn. 19 f.

42 Siehe oben IV 1.

43 Siehe dazu oben II 3.

tionalen Website“ für die Dienstleistungserbringer erleichtern. Eine der wichtigsten Barrieren, die Sprachbarriere, wird hierdurch allerdings nicht abgebaut, weil diese Informationen nach Art. 5 Abs. 2 lit. c Richtlinie 2014/67/EG grundsätzlich in den Amtssprachen des Zielstaats und nach der Wahl des jeweiligen Zielstaats in wichtigen Sprachen der Entsendestaaten abzufassen sind.

Für die Berechnung des genannten Zeitraums von zwölf bzw. 18 Monaten gilt Folgendes: Ersetzt ein entsendendes Unternehmen einen Arbeitnehmer vor Ablauf dieses Zeitraums durch einen anderen, werden die einzelnen arbeitnehmerbezogenen Entsendezeiten nach Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 4 Richtlinie 96/71/EG-neu zusammengerechnet, wenn und soweit die Arbeitnehmer die gleiche Tätigkeit am gleichen Ort ausüben. Diese Regelung entspricht grundsätzlich der aus dem Entsenderecht der Sozialversicherung bekannten Vorschrift des Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) 883/2004⁴⁴. Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Zusammenrechnung von Entsendezeiten anzunehmen ist, gibt Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 5 Richtlinie 96/71/EG erste Antworten: Hierbei sollen die Art der zu erbringenden Dienstleistung oder der durchzuführenden Arbeiten sowie die Anschriften des Arbeitsplatzes berücksichtigt werden. Allerdings bleibt unklar, inwieweit man von einem „Ersetzen“ eines entsandten Arbeitnehmers durch einen anderen im Sinne von Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 4 Richtlinie 96/71/EG-neu ausgehen kann, wenn die beiden Einsätze nicht zeitlich nahtlos aneinander anschließen⁴⁵.

4. Regelungen zur grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung (Art. 1 Abs. 3 lit. c, Art. 3 Abs. 1b Richtlinie 96/71/EG-neu)

Die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU fällt bereits bislang nach Art. 1 Abs. 3 lit. c Richtlinie 96/71/EG in den Geltungsbereich der Arbeitnehmerentsenderichtlinie⁴⁶. Die Neufassung der Entsenderichtlinie hat dies nun erweitert und erfasst auch den Fall, dass ein Entleiher den Leiharbeiter in einer Arbeitsstätte in einem anderen Mitgliedstaat einsetzt (Art. 1 Abs. 3 lit. c Unterabs. 2 Richtlinie 96/71/EG-neu). Nach dieser Vorschrift gilt der Leiharbeiter als von seinem Leiharbeitsunternehmen entsandt, sofern zwischen beiden ein Arbeitsvertrag oder ein Arbeitsverhältnis besteht.

44 Siehe dazu noch unten VI 2 a.

45 Zum ähnlich gelagerten Problem bei Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) 883/2004 siehe *Steinmeyer*, in: Fuchs (Hrsg.), *Europäisches Sozialrecht*, 7. Aufl. 2018, Teil 2 VO (EG) Nr. 883/2004 Art. 12 Rn. 14; siehe auch EuGH 6.9. 2018 – C-527/2016 Rn. 86 ff. – *Alpenrind u.a.*

46 Vgl. *Windisch-Graetz*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 60 f.

Außerdem müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 1b Richtlinie 96/71/EG-neu dafür sorgen, dass grenzüberschreitend überlassenen Leihararbeitnehmern die ihnen durch Art. 5 Richtlinie 2008/104/EG⁴⁷ garantierten Arbeitsbedingungen genauso zugutekommen wie innerstaatlich überlassenen Leihararbeitnehmern. Diese Regelung entspricht dem Vorschlag der EU-Kommission⁴⁸ und war bislang in Art. 3 Abs. 9 Richtlinie 96/71/EG enthalten, allerdings nur als Option für die Mitgliedstaaten und nicht unter Bezugnahme auf Art. 5 Richtlinie 2008/104/EG, weil diese Regelung erst lange nach Inkrafttreten der Entsenderichtlinie 96/71/EG im Jahr 2011 für die Mitgliedstaaten verbindlich wurde. Art. 5 Richtlinie 2008/104/EG statuiert den Grundsatz der Gleichbehandlung von Leihararbeitnehmern und Arbeitnehmern des Einsatzbetriebs und dessen Durchbrechungen insbesondere bei Anwendung von Tarifverträgen nach Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2008/104/EG⁴⁹, was in Deutschland nach § 8 Abs. 2-4 AÜG Bedeutung erlangt hat. Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 9 Richtlinie 96/71/EG-neu grenzüberschreitend eingesetzte Leihararbeitnehmer auch über den Regelungsgehalt des Art. 5 Richtlinie 2008/104/EG hinaus vollumfänglich mit rein innerstaatlich eingesetzten Leihararbeitnehmern gleichbehandeln⁵⁰.

5. Regelung zu den Entsendungszulagen nach Art. 3 Abs. 7 Richtlinie 96/71/EG

Das Günstigkeitsprinzip des Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG wird beibehalten. Danach gilt Art. 3 Abs. 1-6 Richtlinie 96/71/EG nicht für Regelungen, die für den entsandten Arbeitnehmer günstiger sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH betrifft diese Vorschrift nur Regelungen des Herkunftsstaats einer Entsendung, nicht aber des Zielstaats⁵¹, weil anderenfalls der fein auszuselierte Katalog von anwendbaren Regelungen des Destinationsstaats einer Entsendung an sich überflüssig wäre, insbesondere Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 96/71/EG⁵². Nach Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 2

47 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11. 2008 über Leiharbeit (Amtsblatt EU 2008 L 327/9).

48 Vgl. Begründung des Kommissionsvorschlags, COM(2016) 128 final, S. 9.

49 Näher dazu *Rebhahn/Schörghofer*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), RL 2008/104/EG Art. 5 Rn. 12 ff.

50 Zur Frage, ob dies bereits aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 45 AEUV folgt, *Franzen*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Überlegungen aus Anlass der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1.5. 2011, EuZA 2011, 451, 454 f.

51 Vgl. EuGH 12.2. 2015 – C-396/13 Rn. 43 – Sähköalojen; EuGH 3.4. 2008 – C-346/06 Rn. 32 ff – Rüffert; siehe dazu *Seifert*, Die vergaberechtliche Tariftreuepflicht vor dem Europäischen Gerichtshof, EuZA 2008, 526; EuGH 18.12. 2007 – C-341/05 Rn. 80 – Laval.

52 Vgl. *Rebhahn*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 2.

Richtlinie 96/71/EG werden Entsendungszulagen, die häufig aufgrund der arbeitsvertraglichen Abreden von Arbeitgeber und entsandtem Arbeitnehmer bezahlt werden, bereits nach bisheriger Rechtslage als Teil des Mindestlohns betrachtet, es sei denn, es handelt sich in Wahrheit um eine Regelung für Auslagenersatz etwa für Unterkunft bzw. Transport im oder in den Zielstaat.

Diese Bestimmung wird nun durch eine Art „Unklarheitenregel“ in Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 3 Richtlinie 96/71/EG-neu spezifiziert: Wenn die beim entsendenden Unternehmen geltenden Arbeitsbedingungen nicht deutlich zwischen Entsendungszulagen und Aufwendersatz unterscheiden, gelten die Entsendungszulagen als Aufwendersatz und dürfen infolgedessen nicht mehr Teil der Entlohnung sein, die gegebenenfalls in einen Günstigkeitsvergleich mit den aufgrund Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Richtlinie 96/71/EG im Herkunftsstaat anwendbaren Entlohnungsgrundsätze eingestellt werden könnte⁵³. Derartige spezifische Entsendungszulagen, welche der Dienstleistungserbringer seinen entsandten Arbeitnehmern bezahlt, können allerdings künftig wegen Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. i Richtlinie 96/71/EG-neu⁵⁴ von entsprechenden zwingenden Vorgaben des Zielstaats übertroffen werden.

V. Folgen für Deutschland

1. Als Zielstaat einer Entsendung

a) **Regelungsoption nach Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG: Erweiterung auf nicht für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge?**

Zunächst muss sich Deutschland entscheiden, ob es auch andere als für allgemeinverbindlich erklärte oder aufgrund einer Rechtsverordnung erstreckte Tarifverträge in das Entsenderegime einbeziehen will. Es müsste sich dabei nach Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 Richtlinie 96/71/EG um Tarifverträge handeln, die im jeweiligen Gebiet und Wirtschaftszweig „allgemein wirksam“ sind oder von den „repräsentativsten“ Tarifvertragsparteien landesweit geschlossen wurden; außerdem muss der Grundsatz der Gleichbehandlung deutscher und ausländischer Unternehmen erfüllt sein⁵⁵.

Diese Voraussetzungen werden Tarifverträge in Deutschland kaum erfüllen: Das deutsche Tarifvertragsrecht verknüpft die Tarifbindung für die wichtigsten Arten der Tarifnormen mit der Verbandsmitgliedschaft oder

53 Zum Günstigkeitsvergleich *Rebhahn*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 3.

54 Siehe oben IV 2.

55 Siehe oben IV 1.

Parteistellung des Arbeitgebers. Die ausländischen Arbeitgeber müssten also – um mit einem deutschen tarifgebundenen Unternehmen vergleichbar zu sein – einem entsprechenden deutschen Arbeitgeberverband angehören, was kaum der Fall sein dürfte. Und ein grundsätzlich in Betracht kommender Firmentarifvertrag wird die von Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG-neu aufgestellten Bedingungen nicht erfüllen.

b) Unterjährige Entsendungen

Macht Deutschland von dieser neuen Regelungsoption demgemäß keinen Gebrauch, dürften durch die neugefasste Entsenderichtlinie ausgelösten Änderungen für unterjährige Entsendungen überschaubar bleiben. Folgende Neuerungen fallen dann ins Gewicht: Im Gegensatz zur bislang überwiegenden Auffassung in Deutschland müssen künftig auch in für allgemeinverbindlich erklärten oder durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifverträgen enthaltene gesamte Entgeltsysteme wegen der Änderung des Wortlauts von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Richtlinie 96/71/EG-neu auf entsandte Arbeitnehmer angewandt werden⁵⁶. Allerdings hat diese Möglichkeit bereits der EuGH eröffnet⁵⁷. Dasselbe gilt für Entsendezulagen und Aufwandsentschädigungen⁵⁸, soweit es entsprechende Regelungen in deutschen für allgemeingemeinverbindlich erklärten oder durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifverträgen gibt. Schließlich muss Deutschland künftig alle für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, die Regelungen enthalten, welche den Katalogtatbestand des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu zugeordnet werden können, auf ausländische Dienstleistungserbringer und deren Arbeitnehmer anwenden, da die bisherige unionsrechtlich obligatorische Vorgabe nur für die Bauwirtschaft entfallen ist⁵⁹. Eine Frage der Auslegung des jeweiligen Tarifvertrags im Einzelfall ist es dann, ob der ausländische Dienstleistungserbringer unter die Anwendungsvoraussetzungen des Tarifvertrags fällt.

56 Siehe dazu *Waas*, in: Thüsing (Hrsg.), *MiLoG/AEntG*, 2. Aufl. 2016, AEntG § 5 Rn. 2; *Bayreuther*, *Tariftreue vor dem Aus*, NZA 2008, 628, 629; *dens.*, EuZA 2015, 346, 352; *Tillmanns*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), *Arbeitsrecht-Kommentar*, 8. Aufl. 2018, AEntG § 5 Rn. 2; *Heuschmid/Schierle*, in: *Preis/Sagan* (Fn. 3), § 5 Rn. 120 f. In Österreich ist dies längst geltendes Recht, vgl. *Rebhahn*, *Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht* (FN 1), DRdA 1999, 173, 175, 178.

57 EuGH 12.2. 2015 – C-396/13 – *Sähköalojen*; ebenso die Einschätzung von *Bayreuther*, EuZA 2015, 346, 352; *Franzen*, NZA 2015, 338.

58 Siehe oben IV 2.

59 Siehe oben IV 1 und III.

c) Entsendungen von längerer Dauer als 12/18 Monate

Bei Entsendungen von längerer Dauer als 12/18 Monate stellt sich die Lage nach Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu folgendermaßen dar: Über den Katalogtatbestand des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG hinaus müssen nun alle in Rechtsvorschriften und (zumindest) allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen enthaltenen Arbeitsbedingungen auf alle entsandten Arbeitnehmer angewandt werden, außer Regelungen über die Verfahren, Formerfordernisse und Bedingungen für den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverträgen sowie Wettbewerbsklauseln. Ausgenommen sind ferner die Regelungen über die betriebliche Altersversorgung.

Zwei durch Rechtsvorschriften gestaltete Regelungsbereiche, die nicht schon über Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG bei unterjährigen Entsendungen auf entsandte Arbeitnehmer angewandt werden müssen, drängen sich aus deutscher Sicht abstrakt insoweit auf: Allgemeine Arbeitsbedingungen, die in Standardarbeitsverträgen des Entsendeunternehmens geregelt sind, müssten bei über einjährigen Entsendungen der deutschen Kontrolle der AGB nach §§ 305 ff. BGB unterworfen werden. Außerdem müssten entsandte Arbeitnehmer genauso wie einheimische Arbeitnehmer, die nicht über einen Arbeitsvertrag zum Betriebsinhaber verfügen⁶⁰, in die Betriebsverfassung einbezogen werden. Dies kann allerdings in erster Linie für grenzüberschreitend eingesetzte Leiharbeitnehmer und weniger für Werkvertragsarbeitnehmer relevant werden⁶¹.

Nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 3 und 4 Richtlinie 96/71/EG-neu müssen die Mitgliedstaaten auf der offiziellen nationalen Website über die insoweit für entsandte Arbeitnehmer geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in transparenter Weise informieren⁶². Die zuständigen Mitarbeiter des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales müssen also die entsprechenden Rechtsvorschriften und allgemeinverbindliche Tarifverträge im Hinblick auf die Anwendung auf entsandte Arbeitnehmer analysieren und deren Regelungsgehalt darstellen – und zwar nach Art. 5 Abs. 2 lit. c Richtlinie 2014/67/EU „unter Berücksichtigung der Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt in den wichtigsten Sprachen“ der Herkunftsstaaten nach Wahl des Zielstaats. Dies dürfte in überschaubarer und transparenter Weise kaum zu schaffen sein. Gelingt es dem Zielstaat

60 Siehe dazu ausführlich *Raab*, in: Gemeinschaftskommentar zum BetrVG (GK-BetrVG), 11. Aufl. 2018, § 7 Rn. 24 ff.

61 Siehe dazu für den reinen Inlandsfall *Franzen*, Drittbezogene Betriebsratsrechte im Einsatzbetrieb, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Freie Industriedienstleistung als Alternative zur regulierten Zeitarbeit*, 2012, S. 85, 90 ff. mit Verweis auf BAG 27.1. 2004 – 1 ABR 7/03, NZA 2004, 556.

62 Siehe dazu schon oben IV 3.

der Entsendung nicht, die danach geltende Rechtslage transparent und richtig darzustellen, muss dieser Umstand nach Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 5 Richtlinie 96/71/EG-neu bei der Festlegung der Sanktionen – für den Dienstleistungserbringer (!), nicht für die Mitgliedstaaten – berücksichtigt werden.

2. Als Herkunftsland einer Entsendung

Deutschland liegt hinter Polen an zweiter Stelle, was die Herkunft der entsandten Arbeitnehmer bezogen auf die Mitgliedstaaten der EU angeht⁶³. Daher lohnt ein Blick auf die Veränderungen, welche sich aus dieser Perspektive ergeben. Bislang ist die Geltung der Entsenderichtlinie 96/71/EG unter diesem Aspekt für Deutschland rechtlich weitgehend unerheblich. Dies liegt daran, dass der Katalog des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG lediglich Mindestarbeitsbedingungen statuiert, welche zurückweichen, wenn das aus dem Herkunftsland mitgebrachte Arbeitsrecht günstiger ist, was Art. 3 Abs. 7 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG ausdrücklich klarstellt. Wegen Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung bleibt die Geltung der Arbeitsrechtsordnung des Herkunftslands weitgehend erhalten⁶⁴; Ähnliches gilt wegen Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) 883/2004 für das Sozialversicherungsrecht – jedenfalls für die ersten beiden Jahre einer Entsendung⁶⁵.

Unter der neugefassten Entsenderichtlinie wird sich dies ändern: Nach einer relativ kurzen Entsendedauer von zwölf bzw. 18 Monaten muss wegen des Grundsatzes der Gleichbehandlung weitgehend das gesamte Arbeitsrecht des Zielstaats angewandt werden⁶⁶. Und insoweit kann man nicht mehr davon ausgehen, dass die für die aus Deutschland entsandten Arbeitnehmer geltenden Herkunfts-Arbeitsbedingungen günstiger sind als diejenigen im Aufnahmestaat. Dieses Regelungskonzept führt zu einem nicht unerheblichen bürokratischen Mehraufwand, weil nun die Rechtsordnungen der Zielstaaten auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht genau – und jede für sich – analysiert und beachtet werden müssen. Spöttisch wurde bereits angemerkt, dass nun qualifizierte Arbeitnehmer einfacher nach Indien oder China entsandt werden könnten als in andere Mitgliedstaaten der EU⁶⁷.

63 Siehe oben I.

64 Siehe dazu schon oben II 1.

65 Siehe dazu noch unten VI 2 a.

66 Siehe im Einzelnen oben IV 3.

67 Vgl. den Bericht „Mehr Aufwand bei Entsendungen ins Ausland?“, ula-Nachrichten, Dezember 2017, S. 8.

VI. Bewertung

1. Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)

Die neugefasste Entsenderichtlinie wird unbestreitbar grenzüberschreitende Dienstleistungen, welche Arbeitnehmer des Herkunftsstaats im Zielstaat erbringen sollen, erheblich erschweren. Die Regulierungsdichte des Zielstaats nimmt im Hinblick auf entsandte Arbeitnehmer zu. Damit ist die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV berührt.

a) Grundlinien der EuGH-Rechtsprechung

aa) Obersätze des EuGH

Der EuGH wurde bereits häufig mit Konstellationen aus dem Problemfeld „Dienstleistungsfreiheit und Entsendung von Arbeitnehmern“ befasst. In einer weit zurückreichenden Präjudizienkette – beginnend mit der Entscheidung *Seco* aus dem Jahr 1982⁶⁸ – hat der EuGH stets – allerdings zunächst lediglich in *obiter dicta*⁶⁹ – betont, dass das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder Tarifverträge der Sozialpartner über Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet eine auch nur vorübergehende Tätigkeit ausüben; dies gelte auch für die Durchsetzung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln⁷⁰. Erst später hat der EuGH versucht, diese Rechtsprechung in die bis dahin entwickelte Dogmatik der Dienstleistungsfreiheit einzupassen⁷¹.

Man kann den in der EuGH-Rechtsprechung erreichten Erkenntnisstand folgendermaßen zusammenfassen⁷²: Der EuGH betrachtet die Anwendung

68 EuGH 3.2. 1982 – 62/81 und 63/81 Rn. 14 – *Seco*.

69 Vgl. EuGH 3.2. 1982 – 62/81 und 63/81 Rn. 14 – *Seco*; EuGH 27.3. 1990 – C-113/89 Rn. 18 – *Rush Portuguesa*; EuGH 9.8. 1994 – C-43/93 Rn. 23 – *Vander Elst*; ebenso die Einschätzung von *Birk*, Arbeitsrecht und Internationales Privatrecht, RdA 1999, 13, 17.

70 EuGH 3.2. 1982 – 62/81 und 63/81 Rn. 14 – *Seco*; EuGH 27.3. 1990 – C-113/89 Rn. 18 – *Rush Portuguesa*; EuGH 9.8. 1994 – C-43/93 Rn. 23 – *Vander Elst*.

71 Beginnend mit EuGH 28.3. 1996 – C-272/94 Rn. 10 – *Guiot*; ebenso die Bewertung von *Krepper*, Die Anwendung des eigenen Arbeitsrechts auf vorübergehend aus einem anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer – Europa- und kollisionsrechtliche Gedanken, ZEuP 2001, 358, 368.

72 Vgl. von *Danwitz*, Die Rechtsprechung des EuGH zum Entsenderecht, EuZW 2002, 237, 240 ff.; *Hailbronner*, Die Kontrolle der Entsendung ausländischer Arbeitnehmer und die Dienstleistungsfreiheit, EWS 1997, 401, 405 f.; *Kort*, Die Bedeutung der europarechtlichen Grundfreiheiten für die Arbeitnehmerentsendung und die Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2002, 1248, 1251 f.; *Schlachter*, Grenzüberschreitende Dienstleistungen: Die Arbeitnehmerentsendung zwi-

von arbeitsrechtlichen Vorschriften des Destinationsstaats auf Arbeitnehmer, die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in diesen Staat entsandt werden, grundsätzlich als eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Es handelt sich dabei um Regelungen, die zwar unterschiedslos für in- und EU-ausländische Dienstleistungserbringer gelten, sie sind jedoch grundsätzlich geeignet, die Tätigkeit des nicht ansässigen Dienstleistenden zu behindern oder zu erschweren⁷³. Diese Beschränkung kann jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein⁷⁴. Dies setzt voraus, dass die Regelung für alle im Hoheitsgebiet des Destinationsstaats tätigen Personen oder Unternehmen gilt und das durch die Regelung geschützte Allgemeininteresse nicht bereits durch Vorschriften geschützt ist, denen der Dienstleistende in seinem Heimatstaat unterliegt⁷⁵. Zu den vom EuGH anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört der Schutz der Arbeitnehmer⁷⁶. Ferner muss die mitgliedstaatliche Regelung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen; sie muss also geeignet und erforderlich sein, um das zulässige Regelungsziel des Schutzes der Arbeitnehmer zu erreichen⁷⁷.

bb) Einzelfragen

Vor dem Hintergrund dieser Obersätze verstoßen nach Auffassung des EuGH Vorschriften des Destinationsstaats, welche dem Dienstleister Pflichten auferlegen, deren Zweck der Dienstleister bereits in seinem Niederlassungsstaat erfüllt, grundsätzlich gegen die Dienstleistungsfreiheit. Das grenzüberschreitend tätige Unternehmen wird hierdurch – anders als ein nur innerstaatlich agierendes Wirtschaftssubjekt – einer Doppelregelung durch Vorschriften des Sitz- und des Tätigkeitsstaats unterworfen. Hierzu zählten beispielsweise die Kostenpflicht für Arbeitserlaubnisse von Arbeitnehmern aus Drittstaaten aufgrund von Vorschriften des Destinati-

schen Dienstleistungsfreiheit und Verdrängungswettbewerb, NZA 2002, 1242, 1245 f.; *Franzen*, ZEuP 1997, 1055, 1063.

73 EuGH 9.8. 1994 – C-43/93 Rn. 14 – *Vander Elst*; EuGH 28.3. 1996 – C-272/94 Rn. 10 f. – *Guiot*.

74 Grundlegend EuGH 25.7. 1991 – 76/90 Rn. 15 – *Säger*; EuGH 24.3. 1994 – C-275/92 Rn. 43 – *Schindler*; EuGH 9.8. 1994 – C-43/93 Rn. 16 – *Vander Elst*; EuGH 28.3. 1996 – C-272/94 Rn. 11 – *Guiot*.

75 Siehe etwa EuGH 17.12. 1981 – 279/80 Rn. 17 – *Webb*; EuGH 25.7. 1991 – 76/90 Rn. 15 – *Säger*; EuGH 9.8. 1994 – C-43/93 Rn. 16 – *Vander Elst*; EuGH 28.3. 1996 – C-272/94 Rn. 11 – *Guiot*; EuGH 23.11. 1999 – C-369/96 und C-376/96 Rn. 34 – *Arblade*.

76 Ständige Rechtsprechung seit EuGH 17.12. 1981 – 279/80 Rn. 17 ff. – *Webb*.

77 Überblick über den Prüfungsmaßstab bei *Heuschmid/Schierle*, in *Preis/Sagan* (Fn. 3), § 5 Rn. 18-28.

onsstaats⁷⁸ sowie die Belastung mit Beiträgen zu Sozialkassen, die zu gleichem oder ähnlichem Zweck bereits von Institutionen des Herkunftsstaats des Dienstleisters erhoben werden⁷⁹. Eine Rechtfertigung kommt außerdem nur dann in Betracht, wenn die entsprechenden Beiträge auch Ansprüche der entsandten Arbeitnehmer begründen⁸⁰. Für mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar hält der EuGH eine durch den Mitgliedstaat angeordnete Haftung des Bauunternehmers für den vom Nachunternehmer zu zahlenden Mindestlohn⁸¹.

Außerdem hat der EuGH die Anwendung von Mindestlöhnen des Destinationsstaats für verhältnismäßig und damit grundfreiheitenkonform gehalten⁸². Mindestlöhne dienen zwar in erster Linie dem Schutz des Arbeitsmarkts des Destinationsstaats vor ausländischer sog. „Billigkonkurrenz“⁸³. Der EuGH hat allerdings in seinen Urteilen *Finalarte* und *Portugaia* solche gesetzgeberischen Zweckverfolgungen ausdrücklich für irrelevant erklärt, wenn der Mindestlohn bei objektiver Betrachtung den Schutz der entsandten Arbeitnehmer fördert⁸⁴. Allerdings hat es der EuGH nicht akzeptiert, wenn der Zielstaat der Entsendung bestimmte Zulagen oder Zuschläge, welche der Dienstleistungserbringer seinen entsandten Arbeitnehmern aufgrund seines Heimatrechts bezahlt, aus dem Mindestlohn gemäß Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Richtlinie 96/71/EG herausrechnet⁸⁵. Bei dieser Gelegenheit hat der EuGH die Abgrenzungsformel entwickelt, dass solche Zulagen und Zuschläge als Bestandteile des Mindestlohns im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Richtlinie 96/71/EG berücksichtigt werden

78 Vgl. EuGH 27.3. 1990 – C-113/89 – *Rush Portuguesa*; EuGH 9.8. 1994 – C-43/93 – *Vander Elst*.

79 Siehe etwa EuGH 28.3. 1996 – C-272/94 Rn. 14 f. – *Guiot*; EuGH 23.11. 1999 – C-369/96 und C-376/96 Rn. 48 – *Arblade*; EuGH 25.1. 2001 – C-70/98 und C-71/98 Rn. 50 ff. – *Finalarte*; EuGH 18.7. 2007 – C-490/04 Rn. 45 ff. – *Kommission/Deutschland*; siehe dazu *Waas*, Neues zur Gemeinschaftsrechtskonformität des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, *EuZA* 2008, 367.

80 Vgl. EuGH 3.2. 1982 – 62/81 und 63/81 Rn. 15 – *Seco*; EuGH 23.11. 1999 – C-369/96 und C-376/96 Rn. 52 – *Arblade*.

81 EuGH 12.10. 2004 – C-341/02 – *Wolff & Müller*.

82 Vgl. EuGH 3.2. 1982 – 62/81 und 63/81 Rn. 14 – *Seco*; EuGH 27.3. 1990 – C-113/89 Rn. 18 – *Rush Portuguesa*; EuGH 9.8. 1994 – C-43/93 Rn. 23 – *Vander Elst*; EuGH 28.3. 1996 – C-272/94 Rn. 12 – *Guiot*; EuGH 23.11. 1999 – C-369/96 und C-376/96 Rn. 41 – *Arblade*; EuGH 15.3. 2001 – C-165/98 Rn. 28 – *Mazzoleni*; EuGH 24.1. 2002 – C-164/99 Rn. 21 f. – *Portugaia*.

83 So etwa der ausdrückliche Schutzzweck des deutschen AEntG, vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Arbeitnehmer-Entsendegesetz, BT-Drucks. 13/2414, S. 7.

84 Siehe EuGH 25.10. 2001 – C-70/98 und C-71/98 Rn. 41 – *Finalarte*; EuGH 24.1. 2002 – C-164/99 Rn. 28 – *Portugaia*.

85 EuGH 14.4. 2005 – C-341/02 Rn. 30 ff. – *Kommission/Deutschland*.

müssen, die das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung nicht verändern⁸⁶. In jüngerer Zeit scheint der EuGH generell großzügigere Maßstäbe anzulegen⁸⁷. So hat der EuGH beispielsweise im Urteil Sähköalojen aus dem Jahr 2015 die Einteilung der entsandten Arbeitnehmer in Lohngruppen von Tarifverträgen des Zielstaats gebilligt, sofern die Berechnung der Tariflöhne nach zwingenden und transparenten Vorschriften vorgenommen werden kann, was die innerstaatlichen Gerichte prüfen müssten⁸⁸.

b) Anwendung dieser Maßstäbe auf die neugefasste Entsenderichtlinie

aa) Grundsatz der Gleichbehandlung bei länger dauernder Entsendung (Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu)

Den unter dem rechtlichen Prüfungsmaßstab der Dienstleistungsfreiheit problematischsten Aspekt stellt die Regelung des Art. 3 Abs. 1a Richtlinie 96/71/EG-neu dar: Danach muss der Dienstleistungserbringer nach zwölf-beziehungsweise 18-monatiger Entsendung das gesamte in Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltene Arbeitsrecht des Zielstaats auf seine entsandten Arbeitnehmer anwenden, mit Ausnahme der Verfahren und Bedingungen über die Begründung und Beendigung der Arbeitsverträge einschließlich Wettbewerbsklauseln und der ergänzenden betrieblichen Altersversorgung – und zwar unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut⁸⁹. Dies führt zu einem schwer durchschaubaren Regelungsgeflecht von Arbeitsvertragsstatut des Herkunftsstaats und zwingenden Bestimmungen des Zielstaats. Darüber hinaus ist nicht ohne weiteres ersichtlich, welche konkreten Bestimmungen des Zielstaats nach Ablauf der Zwölf- bzw. 18-Monatsfrist tatsächlich auf entsandte Arbeitnehmer angewandt werden müssen. Es gibt für den dann grundsätzlich geltenden Gleichbehandlungsgrundsatz keinen Vergleichsmaßstab, denn anders als etwa im Rahmen der Leiharbeit existieren bereits abstrakt keine insoweit vergleichbaren Arbeitnehmer desselben (Einsatz-) Arbeitgebers. Man müsste wohl danach fragen, welche Rechtsvorschriften und allgemeinverbindliche (bzw. andere allgemeine)⁹⁰ Tarifver-

86 EuGH 14.4. 2005 – C-341/02 Rn. 38 ff. – Kommission/Deutschland; ebenso EuGH 7.11. 2013 – C-522/12 – Isbir; siehe dazu *Bayreuther*, Mindestlohnwirkungsame Leistungen im Geltungsbereich des Entsenderechts, EuZA 2014, 189.

87 Ähnliche Einschätzung bei *Heuschmid/Schierle*, in Preis/Sagan (Fn. 3), § 5 Rn. 23.

88 EuGH 12.2. 2015 – C-396/13 – Sähköalojen.

89 Siehe oben IV 3.

90 Siehe oben IV 1 und V 1 a.

träge für ein Unternehmen des Zielstaats gelten würden, wenn dieses die Tätigkeit des Entsendeunternehmens ausführen würde.

Beide Aspekte machen die Regelung des Art. 3 Abs. 1a Richtlinie 96/71/EG in hohem Maße intransparent. Der EuGH hat aber dem Aspekt der Transparenz und Durchschaubarkeit der Regelungen des Zielstaats für den ausländischen Dienstleistungserbringer immer einen großen Stellenwert eingeräumt. Dies gilt auch und gerade für die jüngere und aus Sicht der Destinationsstaaten relativ großzügige Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Sähköalojen* aus dem Jahr 2015⁹¹. Dort hat der EuGH die weite Auslegung des Begriffs der „Mindestlohnsätze“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. c Richtlinie 96/71/EG a.F. ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt, dass die Anwendung der Bestimmungen des Zielstaats in transparenter und zwingender Weise vorgenommen werden kann⁹².

Außerdem erscheint der Aspekt der „Doppelregelung“⁹³ problematisch. Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu erklärt neben dem Arbeitsvertragsstatut des Herkunftsstaats zusätzlich weitere zwingende Bestimmungen des Destinationsstaats für anwendbar. Diese Regelungstechnik steigert die Gefahr, dass der ausländische Dienstleistungserbringer zwingenden Bestimmungen des Zielstaats ausgesetzt wird, deren Schutzzwecke bereits durch Anwendung der Rechtsordnung des Herkunftsstaats erfüllt worden sind. Dies aber würde die Dienstleistungsfreiheit des ausländischen Unternehmens nicht unerheblich beeinträchtigen. Verstärkt wird dieser Gesichtspunkt durch den Umstand, dass die EU-Rechtsangleichung im Arbeitsrecht bereits in nicht unerheblicher Weise fortgeschritten ist, und man in vielen Regelungsfeldern daher ein gewisses Maß an gleichwertigem Arbeitnehmerschutz auch in den Herkunftsstaaten der Entsendung erwarten kann und darf⁹⁴. Diese Auswirkung hätte man vermeiden oder doch eindämmen können, wenn man der Regelungstechnik des Kommissionsvorschlags gefolgt wäre und einen kollisionsrechtlichen Statutenwechsel angeordnet hätte – dann freilich erst nach deutlich längerer Entsendedauer⁹⁵. Es erscheint also schon fraglich, ob mit der Regelungstechnik des Art. 3 Abs. 1a Richtlinie 96/71/EG-neu wirklich das mildeste, die Dienstleistungsfreiheit am wenigsten beeinträchtigende Regelungsmittel gewählt wurde.

91 EuGH 12.2. 2015 – C-396/13 – *Sähköalojen*.

92 EuGH 12.2. 2015 – C-396/13 Rn. 44 – *Sähköalojen*.

93 Siehe oben VI 1 a, bb.

94 Vgl. zu diesem Aspekt EuGH 19.6. 2008 – C-319/06 Rn. 60 – *Kommission/Luxemburg*.

95 Siehe oben III; *Rebhahn* (Fn. 1), S. 82, plädiert für „eine zeitliche Beschränkung des Rechts auf Mitnahme der Sozial- und Arbeitsbedingungen des Herkunftslandes, insbesondere des Verbleibs in dessen Sozialsystem, auf 12 Monate“.

Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass wirkliche Missbräuche bereits über eine sachgerechte Anwendung des Kollisionsrechts gelöst werden könnten. Entfaltet ein Unternehmen mit Sitz in Mitgliedstaat A dort keine nennenswerte Geschäftstätigkeit, sondern lediglich in Mitgliedstaat B, dann liegt bereits der gewöhnliche Arbeitsort der Arbeitnehmer nach Art. 8 Abs. 2 Satz 1 Rom I-Verordnung vielfach in diesem Mitgliedstaat; dessen Rechtsordnung kommt vollständig zur Anwendung – und zwar von Anfang an. Im Übrigen stellt für die Beantwortung der Frage, ob tatsächlich eine Entsendung vorliegt, Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 2014/67/EG entsprechende Kriterien auf, an denen sich die zuständigen Behörden orientieren können⁹⁶. Daher hätte die Kommission zumindest die Evaluation dieser Richtlinie abwarten sollen, bevor den Unternehmen weitere Regulierungen auferlegt werden.

bb) Sonstige Neuregelungen

Demgegenüber dürften sich die anderen Neuregelungen nicht als derart problematisch erweisen. Sie betreffen mit der Änderung des Katalogtatbestands des Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu überwiegend Bestimmungen, deren Inhalt bereits durch die EuGH-Rechtsprechung zur bisherigen Fassung dieser Tatbestände vorgezeichnet war⁹⁷.

Nicht ganz unproblematisch erscheint die Option für die Mitgliedstaaten, nach Art. 3 Abs. 8 Richtlinie 96/71/EG-neu auch andere als für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge auf entsandte Arbeitnehmer für anwendbar erklären zu können⁹⁸. Die Ausübung dieser Option kann je nach Ausgestaltung im Einzelfall die Rechtsanwendung verunklaren und daher die Transparenz für den ausländischen Dienstleistungserbringer unterminieren. Dieser Kritikpunkt betrifft dann aber primär die Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Regelung im Einzelfall und nicht die unionsrechtlich eingeräumte Option als solche.

2. Fehlende Abstimmung mit sonstigem Kollisionsrecht

a) Sozialversicherungsrecht

Einwänden systematischer Art – aber in erster Linie rechtspolitischer Natur – sieht sich die Regelung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1a Richtlinie 96/71/EG im Hinblick auf die Regelung des Zeitfaktors ausgesetzt. Eine zwölf- beziehungsweise 18-monatige Frist findet sich in vergleichbaren Regelungszusammenhängen nicht: Das Kollisionsrecht der Sozialversicherung sieht in Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG)

96 Siehe oben II 3.

97 Siehe oben IV 2; vgl. EuGH 12.2. 2015 – C-396/13 – Sähköalojen.

98 Siehe oben IV 1.

883/2004 erst nach 24 Monaten einen Statutenwechsel vor; der entsandte Arbeitnehmer bleibt die ersten 24 Monate dem Sozialversicherungssystem des Herkunftsstaats als dem Beschäftigungsstaat nach Art. 11 Abs. 3 lit. a Verordnung (EG) 883/2004⁹⁹ zugeordnet und wechselt erst danach in dasjenige des Zielstaats¹⁰⁰. Diese Frist von 24 Monaten kann durch bilaterale Vereinbarungen noch verlängert werden, wovon vielfach Gebrauch gemacht wird¹⁰¹. Art. 3 Abs. 1a Richtlinie 96/71/EG-neu verstärkt nun das Auseinanderfallen von anwendbarem Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht, was jedenfalls für die Praxis der entsendenden Unternehmen zumindest misslich ist.

b) Arbeitsvertragsrecht

Art. 3 Abs. 1a Richtlinie 96/71/EG-neu ist ferner nicht hinreichend mit dem Kollisionsrecht des Arbeitsvertrags nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-Verordnung abgestimmt¹⁰². Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung – eine Vorschrift, welche kollisionsrechtlich in den meisten hier interessierenden Fallkonstellationen zur Anwendung kommen würde¹⁰³ – kennt keine festen zeitlichen Vorgaben. Erwägungsgrund 36 der Rom I-Verordnung konkretisiert das entsprechende Tatbestandsmerkmal der „vorübergehenden“ Verrichtung der Arbeit in einem anderen Staat als dem des gewöhnlichen Arbeitsorts in Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung folgendermaßen:

„Bezogen auf Individualarbeitsverträge sollte die Erbringung der Arbeitsleistung als vorübergehend gelten, wenn von dem Arbeitnehmer erwartet wird, dass er nach seinem Arbeitseinsatz im Ausland seine Arbeit im Herkunftsstaat wieder aufnimmt.“

Nach überwiegender Auffassung in der Literatur stellt der Gegenbegriff des Wortes „vorübergehend“ in Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung die „endgültige“ Verlagerung des gewöhnlichen Arbeitsorts dar¹⁰⁴. Diese Auslegungsgesichtspunkte werden, wenn sie überhaupt einen Statutenwechsel begründen können, in aller Regel zu erheblich längeren Zeiträumen führen als den in Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG genannten.

99 Dazu *Steinmeyer*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), AEUV Art. 48 Rn. 33 ff.

100 Näher zum Kollisionsrecht der Sozialversicherung in Entsendefällen *Steinmeyer*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), AEUV Art. 48 Rn. 36 ff.

101 Vgl. dazu *Steinmeyer*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), AEUV Art. 48 Rn. 43.

102 Siehe zum Verhältnis des Arbeitskollisionsrechts und der EU-Entsenderichtlinie allgemein *Franzen*, ZEuP 1997, 1055, 1064 ff.

103 Siehe oben II 1.

104 Siehe *Deinert* (Fn. 16), § 9 Rn. 102 ff.; *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 2), Rom I-VO Art. 8 Rn. 38 mit weiteren Nachweisen.

Dieser Einwand begründet allerdings keine rechtlich erhebliche Kollision zwischen Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-Verordnung und Art. 3 Abs. 1a Unterabs. 1 Richtlinie 96/71/EG-neu. Nach Art. 23 Rom I-Verordnung bleiben Vorschriften des Unionsrechts unberührt, die in besonderen Bereichen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten. Hierzu gehört auch die Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG¹⁰⁵, deren Regelungen somit insoweit durch Art. 23 Rom I-Verordnung Vorrang vor denjenigen der Rom I-Verordnung eingeräumt wurde.

VII. Fazit

Die geänderte Arbeitnehmerentsenderichtlinie wird die Bedingungen für die Erbringer grenzüberschreitender Dienstleistungen aus Mitgliedstaaten mit niedrigerem Lohnniveau verschlechtern. Sie werden mit zusätzlichen Anforderungen der Destinationsstaaten überzogen; dies gilt vor allem für über zwölf beziehungsweise 18 Monate dauernde Entsendungen aufgrund des dann wirkenden Gleichbehandlungsgrundsatzes, der aber auch wiederum in nicht ganz durchsichtiger Weise modifiziert wird. Die neugefasste Entsenderichtlinie wird bewirken, dass Unternehmen aus Mitgliedstaaten mit niedrigerem Lohnniveau ihre Vorteile im Wettbewerb um standortgebundene Dienstleistungen nicht mehr wie bisher ausspielen können. Dies ist von den Befürwortern der Neuregelung intendiert und zeigt paradigmatisch, dass auch innerhalb Europas zunehmend Protektionismus um sich greift – gemäß dem Postulat des französischen Staatspräsidenten *Emmanuel Macron*, der „une Europe qui protège“ fordert. Der Glaube an wirtschaftliche Konvergenz aufgrund eines gemeinsamen Marktes mit dem freien Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Arbeitskräften in Europa ist erschüttert. Für den Binnenmarkt ist die neugefasste Arbeitnehmerentsenderichtlinie daher kein gutes Signal – und für die entsandten Arbeitnehmer, die angeblich geschützt werden sollen, wahrscheinlich auch nicht. Sie werden vermutlich einfach nicht mehr so häufig entsandt werden.

105 Vgl. dazu *Krebber*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Fn. 2), Rom I-VO Art. 23 Rn. 1.

Diskussion*

Dr. *Cornelia Drenckhahn* (Allen Overy LLP Hamburg) fragte, ob die zu erwartende Umsetzung der neugefassten Entsenderichtlinie in ein nationales Gesetz zu einer Modifikation des Begriffs „vorübergehend“ in Art. 8 der Rom I-Verordnung führe. Nach seiner bisherigen Rechtsprechung lese der EuGH in diesen Terminus einen gewissen Zeitraum hinein, nach dessen Ablauf ein Statutenwechsel erfolge. Hier sei jetzt aber ein Schnitt zu erwarten.

Professor Dr. *Martin Franzen* (Ludwig-Maximilians-Universität München) verneinte dies und verwies auf eine Endbestimmung in der Rom I-Verordnung, wonach europäischen Kollisionsvorschriften der Vorrang zukomme. Einer Modifikation bedürfe es daher nicht. Auch sei kein „Schnitt“ zu erwarten, die Entsenderichtlinie regle einen Statutenwechsel gerade nicht. Dieser erfolge unverändert erst nach Ablauf des durch den Begriff „vorübergehend“ umschriebenen Zeitraums. Zu beachten sei hierbei die recht großzügige Interpretation des EuGH.

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR München) ergänzte diese Ausführungen dahingehend, dass es sich bei den Regelungen der Rom I- und Rom II-Verordnung um solche von allgemeiner Natur handle, insbesondere seien diverse Vertragstypen aus dem Anwendungsbereich der Verordnung explizit herausgenommen. Der Vorrang europäischer Kollisionsvorschriften sei außerdem positivrechtlich in der Rom I-Verordnung statuiert. Dies verdeutliche ein Blick in Art. 46a ff. EGBGB a.E. Bei den aufgeführten Vertragstypen handle es sich um speziell europäisch harmonisierte Vorschriften. Richtlinienkollisionsrecht, etwa die Entsenderichtlinie und das darauf beruhende nationale Recht, sei damit als *lex specialis* anzusehen. Ungeachtet dessen ergebe sich das Vorrangverhältnis zudem aus Art. 9 Rom I-Verordnung über die Eingriffsnormen. Die Neufassung der Entsenderichtlinie ändere damit nichts an den ursprünglichen Anknüpfungskriterien. Auch ein Statutenwechsel sei, wie bereits vom Referenten erwähnt, nicht vorgesehen.

Professor Dr. *Reingard Zimmer* (Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin) verwies auf Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 und 3 der Entsenderichtlinie, denen der Referent im Bereich Deutschlands eine nur untergeordnete Bedeutung beimesse. Bezogen auf die Tarifverträge, die zur Anwendung gebracht werden könnten, ohne für allgemeinverbindlich erklärt worden zu sein, setze Unterabs. 2 voraus, dass eine allgemeine Wirksamkeit im je-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

weiligen geografischen Bereich bestehe. Es ließe sich argumentieren, dass im eng begrenzten Bereich des Tarifvertrags nicht alle Unternehmen erfasst sein müssten, ansonsten würde die Norm wegen der Kammermitgliedschaft der Arbeitgeber lediglich in Österreich Anwendung finden. Aus dem Blickwinkel der historischen Auslegung sei zu bemerken, dass der Unterabs. durch Dänemark eingebracht worden sei, eine 100%-ige Tarifbindung aber in den skandinavischen Ländern – welche besonders von der Norm Gebrauch machen wollten – allerdings nicht existiere. Damit müsse man darüber debattieren, wie hoch die Bindung tatsächlich sein müsse. Daneben sei fraglich, ob eine normative Bindung im Sinne des § 4 Abs. 1 TVG tatsächlich erforderlich sei. Hierfür fänden sich in den Materialien zur Entstehungsgeschichte keine Anhaltspunkte. Dies werfe die Frage auf, ob sich die allgemeine Wirksamkeit womöglich aus der Tarifanwendung ableiten ließe. Was die vom Referenten gestellte Frage nach „repräsentativsten“ Organisationen im Hinblick auf Unterabs. 3 angehe, so ließen sich Kriterien durchaus formulieren – beispielhaft sei § 3a AÜG.

Professor *Franzen* erwiderte, der eigentliche Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 8 Unterabs. 2 und 3 sei durch die Neufassung kaum geändert worden, lediglich das Wort „zusätzlich“ sei hinzugefügt worden. Über die vorgetragenen Argumentationsansätze ließe sich sprechen, zu beachten sei aber der ebenfalls in Abs. 8 normierte Gleichbehandlungsgrundsatz: Ein ausländisches Unternehmen könne sich danach stets darauf berufen, so behandelt zu werden wie ein inländisches. Solange es an einer Allgemeinverbindlicherklärung fehle, könne ein inländisches Unternehmen nach deutschem Recht die Bindung an einen Tarifvertrag aber ablehnen. Dies müsse dann auch für ein ausländisches Unternehmen gelten.

Professor *Zimmer* warf die Möglichkeit der Problemlösung im Wege eines „Anwendungsbefehls“ durch den Gesetzgeber in die Diskussion. Dieser müsse dann auch für inländische Unternehmen Geltung beanspruchen, etwa nach dem Muster einer Allgemeinverbindlicherklärung.

Professor *Franzen* bestätigte dies, der Gesetzgeber habe generell viele Möglichkeiten. Wenn es aber um die unmittelbare Umsetzungsnotwendigkeit der Richtlinie gehe, so könne der Gesetzgeber, wenn er ansonsten nichts im Tarifvertragsgesetz ändere, eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes jedenfalls in dieser Hinsicht nicht vermeiden.

In Bezug auf die zusätzlich eingefügten Tatbestände betreffend Aufwandsentschädigungen und Reisekostenerstattungen und darauf, dass dem Referenten keine diese Gegenstände regelnden Tarifverträge bekannt seien, fügte *Christof Geldmacher* (Brüggemann Rechtsanwälte Hamburg) hinzu, eine zentrale Vorschrift finde sich diesbezüglich in § 7 des Bundesrahmentarifvertrags für die Baubranche. Betrachte man die 43 %, welche die Baubranche im Bereich der Entsendungen ausmache, so handle es sich hierbei

um eine nicht zu vernachlässigende Neuerung. Des Weiteren falle bei der Lektüre des Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie auf, dass das „normale“ Arbeitsverhältnis dort nunmehr umfassend geregelt sei, zumal der Tarifvertrag der Baubranche als allgemeinverbindlich anzusehen sei.

Professpr Dr. *Matthias Jakobs* (Bucerius Law School Hamburg) konkretisierte diese Anmerkung mit der Frage, was sich mit der Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach zwölf bzw. 18 Monaten überhaupt noch ändere, umfasse der Katalog des Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie doch fast alle wesentlichen Teilaspekte des Arbeitsvertrags.

Professor *Franzen* bestätigte dies; es gebe in der Tat wenige Bereiche, die dem Katalogtatbestand nicht zuzuordnen seien. Zu denken sei an allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze, die AGB-Kontrolle oder der Bereich der Betriebsverfassung. Mangels eines Vertrags zum Betriebsinhaber könne hier aber die Vergleichbarkeit angezweifelt werden. Das Absurde an der Regelung sei, dass sich durch den Gleichbehandlungsgrundsatz in Bezug auf den Arbeitnehmerschutz in materiellrechtlicher Hinsicht kaum etwas ändere, für die Unternehmen sich nunmehr jedoch extreme Schwierigkeiten ergäben, die Forderungen umzusetzen. Für den Hinweis auf den Bundesrahmentarifvertrag Bau bedankte sich Professor *Franzen*.

Manfred Walser (Soka-Bau Wiesbaden) stimmte seinem Vorredner in Bezug auf die Relevanz der Zulagenregelung in der Bauwirtschaft zu. Auch werde insoweit die Umsetzung spannend. Beispielsweise werde es zentral auf die Frage ankommen, was zukünftig als Lohnbestandteil zu definieren sei. Hier seien also auch materiellrechtliche Änderungen für Arbeitnehmer zu erwarten. Hieran angeknüpft werfe die Zwölf-Monats-Regelung weitere Fragen auf. In der Bauwirtschaft bestehe etwa ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag über vermögenswirksame Leistungen. Ob diese als Lohnbestandteil anzusehen seien oder nicht, sei unklar, ebenso wie die Frage, ob der Tarifvertrag sofort Anwendung finde oder erst nach Ablauf der zwölf Monate. Dem Gesetzgeber sei zu raten, hier möglichst klare Regelungen zu treffen. Lese man die Regelung so, dass sie tatsächlich erst nach zwölf Monaten Anwendung finde, so ergäbe sich außerdem ein Widerspruch zur Gestaltung des Sozialversicherungsrechts. Hiernach unterlägen Entsendungen, welche von vornherein auf einen längeren Zeitraum als 24 Monate angesetzt seien, von Anfang an dem Sozialversicherungsrecht, während im Entsenderecht eine Anwendbarkeit nunmehr erst nach zwölf Monaten in Betracht käme. Eine letzte Frage ergebe sich mit Blick auf die Einschränkung auf bundeseinheitliche Tarifverträge. Unter Berücksichtigung des Konzepts der Richtlinie müsse man doch sagen, dass jeder für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag, unabhängig von der Branche, eine Eingriffsnorm im Sinne der Entsenderichtlinie bzw. des Entsendegesetzes darstelle. Dies bedeute in der Konsequenz, dass die Ein-

schränkungen, die derzeit im Entsendegesetz bestünden, eigentlich entfallen müssten.

Professor *Franzen* stimmte dem im Generellen zu, nicht zu vergessen sei allerdings, dass bei für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen stets zunächst danach gefragt werden müsse, ob entsandte Arbeitnehmer überhaupt vom Geltungsbereich erfasst würden. Sei etwa die Arbeit in einer Betriebsstätte der Anknüpfungspunkt für die Geltung, stelle sich die Frage, ob der ausländische Unternehmer im Zielstaat einen Betrieb unterhalte, was letztlich als eine Frage des Einzelfalls zu werten sei. Wenn jedoch ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag grundsätzlich anwendungswillig sei, dann sei die Einschränkung auf bundeseinheitliche Tarifverträge nicht nachvollziehbar. Insoweit sei die Begrenzung womöglich unionsrechtswidrig. Auch Landestarifverträge müssten miteinbezogen werden. Zu der Frage, ob vermögenswirksame Leistungen als Lohnbestandteil zu klassifizieren seien oder nicht, verwies der Referent auf die Herausnahme betrieblicher Altersvorsorgebeiträge aus dem Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Würde man vermögenswirksame Leistungen also in diese Richtung interpretieren, so seien diese ohnehin nicht erfasst. Gerade aber bei solchen Fragen handle es sich um Detailstreitigkeiten, mit denen bei der Umsetzung der Richtlinie zu rechnen sei.

Robert Thurm (Arbeitgeberverband Gesamtmetall e.V. Berlin) bemerkte, in seiner Branche spielten Entsendungen eine bedeutende Rolle, die Suche nach validen Zahlen sei jedoch bisher mit enormen Schwierigkeiten verbunden gewesen. Die Zahlen, die der Referent in seiner Präsentation aufgeführt habe, stammten von den offiziellen A1 Bescheinigungen, also Konstellationen, in denen eine solche Bescheinigung tatsächlich ausgestellt wurde. Diese seien aus seiner Sicht jedoch viel zu niedrig: Die Unternehmensreaktion in der Praxis sei regelmäßig die Unkenntnis über die Notwendigkeit einer A1 Bescheinigung. Der Deutsche Reiseverband habe 23 Mio. Dienstreisen im Jahr ins Ausland registriert. Selbst wenn hiervon nur 10 % – was schon konservativ geschätzt sei – die rechtlichen Voraussetzungen einer Entsendung erfüllten, so wäre die Zahl erheblich höher als die aufgeführten 400.000. Wenn die Unternehmen anfangen, diese Entsendungen abzuwickeln, würde ein erheblicher Bürokratieaufwand auf die Verwaltungen zukommen. Abgesehen davon sei die Debatte der Meinung des Redners nach viel zu einseitig auf Entsendungen nach Deutschland beschränkt. Nicht zu vergessen sei, dass die Unternehmen nunmehr 28 Systeme abzuwickeln und zu ermitteln hätten. Betrachte man allein die Schwierigkeiten, die sich in Bezug auf Entsendungen nach Deutschland ergäben, so lasse dieser Umstand ein Chaos befürchten. Was den Transparenzaspekt angehe, so frage er, welche Anforderungen nach der Meinung des Referenten diesbezüglich zu stellen seien. Ihn würde beispielsweise

interessieren, in welcher Sprache das Internetportal, was von Deutschland zu erstellen sei, abzufassen sei und ob es für alle entsendenden Länder lesbar sein müsse. Zudem sei fraglich, ob die Inhalte der Tarifverträge im Volltext aufgeführt werden müssten oder die Angaben der Überschriften, wie in den Tarifarchiven, genüge.

In Bezug auf die Perspektive der Betrachtung antwortete Professor *Franzen*, die Veranstaltung solle Anlass dazu bieten, eine umfassende Sicht auf die Entsendeproblematik zu werfen – ein Vortrag zu Entsendungen aus Deutschland folge noch, weshalb an dieser Stelle hierauf zu verweisen sei. Im Prinzip sei dem Vorredner bezüglich der zu erwartenden Schwierigkeiten zuzustimmen. Dass 28 Systeme beachtet werden müssten, sei vermutlich nicht bedacht worden, man habe das Ganze wohl mehr aus der Perspektive des Konflikts Hochlohnland – Niedriglohnland gesehen. Was die Sprache des Portals angehe, so fänden sich Vorgaben in der Durchsetzungsrichtlinie. Wenn er sich recht erinnere, so sei die Information über die anzuwendenden Arbeitsbedingungen zwingend in der Sprache des Zielstaats, nach dessen Wahl aber auch in wichtigen Sprachen des Herkunftsstaats abzufassen. Die Ermittlungsfrage sei eine Aufgabe der Ministerialbürokratie. Ob eine solche Ermittlung und Niederlegung überhaupt möglich sei, sei fraglich. In rechtlicher Hinsicht interessant sei, ob die Richtlinie vor dem EuGH standhalte. Dies könne noch nicht beantwortet werden, die Entscheidung im anhängigen Vertragsverletzungsverfahren gegen die Richtlinie bliebe abzuwarten. Zu bemerken sei jedoch, dass der EuGH in letzter Zeit sozialpolitisch tendenziell arbeitnehmerfreundlich entscheide. In einem finnischen Fall beispielsweise, der die Beschränkung von Leiharbeit durch finnische Tarifverträge zum Gegenstand gehabt habe, habe der EuGH die entsprechende Richtlinienvorschrift für unanwendbar erklärt; damit habe er sich erkennbar zurückgehalten. Der EuGH wolle die Entsenderichtlinie, welche ein politischer Kompromiss gewesen sei, aus Sicht des Referenten nicht kippen. Wenn er eine Prognose abgeben solle, so vermute er, der EuGH werde das Transparenzgebot als Anforderung zwar betonen, die Frage, ob dieses im Einzelfall gewahrt sei, allerdings den Gerichten der Mitgliedstaaten überlassen. Insgesamt sei es besser gewesen, man wäre dem Vorschlag der Kommission gefolgt und hätte, wie im Sozialversicherungsrecht, nach einem gewissen Zeitraum einen klaren Schnitt gemacht. Dies hätte die Sache vereinfacht.

Mit einer Verständnisfrage wandte sich Dr. *Wulf Gravenhorst* (Gravenhorst & Partner Rechtsanwälte Düsseldorf) zu Wort. Ihm leuchte nicht ein, wieso Entsendungen aus Hochlohnländern erschwert würden – vielmehr würde dies doch auf Entsendungen in Hochlohnländer zutreffen.

Professor *Franzen* erwiderte, es seien Erschwerungen in beide Richtungen zu erwarten. Der erste Spiegelstrich seines Fazits beziehe sich auf Entsendungen in Hochlohnländer. Der zweite beziehe sich auf etwas, was in

Deutschland aufgrund des Günstigkeitsprinzips bisher nie wirklich eine Rolle gespielt habe. Deutsche Arbeitsbedingungen würden andere oft übertrumpfen, was nun jedoch anders geworden sei.

Dr. *Gravenhorst* antwortete, er verstehe nicht, wieso deutsche Entsendungen erschwert würden.

Professor *Franzen* verwies auf die komplexen Regelungen in den verschiedenen Zielstaaten, die nun beachtet werden müssten.

Dr. *Gravenhorst* fasste zusammen, dass es also nicht allein auf die Löhne, sondern auch auf die sonstigen Arbeitsbedingungen ankomme.

Professor *Franzen* bejahte dies. Als Unternehmen, welches sich rechtstreu verhalten wolle, müsse dies alles beachtet werden.

Ergänzend meldete sich erneut *Robert Thurm* zu Wort. Gerade der Umstand, dass Deutschland ein Hochlohnland sei, sei ein Aspekt, der in puncto Erschwerungen immer wieder in die Diskussion gerate. Die Entlohnungsvergleiche müssten alle bürokratisch ermittelt werden, damit der Nachweis, dass der deutsche Arbeitnehmer oberhalb dieser Sätze liege, möglich sei. Letztlich bekomme dieser keinen Cent mehr, der bürokratische Durchlauf führe aber zu erheblichen Schwierigkeiten.

Dr. *Alexander Lentz* (Fachanwalt für Arbeitsrecht Hamburg) fragte, ob auch die Anwendbarkeit der Tarifverträge zur Transparenz zähle. Nach den Erfahrungen aus der Praxis sei es so, dass die Frage der Anwendbarkeit, beispielsweise im Hinblick auf das Baugewerbe, oft nicht unproblematisch sei. Besonders für ausländische Unternehmen sei die Zuordnung, ob das jeweilige Unternehmen nun erfasst sei, schwierig. Es existierten etliche Entscheidungen des BAG, in denen die Frage der Anwendbarkeit höchst strittig gewesen sei, so dass sogar die Soka-Bau zunächst andere Einschätzungen vorgenommen habe. Wenn diese Frage zu bejahen sei, stelle sich im Anschluss die Folgefrage, ob den ausländischen Unternehmen nicht in einem Vorabverfahren, etwa nach § 7a Abs. 4 SGB analog, die Möglichkeit gewährt werden solle, hierüber eine verbindliche Auskunft zu erhalten. Der Sprecher habe den Eindruck, rein faktisch sei es so, dass man seinen Meldepflichten entweder nachkomme und bereits hierdurch eine eigene Zuordnung vornehme. Wolle man eine solche Einordnung nicht, melde man sich nicht, laufe dann aber Gefahr, sich damit konfrontiert zu sehen.

Professor *Franzen* antwortete, die Anwendbarkeit des Tarifvertrags sei als Grundfrage von erheblicher Bedeutung und müsse deshalb aus seiner Sicht klar formuliert werden. Damit müsse auch die Anwendbarkeit unter die Transparenz fallen. Professor *Franzen* verwies zudem auf einen Hinweis in der Richtlinie. Nach diesem müsse bei der Verhängung der Geldbuße auch miteinbezogen werden, ob die Regelung im Zielstaat intranspa-

rent gewesen sei. Dies müsse also mildernd berücksichtigt werden. Die Sinnhaftigkeit eines Vorverfahrens zweifle er aber an. Der hierfür erforderliche Zeitaufwand hätte erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen. Jedenfalls müsse dies legislativ geregelt werden.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR München) lenkte die Diskussion nochmals auf die Doppelanwendbarkeit. Seine Prognose sei, dass die entsendenden Unternehmen zur Vermeidung der Doppelregelung faktisch dazu gezwungen würden, Auflösungsverträge zu schließen und einen Neuabschluss vor Ort unter Zugrundelegung der allein im Zielstaat geltenden Regelungen vorzunehmen. Zusätzlich müssten eine Menge flankierende Fragen geklärt werden, wie etwa die Ermöglichung eines Wiedereinstiegs oder die Anrechnung der im Ausland verbrachten Beschäftigungsjahre. Rein faktisch sei dies im Vergleich zu einem hochkomplexen, unbekannten Doppelanwenden dennoch als leichtere Lösung anzusehen. Die Folge sei das Ende der Dienstleistungsfreiheit in diesem Bereich.

Professor *Franzen* hielt dies für gestalterisch machbar. Für Entsendungen über einen längeren Zeitraum hinweg würde dieser Weg bereits eingeschlagen, allerdings würden in Bezug auf den bestehenden Arbeitsvertrag Ruheregelungen getroffen. Bei kürzeren Entsendungen werde dieses Vorgehen hingegen nicht möglich sein – hier stelle sich aber das Gleichbehandlungsproblem auch nicht in vergleichbarer Weise. Durch die Änderung des Wortlauts „Mindestlohnsatz“ in „Entlohnung“ bleibe der Aspekt des erhöhten bürokratischen Aufwands gleichwohl auch bei kürzeren Entsendungen erhalten. Durch die Begriffsänderung müsse künftig nicht mehr nur die Mindestlohngruppe des jeweiligen Tarifvertrags Anwendung finden, wie es dem EuGH in der Elektrobudowa-Entscheidung vorge-schwebt sei, sondern vermutlich nun alles. Der Begriff der „Entlohnung“ sei weiter. Man müsse also danach fragen, wie der entsandte Arbeitnehmer bei derselben Tätigkeit im Zielstaat entlohnt würde. Dies gelte auch schon für Ein-Tages-Entsendungen, jedenfalls dann, wenn diese nicht bereits aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie herausgenommen worden seien. Bestätigend schlussfolgerte er, dass dies wohl als Ende des Binnenmarkts in diesem Bereich anzusehen sei. Der Protektionismus in Europa sei politisch anscheinend gewollt.

Othmar Traber (Ahlers & Vogel Rechtsanwälte Bremen) wies nochmal auf den Transparenzaspekt hin. Die Regelung der Richtlinie, nach welcher bei der Festsetzung der Geldbuße die Transparenz nach nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten berücksichtigt werden müsse, zeige, dass die Richtlinie die Transparenzfrage zwar im Blick habe, die Problematik jedoch auf Ebene der Rechtspraxis verlagert werde.

Professor *Franzen* schlug vor, die auf der von der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Website veröffentlichten Vorgaben der Mitgliedstaaten als

verbindlich anzusehen, so dass etwa einem Unternehmen, welches sich an diese Vorgaben halte, kein Vorwurf gemacht werden könne.

Christof Geldmacher ergänzte, dass das Problem der Geldbuße in seinen Augen nicht das entscheidende sei, sondern – zumindest im Bereich des Bausektors –, vielmehr die Bürgenhaftung des Auftraggebers. Im Ergebnis walze das Problem letztlich auf diesen zurück.

Manfred Walser stimmte dem zu; die Bürgenhaftung spiele bei der Durchsetzung des Entsenderechts in Deutschland eine relevante Rolle. In Bezug auf die Anmerkung seitens Professor *Giesen* erwiderte er, dass er den Neuabschluss jedenfalls im Bausektor als weniger praxistauglich ansehe: Mit Blick auf die empirischen Daten zeige sich, dass eine Entsendung durchschnittlich drei Monate dauere, wofür ein neuer Arbeitsvertrag wohl nicht geschlossen werde. Zur Transparenz fügte er hinzu, dass bereits auf der Seite der Finanzkontrolle Schwarzarbeit im Internet umfangreiche Angaben zu Tarifverträgen zu erfassten Branchen vorhanden seien. Zur Frage der Anwendbarkeit befände sich auf der Homepage der Soka-Bau ein unverbindlicher Selbstcheck für Unternehmen zur Klärung der Frage, ob diese vom Geltungsbereich erfasst seien oder nicht. Hierauf ließe sich aufbauen.

Professor *Franzen* fügte hinzu, er habe Professor *Giesens* Äußerung in Bezug auf Entsendungen über einen längeren Zeitraum hinweg verstanden, bei denen der prognostizierte Neuabschluss wohl eine größere Rolle einnehmen werde.

Die Neuregelung der Arbeitnehmerentsendung in Europa – Sozialrechtliche Fragen

Heinz-Dietrich Steinmeyer

	Seite
I. Einführung.....	50
II. Grundsätze des europäischen und internationalen Sozialrechts.....	51
1. Internationales Sozialrecht.....	51
2. Europäisches Sozialrecht.....	51
3. Zwischenergebnis	55
III. Die neue Entsenderichtlinie im Vergleich.....	55
1. Allgemeines	55
2. Vergleich mit dem System der Rom I-Verordnung	56
3. Förderung der Dienstleistungsfreiheit?	57
IV. Abstimmungsprobleme	57
V. Modifikation der Verordnung (EG) Nr. 883/04 als Antwort auf die Entsenderichtlinie?.....	59
VI. Rechtssystematische Bedenken	61
VII. Fazit	61
Diskussion	62

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Neues Arbeitnehmerentsenderecht* (München 2019), S. 49-61

I. Einführung

Arbeitsrecht und Sozialrecht erfassen in weiten Bereichen vergleichbare Lebenssachverhalte. In seinem Kern ist das Sozialrecht auf abhängige Beschäftigung bezogen und deckt sich damit mit dem Arbeitsrecht. Zwischen dem Arbeitsrecht und dem Sozialrecht bestehen zudem zahlreiche Verknüpfungen und auch Wechselwirkungen.

Bis zu einem gewissen Umfang sind arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Gestaltungsformen auch austauschbar und arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Gestaltungsformen ergänzen einander. Es sei für den ergänzenden Charakter auf die betriebliche Altersversorgung in ihrem Verhältnis zur gesetzlichen Rentenversicherung verwiesen und für den ersetzenden Charakter auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Verhältnis zum Krankengeld in der gesetzlichen Krankenversicherung.

Was für das Leistungsrecht des Sozialrechts im Verhältnis zu arbeitsrechtlichen Leistungen gilt, ist auch für das Beitragsrecht und seine Anknüpfung von Bedeutung. Der Arbeitgeber ist nach § 28e SGB IV Zahlungspflichtiger des Gesamtsozialversicherungsbeitrags und führt diesen monatlich ab; dieser Vorgang ist unmittelbar mit der monatlichen Entgeltzahlung verbunden.

All diese Vorgänge sind aufeinander abgestimmt und eingespielt, soweit es sich um rein nationale Sachverhalte handelt. Dafür sorgen Gesetzgebung, Tarifverträge und betriebliche Praxis. Daran ändert auch nichts, dass das Arbeitsrecht überwiegend Privatrecht ist und das Sozialrecht dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.

Die Situation stellt sich anders bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Ein ausländisches System stellt Wechselbeziehungen und Verknüpfungen anders her und die Abgrenzung des erfassten Personenkreises mag sowohl im Arbeitsrecht als auch im Sozialrecht eine andere sein. Hinzu kommt, dass die Anknüpfung im internationalen Arbeitsrecht dem internationalen Privatrecht folgt und die im internationalen Sozialrecht dem internationalen öffentlichen Recht. Das zeigt sich insbesondere daran, dass für das internationale Arbeitsrecht das Prinzip der Rechtswahl gilt, während im internationalen Sozialrecht nur die objektive Anknüpfung greifen kann.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden die – arbeitsrechtliche – Neuregelung der Arbeitnehmerentsendung aus der Sicht des Sozialrechts beleuchtet werden.

II. Grundsätze des europäischen und internationalen Sozialrechts

1. Internationales Sozialrecht

Es geht im Bereich des internationalen Sozialrechts darum, die Rechtsordnung zu bestimmen, die auf den jeweiligen grenzüberschreitenden Sachverhalt anzuwenden ist. Dabei orientieren sich die Vorschriften der §§ 3-6 SGB IV am Grundgedanken des Schwerpunkts eines Rechtsverhältnisses, in diesem Fall des Beschäftigungsverhältnisses. Dies dient dazu, dem Sachverhalt dasjenige Rechtsverhältnis zuzuordnen, das ihm sachlich am Nächsten steht. Es erscheint sinnvoll, Beschäftigungsverhältnisse, die ihren Schwerpunkt in Deutschland haben, auch dem deutschen Sozialversicherungssystem zu unterwerfen. So wird ein Schutzsystem bereitgestellt, das auf das nationale Umfeld ausgerichtet ist und den hiesigen Bedürfnissen Rechnung trägt.

In Konsequenz dessen werden vorübergehende Tätigkeiten im Ausland weiter vom deutschen System erfasst (Ausstrahlung) und vorübergehende Inlandstätigkeiten aus dem Ausland sollen weiter vom ausländischen System erfasst werden (Einstrahlung). In diesen letztgenannten Fällen geht der Gesetzgeber davon aus, dass eine derartige vorübergehende Tätigkeit am Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses nichts ändert, also der Schutz durch das Heimatsystem weiter angemessen ist. Das internationale Sozialrecht der §§ 3-6 SGB IV nimmt dabei in Kauf, dass Unternehmen aus anderen Ländern für einen vorübergehenden Zeitraum Kostenvorteile haben, wenn sie für ihre Arbeitnehmer den ggf. niedrigeren Beitrag während des Aufenthalts in Deutschland zu zahlen haben. Im Vordergrund steht hier der Schutz des erfassten Personenkreises – eine Berücksichtigung von Wettbewerbsgesichtspunkten findet sich hier nicht.

2. Europäisches Sozialrecht

Weitgehend vergleichbar damit ist die Situation im europäischen Sozialrecht. Titel II der Verordnung (EG) Nr. 883/04 befasst sich mit der Bestimmung des anzuwendenden Rechts und stellt zu diesem Zweck einen detaillierten Katalog von Kollisionsnormen auf¹. Der Katalog weist Parallelen zu den §§ 3-6 SGB IV ebenso auf wie zu den Regelungen über die anwendbaren Rechtsvorschriften nach den zwischenstaatlichen Abkommen über Soziale Sicherheit. Von den Kollisionsnormen des nationalen Rechts unterscheiden sich die der Verordnung dadurch, dass sie nicht nur eine Rechtsordnung für anwendbar oder nicht anwendbar erklären, wie dies bei den §§ 3-6 SGB IV der Fall ist. Diese Vorschriften treffen nur eine

1 Siehe dazu näher *Steinmeyer*, in: Fuchs (Hrsg.), *Europäisches Sozialrecht*, 7. Aufl. 2018, Vorbem. Vor Art. 11 bis 16 VO 883/04.

Aussage darüber, ob ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vom deutschen Recht erfasst wird oder nicht; ob der Sachverhalt von einer ausländischen Rechtsordnung erfasst wird, bleibt unberücksichtigt; es handelt sich dort um sog. einseitige Kollisionsnormen. Die Verordnung hingegen enthält allseitige Kollisionsnormen, die für den Sachverhalt mit Berührung zu mehreren Mitgliedstaaten die anwendbare Sozialrechtsordnung bezeichnen.

Die Art. 11-16 VO (EG) Nr. 883/04 treffen keine materiellrechtlichen Regelungen und erfüllen den Koordinierungsauftrag der Verordnung, indem sie jedem der relevanten Sachverhalte eine bestimmte Rechtsordnung zuweisen. Sie stellen so sicher, dass Arbeitnehmer und Selbständige sowie ihre Familienangehörigen, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, lückenlos von den mitgliedstaatlichen Systemen der sozialen Sicherheit erfasst werden. Sie stellen zugleich sicher, dass die Personen, die unter den persönlichen Geltungsbereich dieser Verordnung fallen, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen. So werden Doppelversicherungen mit den entsprechenden doppelten Beitragslasten vermieden. Eine Doppelversicherung wird unter engen Voraussetzungen von Art. 14 beim Zusammentreffen von freiwilliger Versicherung oder freiwilliger Weiterversicherung einerseits und Pflichtversicherung andererseits zugelassen.

Im Unterschied zu den §§ 3-6 SGB IV unterscheiden die Kollisionsnormen der Art. 11-16 der Verordnung nicht zwischen Beitragsseite und Leistungsseite; sie gelten für die Beitragsseite und die Leistungsseite gleichermaßen. Die Parallelen zur Anknüpfung im internationalen Sozialversicherungsrecht finden darin ihren Grund, dass die Verordnung im Grundsatz an die Beschäftigung anknüpft und nur hilfsweise an den Wohnort. Zwar erfasst sie sowohl beitragsfinanzierte als auch steuerfinanzierte Sozialleistungssysteme; da sie aber in Ausführung der Art. 39 ff. EGV (jetzt Art. 45 ff. AEUV) ergangen ist, beschränkte sich die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Grundsatz auf die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Selbständigen; die Verordnung (EG) Nr. 883/04 geht bei ihrem persönlichen Anwendungsbereich von einem darüber hinausgehenden Ansatz aus², bezieht sich aber bei den Kollisionsnormen grundsätzlich auf das Beschäftigungsverhältnis bzw. die selbständige Tätigkeit. Die An-

2 Anders als die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6. 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (Amtsblatt EG 1971 L 149/2) erfasst die Verordnung (EG) Nr. 883/04 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Amtsblatt EU 2004 L 166/1) nicht mehr nur Arbeitnehmer und Selbständige, sondern alle Personen, die von den Systemen der Mitgliedstaaten erfasst werden.

knüpfung an das Beschäftigungsverhältnis bedeutet, dass grundsätzlich der Ort der Beschäftigung oder im Falle der selbständigen Tätigkeit dieser Ort der regelmäßige Anknüpfungspunkt ist. Die Verordnung sieht die Anknüpfung an das Beschäftigungsverhältnis und damit den Beschäftigungs-ort für den Fall der abhängigen Beschäftigung als die sachgerechteste an.

Kennzeichen des Normensystems der Art. 11-16 Verordnung (EG) Nr. 883/04 ist es, dass Ausgangspunkt das Beschäftigungslandprinzip bleibt. Unter Fortführung dieses Grundsatzes werden die Konsequenzen für Ausnahmefälle gezogen. Kann mit dieser Ableitung eine sinnvolle Anknüpfung nicht gefunden werden, so werden subsidiär das Wohnlandprinzip, das auf den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Arbeitnehmers abstellt, und das Sitzlandprinzip, das den Wohnsitz des Arbeitgebers oder den Sitz des Unternehmens maßgebend sein lässt, herangezogen. Dabei gibt die Verordnung grundsätzlich dem Wohnlandprinzip den Vorrang vor dem Sitzlandprinzip.

Die Art. 11-15 der Verordnung treffen eine zum Teil etwas starre Regelung, die nicht bei allen Sachverhalten mit Berührung zu einem anderen Mitgliedstaat zu sachgerechten Ergebnissen führt. Deshalb sieht Art. 16 der Verordnung die Möglichkeit vor, Ausnahmen von den Art. 11-15 der Verordnung zu vereinbaren, wovon durchaus rege Gebrauch gemacht wird.

Die wichtigste Modifikation der Grundsatznorm des Art. 11 Verordnung (EG) Nr. 883/04 findet sich in Art. 12 der Verordnung. Sie stellt zwar einerseits wie die Buchstaben b) bis e) des Art. 11 Abs. 2 der Verordnung eine Modifikation des Beschäftigungslandprinzips dar, indem für die Anknüpfung an das Beschäftigungsverhältnis die Ausnahmen bestimmt werden. Während sich aber die Modifikationen der Buchstaben b) bis e) des Art. 11 Abs. 2 im Wesentlichen mit besonderen, vom typischen Beschäftigungsverhältnis abweichenden Tätigkeiten befassen, hat Art. 12 Verordnung (EG) Nr. 883/04 das typische Beschäftigungsverhältnis zum Gegenstand und regelt verschiedene Fallkonstellationen bei Sachverhalten mit Berührung zu mehreren Mitgliedstaaten. Während aber Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a) abhängige Beschäftigung und selbständige Tätigkeit rechtstechnisch zusammen behandelt, beschränkt sich hier Abs. 1 auf die abhängigen Beschäftigten und für die Selbständigen sieht Abs. 2 eine eigene Regelung vor.

Aus Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a) der Verordnung ergibt sich, dass bei einer Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist, grundsätzlich der Ort der Beschäftigung maßgebend ist. Dies beruht für die abhängige Beschäftigung darauf, dass bei Anknüpfung an das Beschäftigungsverhältnis für die Bestimmung der anzuwendenden nationalen Rechtsordnung grundsätzlich auf den Schwerpunkt dieses Rechtsverhältnisses abzustellen ist. Eine derartige Konstruktion bestimmt

die Anwendbarkeit von nationalen Rechtsvorschriften danach, zu welcher Rechtsordnung der Sachverhalt die engsten Verknüpfungen hat. In den Fällen der vorübergehenden Tätigkeit in einem anderen Staat und bei Tätigkeiten im Verkehrswesen vermag der tatsächliche Beschäftigungsort, anders als sonst, nicht den Schwerpunkt des Beschäftigungsverhältnisses zu bezeichnen. Es ist dann nach anderen Anknüpfungspunkten zu suchen. Dies ist der Zweck des Art. 12 der Verordnung ebenso wie der Aus- und Einstrahlungsregelungen der §§ 4 und 5 SGB IV.

Die Entsendung muss zeitlich begrenzt sein. Anders als die §§ 4 und 5 SGB IV enthält Art. 12 der Verordnung eine feste Höchstfrist. Die Vorschrift sieht auch nicht vor, dass sich die zeitliche Begrenzung aus dem Vertrag oder aus der Eigenart der Beschäftigung ergeben müsse. Art. 12 differenziert insoweit nicht; wenn es aber um die Frage geht, aufgrund welcher Kriterien die Dauer der Arbeit zu ermitteln ist, so wird auf den Vertrag oder die Eigenart der Beschäftigung zurückzugreifen sein. Die Dauer der Arbeit darf voraussichtlich 24 Monate nicht überschreiten. Damit ist erforderlich, dass die zeitliche Begrenzung bereits bei Beginn der Tätigkeit feststeht.

Zusätzlich sieht Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 883/04 vor, dass die Rechtsvorschriften des Entsendestaats nur dann weitergelten, wenn der betreffende Arbeitnehmer nicht anstelle eines anderen Arbeitnehmers entsandt wird, dessen Entsendezeit abgelaufen ist. Diese Voraussetzung soll Missbräuche verhindern – etwa den, dass Unternehmen mit langfristigen Bauaufträgen außerhalb des Mitgliedstaats, in dem der Betrieb liegt, von dem aus die Arbeitnehmer entsandt worden sind, die entsandten Arbeitnehmer turnusmäßig ablösen, um die Abführung höherer Beiträge im Beschäftigungsland zu vermeiden. Der Systematik der Kollisionsnormen des supranationalen Sozialrechts hätte es eher entsprochen, auch die ablösenden Arbeitnehmer von den Rechtsvorschriften des Entsendestaats zu erfassen, da das Schutzbedürfnis das gleiche ist. Die Vorschrift ist deshalb auch eng auszulegen und kann nicht alle Ablösungen eines Arbeitnehmers durch einen anderen betreffen, sondern nur solche, wo der Grund für die Ablösung der Ablauf der Entsendezeit ist. Allerdings kann ein Arbeitnehmer einen anderen innerhalb der Entsendezeit ablösen, wenn dadurch der Gesamtzeitraum von 24 Monaten nicht überschritten wird. Eine neue Entscheidung des EuGH hat insofern deutlich gemacht, dass es bei der Frage der Ablösung nicht darauf ankommt, ob ein Arbeitnehmer durch einen anderen Arbeitnehmer des gleichen Unternehmens abgelöst wird, sondern nur, ob ein Arbeitnehmer bei seiner Tätigkeit – ggf. auch durch Arbeitnehmer eines anderen Unternehmens – abgelöst wird³. Diese Regelung des Art. 12 Verordnung (EG) Nr. 883/04 berücksichtigt den Wettbewerbs-

gedanken insofern, als sie verhindern will, dass durch Ablösungen entsandter Arbeitnehmer die Gesamtentsendezeit ausgedehnt wird und dadurch der ausländische Unternehmer/Arbeitgeber einen Wettbewerbsvorteil aus niedrigeren Sozialbeiträgen erhält.

Der Nachweis über die Fortgeltung der Vorschriften des Entsendestaats wird durch eine Bescheinigung des Mitgliedstaats geführt, dessen Rechtsvorschriften weitergelten (Vordruck A 1). Dies bereitet in der Praxis Schwierigkeiten, insbesondere sofern es um kurzfristige Entsendungen geht – etwa bei Saisonarbeitskräften.

3. Zwischenergebnis

Für das europäische Sozialrecht ebenso wie für das internationale Sozialrecht des SGB IV erweist sich also, dass im Vordergrund der dauerhafte und fortbestehende Schutz des Systems steht, das dem Lebenssachverhalt am Nächsten steht. Das europäische Sozialrecht zeichnet sich darüber hinaus dadurch aus, dass es eine Doppelversicherung vermeidet aber auch eine lückenlose Erfassung sicherstellt.

III. Die neue Entsenderichtlinie im Vergleich

1. Allgemeines

Vergleicht man dies mit der neuen Entsenderichtlinie, so wird dort der Wettbewerbsgedanke gleichrangig neben den Schutzgedanken gestellt, wenn es im Erwägungsgrund 4 heißt:

„Mehr als zwanzig Jahre nach Erlass der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates muss geprüft werden, ob sie immer noch für das richtige Gleichgewicht zwischen der Notwendigkeit der Förderung der Dienstleistungsfreiheit und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen einerseits und zum anderen der Notwendigkeit des Schutzes der Rechte entsandter Arbeitnehmer sorgt. Damit die Vorschriften einheitlich angewendet werden und eine echte soziale Konvergenz erreicht wird, sollte neben der Überarbeitung der Richtlinie 96/71/EG der Umsetzung und Durchsetzung der Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates Vorrang eingeräumt werden.“

Die Richtlinie geht also von anderen Vorgaben aus und verfolgt andere Ziele, was auch in Erwägungsgrund 14 deutlich wird:

„Diese Richtlinie sollte, ebenso wie die Richtlinie 96/71/EG, unbeschadet der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates gelten.“

Das Sozialrecht verfolgt also gegenüber der Entsenderichtlinie unterschiedliche Ziele und laut Erwägungsgrund 14 sind beide Regelwerke getrennt voneinander zu halten.

Hinzuweisen ist hier auch darauf, dass die Entsenderichtlinie und die sozialrechtliche Freizügigkeitsverordnung unterschiedliche Anwendungsbereiche haben, indem die sozialrechtliche Verordnung in ihren Entsendungsregelungen sämtliche Entsendungen erfasst, die Entsenderichtlinie hingegen nur solche im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

2. Vergleich mit dem System der Rom I-Verordnung

Die Entsenderichtlinie setzt sich mit ihrem Ansatz aber auch in einen gewissen Widerspruch zu Art. 8 Rom I-Verordnung⁴, der zentralen Vorschrift des internationalen Arbeitsrechts⁵. Art. 8 folgt den Grundprinzipien des internationalen Privatrechts, indem es in den Vordergrund die freie Rechtswahl stellt (Art. 3 Rom I-Verordnung) und Ausnahmen davon zum Schutz der Arbeitnehmer vorsieht. Für den Fall der objektiven Anknüpfung ist in Art. 8 Abs. 2 eine Entsendungsregelung vorgesehen, die der des internationalen und europäischen Sozialrechts ähnelt und eine Frist nicht vorsieht. Ein Wettbewerbsgedanke, wie er für die Regelung in der Entsenderichtlinie vorgebracht wird, findet sich hier nicht.

Das System der Rom I-Verordnung befasst sich mit dem Arbeitnehmerschutz dahingehend, dass zwingende arbeitsrechtliche Normen nicht durch Rechtswahl derogiert werden können, sofern sie für den Arbeitnehmer günstiger sind. Dies greift allerdings nicht für den Fall der Entsendung. Eine Ausnahme davon ergibt sich dann aus Art. 9 Rom I-Verordnung, wonach Eingriffsnormen⁶ unabhängig von der Rechtswahl und ungeachtet des nach der Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Derartige Eingriffsnormen des Tätigkeitsstaats gelten dann auch für entsandte Arbeitnehmer aus anderen Staaten. Als Eingriffsnormen werden dabei solche angesehen, deren Einhaltung von einem Staat als entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird.

Die Entsenderichtlinie durchbricht dieses System, indem sie für Regelungsbereiche, über deren Einordnung als Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-Verordnung erhebliche Zweifel bestehen würden, für sofort anwendbar erklärt und weitere – wenn auch zwingende – Normen nach ei-

4 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (Amtsblatt EU 2008 L 177/6, Berichtigung in Amtsblatt EU 2009 L 309/87).

5 *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 8 VO 593/2008/EG Rn. 2 ff.

6 *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Fn. 5), VO 593/2008/EG Rn. 4 ff.

ner bestimmten Frist für anwendbar erklärt. Überträgt man dies auf das System der Rom I-Verordnung, so werden die zwingenden Normen des Arbeitsrechts und die Eingriffsnormen praktisch gleichgesetzt. In der Terminologie der Rom I-Verordnung sind damit alle diese Vorschriften als entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, qualifiziert.

3. Förderung der Dienstleistungsfreiheit?

Der oben erwähnte Erwägungsgrund der Richtlinie bezieht sich insbesondere auf die Förderung der Dienstleistungsfreiheit. Dazu ist aber daran zu erinnern, dass es dabei nach Art. 56 AEUV um die Aufhebung von Beschränkungen geht, es also grundsätzlich Personen und Unternehmen ohne Beschränkungen ermöglicht werden soll, in anderen Mitgliedstaaten Dienstleistungen zu erbringen. Hier aber wird – wie auch die Opposition gegen die Entsenderichtlinie durch Polen, Lettland, Litauen und Ungarn zeigt – eine Beschränkung der Dienstleistungserbringung aufgebaut, die es diesen Ländern erschwert, in den anderen Mitgliedstaaten Dienstleistungen zu erbringen.

Letztlich ist die Entsenderichtlinie die Folge davon, dass der Europäischen Union inzwischen Länder mit deutlich unterschiedlichem Sozial- und Wirtschaftsniveau angehören, was bei und zwischen den Gründerstaaten nicht der Fall war. Dass freier grenzüberschreitender Wettbewerb – auch unter Ausnutzung möglicher Unterschiede – durchaus dem Grundgedanken eines Binnenmarkts entspricht, wird dabei hintangestellt und praktisch eingeräumt, dass eine Angleichung des Niveaus durch das Wirken des Binnenmarkts noch nicht absehbar ist.

IV. Abstimmungsprobleme

Resümiert man vor diesem Hintergrund das Nebeneinander von arbeitsrechtlicher Entsenderichtlinie und sozialrechtlicher Freizügigkeitsverordnung, so zeigen sich unterschiedliche Wertigkeiten. Diese führen dann zwangsläufig zu unterschiedlichen Ergebnissen beim gleichen Lebenssachverhalt. Zudem sind auch sonst die Regelungen nicht aufeinander abgestimmt.

So geht die sozialrechtliche Verordnung von einer Entsendungsfrist von 24 Monaten aus und sieht in Art. 16 auch noch die Möglichkeit vor, diese Frist weiter zu verlängern, wenn es die Umstände erforderlich machen⁷. Die Entsenderichtlinie hingegen sieht nur einen Zeitraum von zwölf Mo-

7 Zu den Einzelheiten siehe *Steinmeyer*, in: Fuchs (Fn. 1), Art. 16 VO 883/04 Rn. 1 ff.

naten vor, der auf 18 Monate verlängert werden kann. Bei der sozialrechtlichen Verordnung wurde bei der Reform die Frist von zwölf Monaten mit Verlängerungsmöglichkeit um weitere zwölf Monate auf nunmehr allgemein 24 Monate verlängert, um so auch den Bedürfnissen der Wirtschaft nach Flexibilität entgegenzukommen. Die Botschaft der Entsenderichtlinie hingegen weist in die andere Richtung. Dies führt in der Praxis zur Beachtung unterschiedlicher Fristen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen bei einem einheitlichen Lebenssachverhalt. Der Arbeitnehmer mag dann fast vollständig dem deutschen Arbeitsrecht unterliegen, es würde für ihn aber weiter das ausländische Sozialrecht gelten. Dies wird zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen, zumal auch arbeitsrechtliche Regelungen dem koordinierenden europäischen Sozialrecht unterfallen können. Dies ist seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Paletta⁸ für die Entgeltfortzahlung nach dem EFZG juristisches Allgemeingut.

Ein weiteres Problem hat sich durch eine neuere Entscheidung des EuGH ergeben. In der Rechtssache Alpenrind hat der Gerichtshof am 6.9. 2018⁹ entschieden, dass ein entsandter Arbeitnehmer, wenn er einen anderen entsandten Arbeitnehmer ablöst, unter das System der sozialen Sicherheit am Arbeitsort fällt, auch wenn die beiden Arbeitnehmer nicht von demselben Arbeitgeber entsandt wurden. Diese Aussage bezieht sich auf Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 883/04, der lautet:

„Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere entsandte Person ablöst.“

Der Gerichtshof hat in dieser Entscheidung darauf hingewiesen, dass der Wortlaut der Vorschrift nicht verlange, dass es sich bei der ablösenden Person um eine solche des gleichen Unternehmens handle; maßgebend ist danach allein, dass die Person in ihrer Funktion abgelöst wird. Hintergrund dieser – zutreffenden – Entscheidung des EuGH ist eine offenbar verbreitete Praxis, zur Umgehung der Einschränkung des Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 883/04 den Arbeitnehmer, dessen Entsendezeit abgelaufen ist oder demnächst abläuft, durch einen Arbeitnehmer eines anderen – ggf. nahestehenden – Unternehmens abzulösen.

8 EuGH 3.6. 1992 – C-45/90 – Paletta; siehe auch *Steinmeyer*, Die Austauschbarkeit arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Gestaltungsformen und das Europäische Gemeinschaftsrecht. Eine Analyse der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im sog. Paletta-Fall, Festschrift Kissel, 1994, S. 1165 ff.

9 EuGH 6.9. 2018 – C-527/16 – Alpenrind u.a.

Dies steht dann allerdings im Konflikt mit der vergleichbaren Regelung in der Entsenderichtlinie, wo es in Art. 1 Abs. 1a Unterabs. 3 heißt:

„Ersetzt ein in Artikel 1 Absatz 1 genanntes Unternehmen einen entsandten Arbeitnehmer durch einen anderen entsandten Arbeitnehmer, der die gleiche Tätigkeit am gleichen Ort ausführt, so gilt als Entsendungsdauer für die Zwecke dieses Absatzes die Gesamtdauer der Entsendezeit der betreffenden einzelnen entsandten Arbeitnehmer.“

Das kann nur bedeuten, dass es hier auf das Unternehmen ankommt, sich also unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben, was für die Praxis sicher problematisch ist.

V. Modifikation der Verordnung (EG) Nr. 883/04 als Antwort auf die neue Entsenderichtlinie?

All dies hat dazu geführt, dass nunmehr anlässlich einer Revision der Verordnung (EG) Nr. 883/04 erwogen wird, die Fristen der Verordnung denen der Richtlinie anzupassen. Das Europäische Parlament hat deshalb u.a. vorgeschlagen, die Frist auf 18 Monate zu reduzieren¹⁰.

Es wäre aber bedauerlich, wenn diese Regelung so Gesetz würde. Aus wohlerrwogenen Gründen ist bei der Reform der Freizügigkeitsverordnung und ihrer Neufassung in der Verordnung (EG) Nr. 883/04 eine großzügigere Frist als zuvor vorgesehen worden; auf diese Weise soll der grenzüberschreitend tätigen Wirtschaft ein größeres Maß an Flexibilität eingeräumt werden. Es erscheint widersinnig, dies nun zu verkürzen, um so einen Gleichklang mit der Entsenderichtlinie herzustellen. Die Verordnung (EG) Nr. 883/04 dient – ausschließlich – der Freizügigkeit der Arbeitnehmer bzw. der Personenfreizügigkeit. Diesem Gedanken entspricht es auch, bei vorübergehendem Aufenthalt im europäischen Ausland im System des Herkunftsstaats versichert zu bleiben; eine großzügige Frist trägt dem am besten Rechnung. Wenn aber nunmehr die Frist der Entsenderichtlinie angepasst werden sollte, so wird damit auch dem hier kritisch bewerteten Wettbewerbsargument Rechnung getragen, wonach der Vorteil der niedrigeren Sozialversicherungsbeiträge begrenzt werden soll. Dies ist nicht die Aufgabe einer Freizügigkeitsverordnung.

Es erweist sich insgesamt, dass das Anliegen der Entsenderichtlinie – insbesondere in ihrer neuen Ausgestaltung – mit den sozialrechtlichen Rege-

10 Siehe dazu Entwurf einer legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23.11. 2018 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, COM(2016)0815 – C8-0521/2016 – 2016/0397(COD) – Plenarsitzungsdokument A8-0386/2018.

lungen der Freizügigkeitsverordnung sowie denen des internationalen Arbeitsrechts rechtssystematisch nur schwer vereinbar ist.

Der Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 883/04 und der Entsenderichtlinie decken sich nicht vollständig, da sich die Entsenderichtlinie nur auf Entsendungen im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen bezieht, während die Freizügigkeitsverordnung einen weiteren Anwendungsbereich hat.

Zwischen Entsenderichtlinie und Rom I-Verordnung besteht eine Diskrepanz insofern, als die Unterscheidung zwischen zwingenden Normen nach Art. 8 Abs. 1 und den Eingriffsnormen nach Art. 9 durch die Entsenderichtlinie weitgehend aufgehoben wird, indem sie dies durch ein anderes System ersetzt, das nahezu das gesamte Arbeitsrecht des Tätigkeitsstaats faktisch zu Eingriffsnormen macht. Ob dies tatsächlich vorrangig dem Schutz des Arbeitnehmers dient, mag bezweifelt werden, zumal das System der Rom I-Verordnung bereits für internationale Sachverhalte für einen angemessenen Arbeitnehmerschutz sorgt. Dies zeigt sich auch bei der Diskussion um die Erstreckung der Entsenderichtlinie auf das Transportgewerbe und damit auf ggf. nur wenige Stunden dauernde Transitfahrten. Eine unreflektierte Anwendung des Rechts des „augenblicklichen“ Tätigkeitsorts erscheint hier fragwürdig und ist überwiegend unter dem Wettbewerbsgesichtspunkt zu rechtfertigen, indem so die Konkurrenz von Transporten durch Speditionen aus Ländern mit niedrigerem Lohn- und ggf. Schutzniveau verhindert werden soll.

Die erwogenen Anpassungen der Verordnung (EG) Nr. 883/04 an die neue Entsenderichtlinie sollen offensichtlich einen Gleichlauf von Entsenderichtlinie und Freizügigkeitsverordnung herstellen. Damit würde der Wettbewerbsgedanke stärker betont und dem Bedürfnis nach längeren Entsendezeiten und damit größerer Flexibilität nicht ausreichend Rechnung getragen. Für die Freizügigkeitsverordnung (EG) Nr. 883/04 würde dies einen Rückschritt bedeuten.

Es bedeutet auch, dass für den freien Dienstleistungsverkehr und damit eine zentrale Grundfreiheit des Binnenmarkts Beschränkungen aufgebaut werden, die einen freien Wettbewerb unter den Mitgliedstaaten verhindern. Das kann nicht mit der Verhinderung von Missbrauch gerechtfertigt werden, da den einschlägigen Mitgliedstaaten nicht vorgeworfen werden kann, insoweit missbräuchlich vorzugehen. Sie wenden vielmehr das jeweilige Heimatrecht an, das unter Beachtung europarechtlicher Rahmenbedingungen von einem demokratischen Gesetzgeber erlassen ist. Das Lohnniveau spiegelt dann den wirtschaftlichen Stand und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.

VI. Rechtssystematische Bedenken

Es bleiben also Bedenken in rechtssystematischer Hinsicht. Die Entsenderichtlinie und die Freizügigkeitsverordnung verfolgen jeweils unterschiedliche Ansätze.

Bei der Freizügigkeitsverordnung (EG) Nr. 883/04 geht es gemäß dem sich aus Art. 48 AEUV ergebenden Gesetzgebungsauftrag um die für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen, was die Berücksichtigung anderer Gesichtspunkte zwar nicht ausschließt aber deutlich nachrangig macht. Dies hat einen guten Grund, da so die Herstellung der Freizügigkeit auch für die sozialen Sicherungssysteme sichergestellt wird. Die Aufgabe, auch Wettbewerbsgesichtspunkte zu berücksichtigen, hat diese Verordnung gerade nicht, weshalb auch die Regelung des Art. 12 Abs. 1 a.E. Verordnung (EG) Nr. 883/04 als Ausnahmeregelung zu betrachten und auszulegen ist.

Die Entsenderichtlinie hingegen folgt aus der Dienstleistungsfreiheit, ohne damit die für die Herstellung dieser Grundfreiheit notwendigen Maßnahmen zielgerichtet zu verwirklichen. Es handelt sich nicht um den Abbau von Beschränkungen, sondern um eine Steuerung des Dienstleistungsverkehrs, die Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten ausgleichen soll; ob damit aber ein derartiger Ausgleich erreicht wird oder nicht vielmehr eine darüber hinausgehende Beschränkung erfolgt, ist eine andere Frage.

Es erweist sich also ein unterschiedlicher Ansatz beider Regelungssysteme. Eine Anpassung der Fristen der Verordnung an die Entsenderichtlinie mag zwar für die Praxis vereinfachend wirken, stellt aber ein Hindernis für die Freizügigkeit der Arbeitskräfte auf.

VII. Fazit

Es dürfte deutlich geworden sein, dass der Autor dieses Beitrags dem Ansatz der neuen Entsenderichtlinie eher kritisch gegenübersteht. Entsenderichtlinie und Freizügigkeitsverordnung sind unterschiedliche Regelungssysteme mit unterschiedlichen Zwecken und Ausgestaltungen. Einer Angleichung stehen die unterschiedlichen Regelungsgegenstände entgegen. Eine Anpassung der Freizügigkeitsverordnung an die neue Entsenderichtlinie ist aber der falsche Weg, zumal sie auch in gewisse Konflikte zum internationalen Arbeitsrecht gerät.

Diskussion*

Zu Beginn meldete sich *Robert Thurm* (Arbeitgeberverband Gesamtmetall e.V. Berlin) zu Wort. Er stimmte dem Fazit zu und merkte an, dass die praktische Schwierigkeit darin bestehe, den zu entsendenden Mitarbeiter, der sein eigenes Sozialversicherungsrecht regelmäßig beibehalten wolle, von dem Wechsel in ein anderes System zu überzeugen. Gegen den Willen der Arbeitnehmer werde hier ein fester Zeitraum vorgegeben. Im Hinblick auf die aktuelle Alpenrind-Entscheidung merkte der Redner an, dass sich diesbezüglich seiner Auffassung nach aus deutscher Sicht nichts geändert habe. Die entscheidende Frage nach der Ablösung sei ohnehin in dem Antrag auf die A 1 Bescheinigung enthalten, daher habe die Entscheidung die deutsche Vorgehensweise vielmehr bestätigt. Allerdings handhabe jeder Mitgliedsstaat dies anders. In Frankreich beispielsweise beziehe sich die Frage explizit auf eine Ablösung „aus diesem Unternehmen“. Hier seien also erhebliche Auswirkungen zu erwarten. Aus praktischer Sicht schwierig zu beantworten sei die Frage, wo man die relevante Information denn herbekommen solle. Ob eine Ablösung gegeben sei, sei nicht immer so offensichtlich, wie in dem Sachverhalt, welcher der Alpenrind-Entscheidung zugrunde lag. Zudem biete die Entscheidung Anlass zur Diskussion der in Frankreich und Österreich geschaffenen Mitführungspflicht der A1 Bescheinigung ab dem ersten Tag: Der EuGH habe in seiner Entscheidung die rückwirkende Beantragung der A1 Bescheinigung als zulässig anerkannt. Zu fragen sei, ob in dieser Hinsicht ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit gesehen werden könne.

Professor Dr. *Heinz-Dietrich Steinmeyer* (Westfälische Wilhelms-Universität Münster) entgegnete, dies sei letztlich eine Frage der Verhältnismäßigkeit. Er erinnere sich an frühere, durchaus ältere Entscheidungen des EuGH, im Rahmen derer ein zu hohes Maß an formellen Anforderungen als ein Verstoß gegen Art. 56 AEUV angesehen worden sei. Eine eindeutige Antwort könne er ohne weiteres nicht geben, er habe diesbezüglich aber Bedenken. Das Arbeitsministerium überlege, eine klare Grenze zwischen Dienstreisen und anderen Tätigkeiten zu ziehen, um dieses Problem zu lösen. Hier stelle sich jedoch dann die Frage, wie Missbräuche verhindert werden könnten. Um auf die Frage zurückzukommen, würde er einen eindeutigen Verstoß nicht sehen.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR München) bemerkte, dass das unterschiedliche Funktionieren von Arbeits- und Sozialrecht und das abgestufte

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

System durchaus nachvollziehbar seien. Die unterschiedliche und abgestufte Geltung diverser Regelungen innerhalb des Arbeits- und Sozialrechts nach dem Ablauf verschiedener Zeiträume sei so angelegt und sinnvoll. Der Zeitraum von 24 Monaten für die Geltung des Sozialversicherungsrechts entspreche etwa der Integration in die neuen Lebensverhältnisse. Das Kernproblem sei die Überlagerung durch protektionistische Neigungen, was zu einer Überdehnung führe. Zudem verwies Professor *Giesen* auf eine Neuregelung der Entsendeänderungsrichtlinie, die die Ablöseproblematik betreffe. Hier sei eindeutig die Rede von „einem Unternehmen“. Er stellte die Frage, ob der Referent hier eine Konvergenz sehe zu der sozialrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 883/04.

Professor *Steinmeyer* entgegnete, dass Sozial- und Arbeitsrecht nicht deckungsgleich seien, und dass Ansprüche auch auf eine andere Art und Weise entstehen könnten, wenn man sich im Ausland befände, sei klar. Gemeint seien vielmehr die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für die Geltung des Rechts. Bezugnehmend auf die Frage sehe er wenig Spielraum, der Wortlaut sei eindeutig gefasst. Dieser Bruch zur Alpenrind-Entscheidung sei auch durch eine Umsetzung in nationales Recht, welche sich am Wortlaut zu orientieren habe, nicht lösbar.

Manfred Walser (Soka-Bau Wiesbaden) merkte an, dass die A1 Bescheinigung in der praktischen Durchsetzung des Entsenderechts ein gewisses Hindernis darstelle. Dies liege weniger an der sozialrechtlichen Bindungswirkung, sondern daran, dass auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht eine Bindungswirkung jedenfalls insoweit hineingelesen werde, als es um die Statusfeststellung *Arbeitnehmer* oder *selbständig* gehe. Der Anwendungsbereich des AEntG setze aber den Arbeitnehmerstatus voraus. Auf den Entsendebescheinigungen werde häufig die Selbständigkeit betont, was dazu führe, dass viele Solo-Selbständige nebeneinander arbeiten würden. Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit sehe die Angaben auf den Bescheinigungen in der Regel als verbindlich an, so dass eine Prüfung dann nicht mehr stattfinde. Er fragte den Referenten, ob dieser eine Bindungswirkung in arbeitsrechtlicher Hinsicht überhaupt sehe.

Professor *Steinmeyer* verneinte dies. Jedenfalls in formaler Hinsicht entfalte die A1 Bescheinigung eine Bindungswirkung lediglich dahingehend, dass der Arbeitnehmer in einem sozialen Sicherungssystem in einem Mitgliedsstaat zugehörig sei. Mit Blick auf den Überprüfungsaufwand der täglichen Praxis könne aber eine faktische Wirkung möglicherweise gesehen werden. Lösbar sei dies lediglich über eine grundsätzliche Beschleunigung des Überprüfungsverfahrens. Eine unmittelbare arbeitsrechtliche Bindungswirkung sei aber abzulehnen.

Professor Dr. *Abbo Junker* bemerkte, wenn man tarifvertragliche Regelungen außer Betracht lasse, sei mit Blick auf den Katalog des Art. 3 eine Änderung nahezu allein im Bereich der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall denkbar. An diesem Punkt lasse sich eine Verbindung zum Sozialrecht herstellen. Ein Arbeitnehmer, der sich von vornherein einen längeren Zeitraum im Zielstaat aufhalte und dem dortigen Sozialrecht bereits unterliege, könne unter Umständen nach § 3 EFZG immer noch entgeltfortzahlungsberechtigt sein. Dies passe nicht zusammen. Ihn würde interessieren, wie dieser Aspekt sozialrechtlich zu beurteilen sei.

Professor *Steinmeyer* verwies zur Antwort auf die Rechtssache Paletta. Die Krankenscheine hätten damals anerkannt werden müssen. Der EuGH habe die Entgeltfortzahlung als „arbeitsrechtlichen Ersatz einer sozialrechtlichen Leistung“ klassifiziert, so dass diese unter die Verordnung falle. Man müsse sich die Frage stellen, ob nicht das jeweilige nationale Entgeltfortzahlungsrecht greife, solange das entsprechende Sozialrecht Anwendung finde.

Bestätigend ergänzte Professor *Giesen*, dass nach der Anknüpfung in der Verordnung (EG) Nr. 883/04 im Falle einer Entsendung bis zu zwei Jahren das Entgeltfortzahlungsrecht der Verordnung unterworfen werde. Solange also der entsandte Arbeitnehmer unter das Sozialversicherungssystem des Entsendestaats falle, sei auch das Entgeltfortzahlungsrecht des Entsendestaats anwendbar.

Robert Thurm lenkte die Diskussion erneut auf die A1 Bescheinigung. Diese sei als rein deklaratorisch anzusehen, begründe also keine Sozialversicherung, sondern bestätige nur das Vorliegen einer solchen. Das müsse in der Konsequenz doch bedeuten, dass der Arbeitnehmer das Bestehen seiner Sozialversicherung auch auf eine andere Art und Weise nachweisen könne, die A1 Bescheinigung mache den Nachweis lediglich einfacher. Damit könne keine Pflicht zur Beantragung bestehen.

Professor *Steinmeyer* stimmte dem im Grundsatz zu. Eine Pflicht zur Beantragung bestehe grundsätzlich nicht. Die Möglichkeit des Nachweises auf eine andere Art sei möglich, die A1 Bescheinigung bringe aber den Vorteil, dass Gerichte hieran gebunden seien. Zudem berge der Nachweis außerhalb der A1 Bescheinigung vergleichsweise erhebliche Schwierigkeiten.

Christa Brehm (Bauindustrieverband Niedersachsen-Bremen e.V.) fügte hinzu, dass die A1 Bescheinigung mit Blick auf das deutsche Unfallversicherungsrecht dem Arbeitgeber eine erhebliche Sicherheit biete. Diese verweigere im Falle eines Unfalls etwaige Zahlungen solange, bis der Nachweis über die A1 Bescheinigung erbracht sei, mit der Begründung, es liege keine Entsendung vor.

Professor *Steinmeyer* entgegnete, eine Entsendung würde auch in einem solchen Fall vorliegen. Die Unfallversicherung würde aber versuchen, eine Zahlung aus diesem formalen Grund heraus abzuwenden. Im Ergebnis sei die A1 Bescheinigung damit bereits wegen der hierdurch gewährten Sicherheit von Vorteil.

Frank Meyer (Airbus Defence and Space GmbH Ottobrunn) bezog sich auf die Anmerkung von *Robert Thurm*. Grundsätzlich und in formaler Hinsicht sei dies zutreffend. Allerdings sei es tatsächlich vorgekommen, dass Arbeitnehmer ohne A1 Bescheinigung aus Belgien und Frankreich zurückverwiesen wurden.

Professor *Steinmeyer* stimmte dem zu und merkte an, dass dieses Problem auch das Arbeitsministerium beschäftige.

Arbeitnehmerentsendung nach der Richtlinie (EU) 2018/957 aus polnischer Sicht

Leszek Mitrus

	Seite
I. Einführung.....	68
II. Rechtsrahmen der Arbeitnehmerentsendung in der Europäischen Union.....	68
III. Vorteile und Gefahren der Arbeitnehmerentsendung.....	73
IV. Verabschiedung der Richtlinie (EU) 2018/957.....	77
V. Vergütung für entsandte Arbeitnehmer	78
VI. Unterbringungsbedingungen und Entsendungszulagen.....	80
VII. Langfristige Entsendung.....	81
VIII. Beurteilung der Richtlinie (EU) 2018/957.....	84
IX. Unvereinbarkeit der Richtlinie (EU) 2018/957 mit dem AEUV?.....	86
Diskussion	88

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Neues Arbeitnehmerentsenderecht (München 2019), S. 67-87

I. Einführung

Auf der Grundlage von Art. 26 Abs. 2 AEUV umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Zu den Formen der Mobilität der Arbeitskräfte (oder besser: des Humankapitals) gehört die Arbeitnehmerentsendung in einen anderen Mitgliedstaat im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit. Im Sekundärrecht ist diese Problematik hauptsächlich in der Richtlinie 96/71/EG¹ und der Richtlinie 2014/67/EU² geregelt. Der erste der genannten Rechtsakte wurde vor Kurzem mit der Richtlinie (EU) 2018/957³ novelliert.

Polen hat eine führende Position im Bereich der Arbeitnehmerentsendung innerhalb der Europäischen Union. Daher ist es kein Wunder, dass diesbezügliche Auseinandersetzungen mit großer Aufmerksamkeit verfolgt werden und neue Regelungen viele Befürchtungen und Bedenken wecken. Der Gegenstand dieser Abhandlung ist nicht eine Gesamtanalyse der Arbeitnehmerentsendung, sondern die Thematisierung des Problems aus der Sicht Mitteleuropas. Ich möchte mich auf die mit der Richtlinie (EU) 2018/957 eingeführten Änderungen konzentrieren, die sich als besonders wichtig für polnische Unternehmer und polnische entsandte Arbeitnehmer erweisen können.

II. Rechtsrahmen der Arbeitnehmerentsendung in der Europäischen Union

Der „typische“ Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Europäischen Union ist dann gegeben, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats in einen anderen Staat zieht und mit einem dortigen Arbeitgeber einen Arbeitsvertrag abschließt. Für den Wanderarbeitnehmer gilt das EU-Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit – er soll wie heimische Arbeitnehmer behandelt werden. Dieser Fall wird in Art. 45

-
- 1 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Amtsblatt EG 1997 L 18/1).
 - 2 Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), (Amtsblatt EU 2014 L 159/11).
 - 3 Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Amtsblatt EU 2018 L 173/16).

AEUV und in einschlägigen Bestimmungen des Sekundärrechts geregelt, einschließlich insbesondere in der Verordnung (EU) Nr. 492/2011⁴.

Anders ist die Rechtskonstruktion der Arbeitnehmerentsendung im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit. Die Richtlinie 96/71/EG wird auf Unternehmen angewandt, die in einem Mitgliedstaat tätig sind und im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen ihre Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat entsenden (Art. 1 Abs. 1). Zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer hat im Entsendezeitraum ein Arbeitsverhältnis zu bestehen (Art. 1 Abs. 3). Der Begriff „entsandter Arbeitnehmer“ steht dagegen für einen Arbeitnehmer, der für einen begrenzten Zeitraum seine Tätigkeit in dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als der Staat, in dem er gewöhnlich arbeitet, ausübt (Art. 2 Abs. 1). Das Ziel der Richtlinie ist, den lautereren Wettbewerb im Binnenmarkt sowie den Schutz von Arbeitnehmerrechten zu gewährleisten.

Erhebliche Bedeutung kommt Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG zu. Er nennt den „Kern von für den Mindestschutz zwingend obligatorisch geltenden Vorschriften“, die auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden sind (Ziffer 14 der Präambel der Richtlinie). Nach der angeführten Bestimmung haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass, ungeachtet, welches Recht für das Arbeitsverhältnis zwischen dem Unternehmen und dem entsandten Arbeitnehmer anzuwenden ist, folgende Beschäftigungsbedingungen garantiert werden: maximale Arbeitszeiten und minimale Ruhezeiten; bezahlter Mindestjahresurlaub; Mindestarbeitslohnsätze, einschließlich dem Vergütungssatz für Überstunden (ausgenommen betrieblicher Altersversorgung); Bedingungen für Arbeitnehmerüberlassung, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen; Gesundheit, Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz; bei der Beschäftigung von Schwangeren oder von Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen umzusetzende Schutzmaßnahmen; Gleichbehandlung von Männern und Frauen und auch andere Bestimmungen über die Nichtdiskriminierung.

Die Beschäftigungsbedingungen sollten durch Rechtsvorschriften, Verordnungen oder Verwaltungsvorschriften und in Bezug auf das Gewerbe aus dem Anhang (in der Praxis betreffen sie das Bauwesen) durch Tarifverträge oder Schiedssprüche festgelegt werden, die im Sinne des Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie für allgemeinverbindlich erklärt sind. Es handelt sich um diejenigen Tarifverträge oder Schiedssprüche, welche von allen Unter-

4 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4. 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (Amtsblatt EU 2011 L 141/1).

nehmen in dem jeweiligen geografischen Raum, Beruf oder in der Industrie einzuhalten sind⁵.

Mit anderen Worten hat die Arbeitnehmerentsendung im Grunde genommen einen vorübergehenden Charakter. Der in einen anderen Staat entsandte Arbeitnehmer erhält keinen Zugang zum Arbeitsmarkt dieses Staates, und nach der Erledigung einer konkreten Aufgabe kehrt er in seine Heimat zurück. Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Unternehmen und dem entsandten Arbeitnehmer unterliegt dem von den Beteiligten gewählten Staat und mangels anderweitiger Rechtswahl dem Staat der gewöhnlichen Arbeitsausübung. In der Regel handelt es sich um den Staat, in dem der Sitz des Unternehmens ist (sog. Entsendestaat). Zugleich gelten für den entsandten Arbeitnehmer jene Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmemitgliedstaats, die direkt im Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG⁶ genannt sind.

Dementsprechend unterliegt das Arbeitsverhältnis eines aus Polen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmers weiterhin polnischem Recht, in der Regel auch in Bezug auf Sozialversicherung und Steuern (hier gelten das Polnisch-Deutsche Doppelbesteuerungsabkommen sowie die Art. 11 ff. Verordnung [EG] Nr. 883/2004⁷). Zugleich muss ihm ein polnischer Unternehmer gemäß Richtlinie 96/71/EG Mindestschutzstandards gewährleisten, die in Deutschland gelten. Besonders wichtig ist, dass für entsandte Arbeitnehmer „Mindestlohnsätze mit dem Satz für Überstunden“ gelten. Daher hat ein polnischer, nach Deutschland entsandter Arbeitnehmer mindestens den deutschen Mindestlohn einzuhalten.

Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71/EG sieht vor, dass vorangehende Absätze dieser Vorschrift die Anwendung der für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungsbedingungen nicht verhindern. Es stellt sich die Frage, ob die Mitgliedstaaten zusätzliche Pflichten auf entsendende Unternehmen auferlegen können. Es ist dabei zu beachten, dass weitgehende Lasten das

5 Vgl. die näheren Kommentierungen der Richtlinie z.B. bei *Rebhahn/Windisch-Graetz*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, München 2016, S. 885 ff.; *Mitrus*, Charakter prawný delegowania pracowników w ramach swobody świadczenia usług w Unii Europejskiej, Europejski Przegląd Sądowy 6/2018, S. 4 ff.; *Kielbasa*, Prawa socjalne w Unii Europejskiej a granice swobód rynku wewnętrznego, 2017, S. 194 ff.

6 Feststellung des zuständigen Rechts für das Arbeitsverhältnis ist der Gegenstand von Art. 8 und 9 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (Amtsblatt EU 2008 L 177/6).

7 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Amtsblatt EG 2004 L 166/1).

EU-Recht verletzen können, davon insbesondere Art. 56 AEUV⁸ sowie die Richtlinie 96/71/EG. Umfassende Überlegungen zu diesem Thema hat der EuGH im Laval-Fall⁹ angestellt. Das Hauptproblem beschränkte sich auf die Frage, ob nationale Bestimmungen zum Arbeitnehmerschutz die Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Union¹⁰ einschränken können. Der Gerichtshof stellte fest, dass der Schutz der Arbeitnehmerrechte grundsätzlich einen „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“¹¹ darstellen kann; er kann also die Einführung der akzeptablen Einschränkungen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit begründen. Dennoch erkannte der Gerichtshof, dass die Mitgliedstaaten keine derartigen Pflichten auf Unternehmen auferlegen dürfen, die über die Notwendigkeit der Einhaltung von Beschäftigungsbedingungen direkt aus der Richtlinie hinausgehen würden¹². Anders gesagt, die Richtlinie 96/71/EG bestimmt kein Mindestniveau für den Schutz der Arbeitnehmerrechte, aber sieht die Obergrenze der Anforderungen vor, die durch die Mitgliedstaaten in Bezug auf die das Personal entsendenden Unternehmen eingeführt werden können¹³. Es muss die Bemerkung vorgebracht werden, dass der Kern der

8 Diese Vorschrift schreibt vor, dass die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten sind.

9 EuGH 18.12. 2017 – C-341/05 – Laval.

10 Der Sachverhalt illustriert anschaulich die Probleme der Erbringung von Dienstleistungen in der Europäischen Union. Das lettische Unternehmen Laval führte Bauarbeiten bei Stockholm mit entsandten Arbeitnehmern durch. Die schwedischen Gewerkschaften verlangten vom Unternehmen den Beitritt zum dort geltenden Tarifvertrag, was u.a. mit zusätzlichen Pflichten für das Unternehmen und einer Erhöhung des Lohns für entsandte Arbeitnehmer verbunden gewesen wäre. Aufgrund der Weigerung des Unternehmens sperrten die schwedischen Gewerkschaften die Baustelle, unter Anwendung von durch das schwedische Recht zugelassenen Methoden des Kollektivstreits. In der Folge kam es zur Insolvenz des Unternehmens. Nach drei Jahren erklärte der EuGH die Streikaktion für die EU-Dienstleistungsfreiheit verletzend, und anschließend sprach das schwedische Gericht eine Entschädigung Laval zu. Das war ein nur geringer Trost für die lettischen Arbeitnehmer, die ihre Arbeit durch die schwedischen Gewerkschaften verloren hatten. Siehe auch *Nyström*, Final Decision in the Laval Case, *European Labour Law Journal*, Vol. 1, Nr. 2/2010, S. 276 ff.

11 EuGH 18.12. 2017 – C-341/05 Rn. 103 – Laval.

12 EuGH 18.12. 2017 – C-341/05 Rn. 80 – Laval.

13 Auf diesen Umstand wird in der Literatur hingewiesen. Siehe z.B. *Barnard*, *EU Employment Law*, 4th Ed. 2012, S. 224; *Rocca*, *Posting of Workers and Collective Labour Law: There and Back Again. Between Internal Markets and Fundamental Rights*, 2015, S. 213. Es muss jedoch hervorgehoben werden, dass der Standpunkt des EuGH auf Kritik gestoßen ist; siehe z.B. *Countouris/Englom*,

Richtlinie 96/71/EG nicht der Schutz entsandter Arbeitnehmer ist, sondern der Dienstleister, die die Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt genießen¹⁴.

Der Kontext der Arbeitnehmerentsendung änderte sich grundlegend am 1.5. 2004, als die Europäische Union um die Staaten Mitteleuropas erweitert wurde. Der Beitrittsvertrag führte eine Übergangsperiode für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ein. Die Staatsangehörigen der neuen Mitgliedstaaten gewannen nicht sofort das Recht zur Aufnahme einer Beschäftigung in den Staaten der „alten“ Union, ausgenommen Großbritannien, Irland sowie Schweden. Die Übergangsperiode galt – grundsätzlich – nicht für die Dienstleistungsfreiheit, einschließlich der Arbeitnehmerentsendung. Die Möglichkeit zur Anwendung von Einschränkungen hinsichtlich einiger Gewerbearten (insbesondere Bauwesen) behielten sich nur Österreich und Deutschland vor. In der Folge erhielten die Staatsangehörigen der neu beigetretenen Staaten bereits im Zeitpunkt des Beitritts einen beschränkten Zugang zu den Arbeitsmärkten der alten Europäischen Union, eben in Form der Arbeitnehmerentsendung. Kein Wunder, dass diese Form der Mobilität unter den Unternehmern aus Mitteleuropa beliebt wurde. Größtenteils resultierte das aus niedrigeren Löhnen sowie den niedrigeren Arbeitskosten in den neuen Mitgliedstaaten.

Es muss gesagt werden, dass der Arbeitsmarkt heute anders als in den 1990er Jahren aussieht, als die Richtlinie 96/71/EG erlassen wurde. Die Arbeitnehmerentsendung war damals eine Nebenaktivität von Unternehmen, die auf einige Industriezweige beschränkt wurde, insbesondere auf das Bauwesen. Gegenwärtig herrscht diese Form der Aktivität in einigen Bereichen, z.B. in der Altenpflege. Die Reisefreiheit ist derzeit wesentlich leichter; es ist kein Problem, Arbeitnehmer für kurzfristige Aufenthalte häufig zu entsenden. In der Praxis kann das eine Fluktuation von Arbeitnehmern bedeuten, die in die gleiche Position entsandt werden. Im Dienstleistungsbereich ist die Bedeutung der Flexibilität der zu erbringenden Dienstleistungen gestiegen, die in der Regel an Bedürfnisse der Kunden angepasst werden müssen. Die das Personal ins Ausland entsendenden Einrichtungen sind immer häufiger Zeitarbeitsfirmen¹⁵.

Die Realisierung von Vorgaben der Richtlinie 96/71/EG verursacht zahlreiche Probleme. Es kommt vor, dass die Rechte der entsandten Arbeitnehmer in der Praxis nicht beachtet werden, z.B. durch die Senkung von Vergütungen oder durch verzögerte Bezahlung. Ein Missbrauch ist die

Civilising the European Posted Workers Directive, in: Freedland/Prassl (Red.) Viking, Laval and Beyond, 2014, S. 279 ff.

14 So Barnard (Fn. 13), S. 228; Kielbasa (Fn. 5), S. 190.

15 Das Problem wird breit durch *Wypych* thematisiert, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung aus Polen nach Deutschland, 2016, S. 41 ff.

Gründung von sog. „Briefkastenfirmen“, deren einziges Ziel die Entsendung von Arbeitnehmern unter Nutzung von Gesetzeslücken ist. Ein weiteres Problem ist die Scheinselbständigkeit sowie eine nicht angemeldete Beschäftigung (sog. „Schwarzarbeit“)¹⁶. Um diese Aktivitäten zu vermeiden, wurde die Richtlinie 2014/67/EU verabschiedet. Nach Art. 1 legt sie einen gemeinsamen Rahmen für angemessene Bestimmungen, Maßnahmen und Kontrollmechanismen fest, die für eine bessere und einheitlichere Durchführung, Anwendung und Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG in der Praxis notwendig sind, einschließlich Maßnahmen zur Verhinderung und Sanktionierung jeglichen Missbrauchs und jeglicher Umgehung der anzuwendenden Rechtsvorschriften und zur Bestrafung solcher Handlungen. Das wesentliche Ziel dieser Richtlinie ist die Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus hinsichtlich der Rechte der entsandten Arbeitnehmer, insbesondere der Durchsetzung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäß Art. 3 der Richtlinie 96/71/EG.

Die Richtlinie 2014/67/EU weckte Ängste polnischer Unternehmer bereits in der Etappe legislativer Arbeit. Man fragte sich, ob scheinbar neutrale Bestimmungen den entsendenden Unternehmen nicht überzogene Pflichten auferlegen würden. Solche Pflichten könnten mit zusätzlichen Kosten und Verwaltungsaufgaben verbunden sein. Sie könnten die Arbeitnehmerentsendung erschweren oder ganz verhindern. Ein derartiges Risiko würde vor allem kleinere Unternehmen betreffen. Es ist auch vorstellbar, dass die Kontrollen in den Aufnahmemitgliedstaaten überzogen sein werden und die auferlegten Strafen außer Verhältnis zu den eventuellen Verstößen liegen würden. In der Praxis kann die Missbrauchsvorbeugung zur Beschränkung der Entsendung der Arbeitnehmer in der Europäischen Union führen. Ähnliche Ängste weckt die neue Richtlinie (EU) 2018/597 auch derzeit in Polen.

III. Vorteile und Gefahren der Arbeitnehmerentsendung

In der Europäischen Union darf jeder Unternehmer seine Dienstleistungen in Staaten außerhalb des Staates seines Firmensitzes erbringen. Dazu braucht er keine Niederlassung in dem Aufnahmemitgliedstaat zu gründen. Die Erfüllung des Vertrags liegt meist in den Händen entsandter Arbeitnehmer, die für eine gewisse Zeit ins Ausland geschickt werden. Auf den ersten Blick ist die Arbeitnehmerentsendung für alle von Vorteil. Dem Dienstleister und Arbeitgeber steht der ganze Markt der EU zur Verfügung. Der entsandte Arbeitnehmer kann in der Regel mehr verdienen als

16 Mehr McKay, *Transnational aspects of undeclared work and the role of EU legislation*, *European Labour Law Journal*, Vol. 5, Nr. 2/2014, S. 123 ff.; Kullmann, *Enforcement of Labour Law in Cross-Border Situations*, 2015, S. 63 ff.

im Heimatstaat. Für den Empfänger sind günstigere Dienstleistungen oder auf dem örtlichen Markt nicht erhältliche Dienstleistungen zugänglich¹⁷. Zugleich findet die Hälfte der Arbeitnehmerentsendungen in der Europäischen Union zwischen Staaten mit einem ähnlichen (hohen) wirtschaftlichen Entwicklungsniveau statt¹⁸. Die Beliebtheit der Arbeitnehmerentsendung hängt daher nicht ausschließlich von den Unterschieden im Entlohnungs- und sonstigen Arbeitskostenniveau zwischen den einzelnen Staaten ab. In der Literaturmeinung heißt es, dass Waren oder Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat verkauft werden, wenn mindestens eine von drei Voraussetzungen erfüllt ist: entweder ist der Preis der aus dem Ausland angebotenen Dienstleistung erheblich niedriger oder ihre Qualität (einschließlich Einhalten der Fristen) ist besser, oder es mangelt an der Dienstleistung auf dem lokalen Markt¹⁹.

Aus polnischer Sicht ist die Arbeitnehmerentsendung in die Staaten der „alten“ Europäischen Union sehr vorteilhaft. Niedrigere Löhne sowie Arbeitskosten (Sozialversicherungsbeiträge, Steuern) können für die Gewinnung eines Vertrags oder eines öffentlichen Auftrags in dem Aufnahmemitgliedstaat ausschlaggebend sein. Für polnische Unternehmer sind niedrigere steuerliche Belastungen ein Wettbewerbsvorteil gegenüber den Unternehmen aus Deutschland und Frankreich. Die in diese Staaten entsandten Arbeitnehmer verdienen mehr als in Polen, denn es müssen ihnen mindestens „die Mindestlohnsätze“ des Aufnahmemitgliedstaats garantiert werden. Weiterhin unterliegen sie dem polnischen Recht, sie zahlen Steuern und Versicherungsbeiträge in Polen. Aufgrund der vorübergehenden Natur der Arbeitnehmerentsendung kommt es nicht zur „Abwanderung der Talente“ (*brain drain*), wie das bei langfristiger Wirtschaftsmigration häufig der Fall ist.

Es ist jedoch zu betonen, dass die Arbeitskosten nicht die einzige Quelle des Wettbewerbsvorteils aus Mitteleuropa sind. Polen wäre seit mehreren Jahren kein Führer in der Arbeitnehmerentsendung, wenn Polen sich lediglich auf niedrigere Löhne und niedrigere steuerliche Belastungen gestützt hätte. Mindestens genauso wichtig sind die Fähigkeiten polnischer Arbeitnehmer sowie die Qualität der von ihnen erbrachten Dienstleistungen. Zum Beispiel betraf der Fall *Elektrobudowa*²⁰, in dem der EuGH den Begriff „Mindestlohnsatz“ interpretierte, die Vergütung polnischer entsandter Arbeitnehmer, die ein Atomkraftwerk in Finnland gebaut hatten. Es handelt sich um eine Tätigkeit, in der eine hohe Verantwortung sowie

17 So *Benio*, Nowelizacja zasad delegowania pracowników, Europejski Przegląd Sądowy 6/2018, S. 12.

18 *Benio*, Europejski Przegląd Sądowy 6/2018, S. 15.

19 *Benio*, Europejski Przegląd Sądowy 6/2018, S. 14.

20 EuGH 12.2.2015 – C-396/13 – Sähköalojen ammattiliitto; siehe dazu *Bayreuther*, EuZA 2015, 346.

besondere Fähigkeiten gefordert werden. Diese Bedingungen spiegeln sich in Ziffer 16 der Präambel der Richtlinie (EU) 2018/957 wider. Demnach

„konkurrieren Unternehmen auf einem integrierten und wettbewerbsorientierten Binnenmarkt auf der Grundlage von Faktoren wie Produktivität, Effizienz und dem Bildungs- und Qualifikationsniveau der Arbeitskräfte sowie der Qualität ihrer Güter und Dienstleistungen und durch den Grad an Innovation miteinander“.

Es ist zu beachten, dass die entsendenden Unternehmen zusätzliche Kosten tragen, z.B. für die Übersetzung von Unterlagen oder die Beschäftigung von Ansprechpartnern für Kontakte mit lokalen Behörden. Zugleich verfügen heimische Unternehmen über andere Vorteile, z.B. Kenntnisse über den lokalen Markt und Erfahrung in der Anwendung des Rechts des Aufnahmemitgliedstaats. Die Lage der die Arbeitnehmer entsendenden Unternehmen ist im Grunde anders als die der heimischen Unternehmen.

Die Arbeitnehmerentsendung hat auch Vorteile für „alte“ Mitgliedstaaten. Die Kunden aus Deutschland oder Frankreich können günstige Arbeit der hochqualifizierten entsandten Arbeitnehmer in Anspruch nehmen. Die Aufnahmemitgliedstaaten tragen keine sozialen Kosten, z.B. Krankengeld oder Renten wegen der Erwerbsminderung entsandter Arbeitnehmer. Andererseits können heimische Arbeitnehmer den Verlust ihrer Beschäftigung befürchten, und Unternehmen die Senkung von Einkommen. Vor diesem Hintergrund wird häufig ein Argument über das sog. Sozialdumping vorgebracht, das oft mit der Verdrängung heimischer Arbeitnehmer durch „billigere“ entsandte Arbeitnehmer sowie der Senkung von Beschäftigungsstandards in dem Aufnahmemitgliedstaat gleichgestellt wird²¹.

Sozialdumping ist ein unklarer Begriff. Das Europäische Parlament ist in der Erklärung vom 14.9. 2016²² der Auffassung, dass es zwar keine rechtlich anerkannte und allgemein gültige Definition des Begriffs Sozialdumping gibt, das Konzept jedoch eine große Bandbreite vorsätzlich missbräuchlicher Praktiken und die Umgehung geltender europäischer und einzelstaatlicher Rechtsvorschriften (einschließlich Gesetze und allgemeinverbindlicher Tarifverträge) umfasst, die durch die unrechtmäßige Minimierung von Personal- und Betriebskosten zur Entwicklung eines unlauteren Wettbewerbs beitragen sowie die Verletzung von Arbeitnehmerrechten und Ausbeutung der Arbeitnehmer bewirken; es ist der Auffas-

21 Dazu näher *Kielbasa*, Dumping socjalny w kontekście delegowania pracowników na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej – zagrożenie dla standardów zatrudnienia, polityczny slogan czy mit? Europejski Przegląd Sądowy 6/2018, S. 49 ff.

22 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14.9. 2016 zu Sozialdumping in der Europäischen Union (2015/2255[INI]).

sung, dass die Folgen dieser Praktiken und Situationen Auswirkungen auf drei wichtige Aspekte haben können:

- Wirtschaftlicher Aspekt: Einige Wirtschaftsakteure nutzen illegale Praktiken wie nicht angemeldete Erwerbstätigkeit oder missbräuchliche Praktiken wie Scheinselbstständigkeit, was zu erheblichen Marktverzerrungen führen kann, die rechtstreuen Unternehmen, insbesondere im Fall von KMU, schaden.
- Sozialer Aspekt: Sozialdumping könnte zur Folge haben, dass Arbeitnehmer in der EU diskriminiert und ungerecht behandelt werden und ihnen die wirksame Ausübung ihrer sozialen Rechte und Arbeitnehmerrechte, auch in Bezug auf Entlohnung und sozialen Schutz, verwehrt wird.
- Finanzieller und haushaltspolitischer Aspekt: Die Nichtzahlung fälliger Sozialversicherungsbeiträge und Steuern als Ergebnis des Sozialdumpings schafft eine Gefahr für die finanzielle Nachhaltigkeit der Systeme der sozialen Sicherheit und der öffentlichen Finanzen der Mitgliedstaaten.

Wie Sie sehen können, setzte das Europäische Parlament das Sozialdumping mit einem vorsätzlichen Verstoß gegen das EU-Recht und das nationale Recht gleich. Diese Auffassung halte ich für zutreffend.

Ich bin auch der Meinung, dass das wahre Problem die rechtswidrige Arbeitnehmerentsendung ist (einschließlich insbesondere „Schwarzarbeit“). Das soll in jedem Fall bekämpft werden. Die rechtmäßige Arbeitnehmerentsendung, die die Voraussetzungen der Richtlinie 96/71/EG erfüllt, entspricht dagegen der Logik des Binnenmarkts. Sie darf nicht mit Sozialdumping oder mit Verstößen gegen die Prinzipien des lauter Wettbewerbs in der Europäischen Union gleichgestellt werden.

Die Arbeitnehmerentsendung muss in einem breiteren Zusammenhang des Binnenmarktes betrachtet werden. Im Rahmen des freien Warenverkehrs kann ein Unternehmen aus Deutschland oder Frankreich die von ihm selbst erzeugten Waren in der ganzen Europäischen Union verkaufen. Ebenso sollte ein Unternehmer aus Polen oder der Slowakei die freie Möglichkeit der Arbeitnehmerentsendung in diese Staaten im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit genießen. Die Einführung selektiver Einschränkungen einiger Freiheiten des Binnenmarkts ist als ungerecht zu beurteilen. Meiner Meinung nach sollten die genannten Faktoren insgesamt bei der Analyse von Vorteilen sowie von Gefahren aus der Arbeitnehmerentsendung in der Europäischen Union berücksichtigt werden.

IV. Verabschiedung der Richtlinie (EU) 2018/957

Die Richtlinie 96/71/EG wurde in gewissem Umfang mit der Richtlinie (EU) 2018/957 geändert. Die Arbeit an dem neuen Rechtsakt hat erhebliche Unterschiede zwischen den „alten“ sowie „neuen“ Mitgliedstaaten zum Vorschein gebracht. Die Änderung der Rechtslage haben Frankreich, Deutschland, Österreich, Belgien, Luxemburg, die Niederlande und Schweden befürwortet. Diese Länder haben gemeinsam die Notwendigkeit der Einführung des Prinzips der Gleichbehandlung für die gleiche Arbeit am gleichen Arbeitsplatz gefordert. Gegen diese Regeln der Arbeitnehmerentsendung waren Polen, Bulgarien, Rumänen, die Tschechische Republik, die Slowakei, Ungarn, Litauen, Lettland und Estland. Die Europäische Kommission hat den Entwurf der Novellierung am 8.3. 2016²³ dargestellt. Der neue Rechtsakt wurde am 28.6. 2018 verabschiedet, also nach zweijährigen Verhandlungen. Gegen die Novellierung stimmten Polen und Ungarn; Großbritannien, Litauen, Lettland und Kroatien enthielten sich²⁴.

Der Änderungsentwurf wurde vor dem Stichtag der Implementierung der Richtlinie 2014/67/EU vorgestellt, der auf den 18.6. 2016 fiel. Es konnte nicht festgestellt werden, ob die Anwendung und Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG verbessert wurde und ob tatsächlich in der so kurzen Zeit weitere legislative Änderungen notwendig sind²⁵. Richtiger wäre die Beurteilung von Folgen der Änderungen, die mit der Richtlinie 2014/67/EU eingeführt wurden, und erst später die Analyse der Zweckmäßigkeit weiterer Novellierungen²⁶. Ich wage zu behaupten, dass die Verabschiedung neuer Regelungen im Bereich der Arbeitnehmerentsendung in der Euro-

23 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 16.12. 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, 2016/0070/COD, 2016.

24 Mehr *Woloszyn*, Delegowanie pracowników w ramach świadczenia usług w świetle zmian wprowadzonych dyrektywą 2018/957, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* Nr. 8/2018, S. 2-3.

25 Zutreffend macht *Kwasiborski* darauf aufmerksam, Planowana rewizja dyrektywy 96/71/WE w świetle dotychczasowych uwarunkowań prawnych instytucji delegowanie pracowników w Unii Europejskiej, *Europejski Przegląd Sądowy* 6/2016, S. 13.

26 Art. 24 der Richtlinie 2014/67/EU benannte den 18.6. 2019 als Stichtag, bis zu welchem die Europäische Kommission dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss einen Bericht über die Anwendung und die Umsetzung dieses Rechtsaktes und über angemessene notwendige Änderungen vorzulegen hat.

päischen Union politisch begründet war. Ein besonders starker Befürworter der Änderungen war Frankreich²⁷.

In Ziffer 1 der Präambel der Richtlinie (EU) 2018/957 wird betont, dass für Unternehmen gleiche Bedingungen sowie die Achtung der Arbeitnehmerrechte zu gewährleisten sind. In Art. 1 der Richtlinie 96/71/EG wurde ein neuer Absatz hinzugefügt, nach dem die Richtlinie den Schutz für entsandte Arbeitnehmer in der Entsendungszeit im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit gewährleistet, und zwar durch die Festlegung von zwingenden Vorschriften über die Beschäftigungsbedingungen sowie den Gesundheitsschutz und die Sicherheit der Arbeitnehmer, die eingehalten werden müssten. Meiner Meinung nach sind die Änderungen zu der Entlohnung der entsandten Arbeitnehmer, der Unterbringung und Zulagen wegen der Entsendung sowie die Einführung neuer Regelungen über die langfristige Entsendung aus polnischer Sicht von Bedeutung²⁸.

Nach Art. 3 der Richtlinie (EU) 2018/579 haben die Mitgliedstaaten diesen Rechtsakt bis zum 30.7. 2020 zu implementieren. Ab diesem Tag sind auch neue Regelungen anzuwenden. In der Praxis gelten neue Pflichten für Unternehmer, die ihre Arbeitnehmer nach zweijähriger Übergangsperiode entsenden.

V. Vergütung für entsandte Arbeitnehmer

Die Richtlinie (EU) 2018/957 ändert die Vergütungsregeln für entsandte Arbeitnehmer. In Art. 3 Abs. 1c der Richtlinie 96/71/EG wird der Begriff „Mindestlohnsätze, einschließlich der Überstundensätze“ durch den Begriff „Entlohnung, einschließlich Überstundensätze“ ersetzt. Im weiteren Teil der Vorschrift wird darauf hingewiesen, dass für die Zwecke der Richtlinie der Begriff der Entlohnung nach der nationalen Gesetzgebung und/oder der Praxis des Mitgliedstaats bestimmt wird, auf dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, und alle Bestandteile der Entlohnung umfasst, die nach den nationalen gesetzlichen, Durchführungs- oder Verwaltungsbestimmungen oder Tarifverträgen oder Schiedssprüchen obligatorisch sind. Ziffer 18 der Präambel weist dagegen darauf hin, dass beim Vergleich der Entlohnung eines entsandten Arbeitnehmers sowie der nach dem nationalen Recht geschuldeten Entlohnung der Betrag der Vergütung brutto zu berücksichtigen ist. Dabei sollten nicht die Be-

27 *Barnard*, Delegowanie pracowników – kwestia płacy, *Europejski Przegląd Sądowy* 6/2018, S. 29 ff.

28 In der Abhandlung lasse ich die Problematik des internationalen Straßengütertransports, der Arbeitnehmerentsendung durch Leiharbeitsunternehmen sowie die Möglichkeit der Anwendung von in den Aufnahmemitgliedstaaten geltenden Tarifverträgen außer Acht.

standteile der Entlohnung, sondern die Bruttobeträge der Entlohnung insgesamt verglichen werden²⁹.

Die obige Änderung setzt eins der wichtigsten Ziele der Richtlinie (EU) 2018/957 um, welches die Gewährleistung des Prinzips „der gleichen Entlohnung für die gleiche Arbeit am gleichen Arbeitsplatz“ ist. Bereits ab dem ersten Tag haben die entsandten Arbeitnehmer die gleiche Entlohnung zu erhalten, welche heimische Arbeitnehmer für die jeweilige Tätigkeit erhalten. Es genügt nicht die Sicherstellung – wie bisher – des Mindestlohns des Aufnahmemitgliedstaats für sie. Diese Regel wird durch die Befürworter der Richtlinie als Bekämpfung von Sozialdumping dargestellt. Selbstverständlich fällt hierbei die Höhe der Entlohnung in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, was in Ziffer 17 der Präambel der Richtlinie (EU) 2018/957 zum Ausdruck gebracht wird.

Nach Inkrafttreten der Novellierung wird ein polnischer entsandter Arbeitnehmer, der auf einer Baustelle in München oder Hamburg arbeitet, die gleiche Entlohnung erhalten wie sein deutscher Arbeitskollege, der die gleiche Tätigkeit ausübt. Auf den ersten Blick scheint diese Regelung vorteilhaft zu sein und den Status entsandter Arbeitnehmer zu stärken. Es muss jedoch bemerkt werden, dass die „Entlohnung“ eine breite Kategorie ist. Neben einer Grundvergütung umfasst sie eine Reihe weiterer Bestandteile. Sollten entsandte Arbeitnehmer tatsächlich Zulagen erhalten, die nicht direkt mit der Arbeitsausübung im Zusammenhang stehen? Zum Beispiel: Wird ihnen das sog. dreizehnte Gehalt oder das Weihnachtsgeld geschuldet? Sollten bei der Festlegung der Höhe der Entlohnung zusätzliche Lasten des Arbeitgebers berücksichtigt werden, z.B. ein Abzug für den Schulungsfonds? Ein entsandter Arbeitnehmer hat aufgrund des temporären Charakters der Arbeitsleistung keine Chancen, diesen Fonds zu nutzen³⁰. Anders gesagt, die Gewährung dieser Bestandteile der Entlohnung, die mit der Arbeitsausübung nicht im Zusammenhang stehen aber mit dem Arbeitnehmerstatus verbunden sind, erweckt starke Zweifel.

Positiv ist das Prinzip zu bewerten, dass beim Vergleich der Lage eines entsandten Arbeitnehmers sowie eines heimischen Arbeitnehmers nicht die einzelnen Bestandteile der Entlohnung, sondern die gesamte Entlohnungshöhe berücksichtigt wird. Es muss auch erwähnt werden, dass die Sozialversicherungsbeiträge und Steuern nach Maßgabe der Art. 11 ff.

29 Darüber hinaus sieht der novellierte Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71/EG vor, dass Entsendungszulagen als Teil der Entlohnung gelten, sofern sie nicht als Erstattung von infolge der Entsendung tatsächlich entstandenen Kosten wie z.B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten gezahlt werden. Siehe auch nachfolgend VI.

30 Benio, Europejski Przegląd Sądowy 6/2018, S. 15.

Verordnung (EG) Nr. 883/2004³¹ sowie der Doppelbesteuerungsabkommen (insbesondere nach dem polnisch-deutschen Doppelbesteuerungsabkommen) gemäß dem Recht des entsendenden Staates entrichtet werden. In Mitteleuropa sind sie niedriger als in den „alten“ Mitgliedstaaten. Dieser Unterschied wird weiterhin ein Wettbewerbsvorteil von Unternehmen aus Polen und anderen Staaten dieser Region sein.

VI. Unterbringungsbedingungen und Entsendungszulagen

Der neue Art. 3 Abs. 1 lit. h der Richtlinie 96/71/EG sieht vor, dass der den entsandten Arbeitnehmern zustehende Schutz auch Unterbringung umfasst, sofern diese vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer sichergestellt wird, die weit entfernt von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz sind. Ziffer 7 der Präambel der Richtlinie (EU) 2018/597 betont wiederum, dass Behörden und Stellen in der Lage sein sollen, die Verhältnisse der Unterkünfte für entsandte Arbeitnehmer zu überprüfen. Die Novellierung gilt also für Arbeitnehmer, die mit diesen Bestimmungen des Aufnahmemitgliedstaats entsandt werden, die für Unterkunft gelten³². Diese Änderung ist positiv zu beurteilen, denn die Kontrollen weisen Missbräuche nach und falsche Verhältnisse der Unterkünfte gehen mit „Schwarzarbeit“ einher.

Der neue Art. 3 Abs. 1 lit. i der Richtlinie 96/71/EG schreibt dagegen vor, dass die Schutznormen für entsandte Arbeitnehmer Zulagensätze oder Kostenerstattung für Reise-, Verpflegungs- und Unterbringungsausgaben für Arbeitnehmer umfassen, die aus beruflichen Gründen weit entfernt von zu Hause sind. Der nachfolgende Absatz präzisiert, dass dieser Begriff ausschließlich auf Ausgaben anzuwenden ist, die Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten decken, die entsandten Arbeitnehmern entstehen, wenn sie zu und von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz in den Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sie entsandt wurden, reisen müssen oder von ihrem Arbeitgeber vorübergehend von diesem regelmäßigen Arbeitsplatz an einen anderen Arbeitsplatz gesandt werden. Darüber hinaus sieht Ziffer 8 der Präambel der Richtlinie (EU) 2018/957 u.a. vor, dass Doppelzahlungen für Reise-, Verpflegungs- und Unterbringungskosten vermieden werden sollen. Ziffer 19 der Präambel sieht u.a. vor, dass im Umfang, in welchem das Ziel der Zulagen die Erstattung von Ausgaben im Zusammenhang mit der Entsendung ist, wie Reise-, Verpflegungs-, und Unterbringungskosten, nicht als Teil der Entlohnung gelten sollen.

Die Richtlinie (EU) 2018/957 bezieht sich auf die Kosten, die damit zusammenhängen, dass entsandte Arbeitnehmer weit entfernt von ihrem Wohnsitz sind. Die Novellierung bekräftigt die Regel, dass Entsendungszulagen als Teil der Entlohnung gelten (früher: Mindestlohn), es sei denn,

31 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (Fn. 7).

32 *Wołoszyn*, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* Nr. 8/2018, S. 4.

diese Ausgaben beziehen sich auf die im Zusammenhang mit der Entsendung tatsächlich getragenen Ausgaben wie Reisekosten, Verpflegungskosten und Unterbringungskosten³³. Deren Erstattung erfolgt nach den Vorschriften des Entsendestaats. Wenn sich entsandte Arbeitnehmer auf dem Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhalten, dann sind die Unterbringungskosten und Reisekosten und auch eventuell Spesen nach dem Recht dieses Staates zu zahlen. Meiner Meinung nach sind diese Änderungen positiv zu beurteilen. Sie beseitigen Interpretationszweifel, die in der Praxis entstehen, insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Entlohnung und Entlohnungszulagen.

VII. Langfristige Entsendung

Das EU-Recht legt keine Höchstdauer für die Arbeitnehmerentsendung in einen anderen Mitgliedstaat fest. In der Praxis sollte die rechtliche Zulässigkeit der Entsendung in jedem einzelnen Fall beurteilt werden. Es muss der Charakter der zu erbringenden Dienstleistungen sowie deren Regelmäßigkeit, Periodizität oder Kontinuität beachtet werden. Zum Beispiel kann eine große Bauinvestition über mehrere Jahre realisiert werden, was daran nichts ändert, dass die Arbeit die von einem anderen Mitgliedsstaat entsandten Arbeitnehmer verrichten können.

Vor diesem Hintergrund führt die Richtlinie (EU) 2018/957 neue Normen ein, die als Regelungen über langfristige Entsendungen bezeichnet werden können. Nach dem neuen Art. 3 Abs. 1a der Richtlinie 96/71/EG stellen die Mitgliedstaaten bei Überschreitungen der Entsendungszeit von zwölf Monaten sicher, dass zusätzliche Regelungen des Tätigkeitsstaats verbindlich werden. Dies sind

„sämtliche anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ..., die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, festgelegt sind. Die betreffenden Festlegungen umfassen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche oder durch Tarifverträge oder Schiedssprüche, die nach Absatz 8 anderweitig Anwendung finden“.

Von dieser weitgreifenden Anordnung werden nur geringe Ausnahmen gemacht. Sie betreffen „Verfahren, Formalitäten und Bedingungen für den Abschluss und die Beendigung des Arbeitsvertrags, einschließlich Wettbewerbsverbots“ sowie „zusätzliche betriebliche Altersversorgungssysteme“. Bei der Einreichung einer begründeten Mitteilung durch den Dienstleistungsgeber, verlängert der Mitgliedsstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, die genannte Zeit bis zu 18 Monaten.

Diese Zwölf-Monats- bzw. 18-Monats-Regelung bezieht sich auf den Zeitrahmen für die Arbeitnehmerentsendung. Es handelt sich nicht um die „voraussichtliche“, sondern „tatsächliche“ Entsendungszeit, was in der Anfangsetappe der legislativen Arbeit vorgeschlagen wurde. Zusätzliche Pflichten werden die Unternehmer erst nach der Überschreitung von Obergrenzen aus der Richtlinie (EU) 2018/957 tragen. Zugleich setzt die Formulierung „begründete Mitteilung“ einen gewissen Automatismus bei der Verlängerung der Zwölf-Monats-Frist durch den Aufnahmemitgliedstaat voraus, wenn der Dienstleister diesen Bedarf angemessen begründet³⁴.

Wichtig ist, dass die neue Rechtslage keine maximale Entsendezeit festlegt. Die Änderung besteht darin, dass nach dem Überschreiten der Zwölf-Monats- bzw. 18-Monats-Frist für den entsandten Arbeitnehmer zusätzliche Schutznormen im Aufnahmemitgliedstaat gelten werden. Praktisch werden alle Bestimmungen über Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmemitgliedstaats für ihn gelten, mit Ausnahme, wie gesagt, der Bestimmungen über den Abschluss und die Auflösung von Arbeitsverträgen sowie über Wettbewerbsverbote. Nach dem Überschreiten dieser Fristen ist der entsendende Unternehmer also verpflichtet, beinahe alle Regelungen des Arbeitsrechts des Aufnahmemitgliedstaats anzuwenden. Ziffer 9 der Präambel der Richtlinie (EU) 2018/957 schreibt vor, dass diese Regelung durch die Langfristigkeit einiger Entsendungen sowie durch den Zusammenhang zwischen dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats und den für so lange Perioden entsandten Arbeitnehmern gerechtfertigt ist. Die Autoren der Richtlinie (EU) 2018/957 entschieden somit, dass nach zwölf oder 18 Monaten automatisch eine Beziehung zwischen dem Aufnahmemitgliedstaat und den entsandten Arbeitnehmern zustande kommt, was die Erweiterung von Schutznormen begründet.

Eine weitere bemerkenswerte Frage ist die Fluktuation der entsandten Arbeitnehmer auf demselben Arbeitsplatz. Dienstleistungen werden nämlich häufig durch die vielen für kürzere oder längere Zeiten entsandten Arbeitnehmer erbracht. Vor diesem Hintergrund sieht der neue Art. 3 Abs. 1a der Richtlinie 96/71/EG vor, dass, wenn das entsendende Unternehmen den entsandten Arbeitnehmer mit einem anderen entsandten Arbeitnehmer ablöst, der die gleiche Aufgabe am gleichen Arbeitsplatz verrichtet, die Entsendungszeit die gesamte Entsendungszeit der entsandten Arbeitnehmer ist. Ob eine „gleiche Aufgabe am gleichen Arbeitsplatz“ gegeben ist, hängt u.a. von dem Charakter einer zu erbringenden Dienstleistung, der zu verrichteten Tätigkeit sowie von der (den) Adresse(n) des Arbeitsplatzes ab. Ziffer 11 der Präambel der Richtlinie (EU) 2018/957 hebt her-

vor, dass der Zweck dieser Regelung ist, sicherzustellen, dass mittels Ersetzungen nicht die sonst geltenden Vorschriften umgangen werden.

Rechtsfolge der Vorschrift ist, dass bei Verrichtung von Tätigkeiten auf dem betroffenen Arbeitsplatz durch unterschiedliche entsandte Arbeitnehmer, deren Entsendezeit addiert werden. Erforderlich ist aber, dass ein bestimmter Arbeitgeber seine Arbeitnehmer zur Verrichtung einer konkreten Aufgabe entsendet. Die Zeiträume der Entsendung von den von unterschiedlichen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmern an demselben Platz für die gleiche Aufgabe werden nicht addiert³⁵. Sollte die Durchführung der Aufgabe zwölf oder 18 Monate überschreiten, dann könnte der nachfolgend entsandte Arbeitnehmer in einer anderen Rechtslage sein als der abzulösende, selbst wenn seine Entsendung kurz dauert. Diese Regelung weckt Zweifel aufgrund der Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer sowie der Beraubung der Wahl der Rechtsordnung für die Beteiligten des Arbeitsverhältnisses, welche sie für günstig halten, was die Rom I-Verordnung³⁶ garantiert.

Die Richtlinie (EU) 2018/957 ändert praktisch die Regeln für langfristige Entsendungen. Bei kurzfristigen Entsendungen findet eine erschöpfende Normenliste des Mindestschutzes im Aufnahmemitgliedstaat Anwendung. Bei Entsendungen, die zwölf oder 18 Monate überschreiten, werden für die entsandten Arbeitnehmer grundsätzlich alle Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmemitgliedstaats gelten. In der Folge werden auf polnischen Unternehmen, die das Personal in die Staaten der „alten“ Europäischen Union entsenden, zusätzliche Pflichten lasten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieser Umstand die Unternehmer entmutigen wird, sich um solche Aufträge zu bewerben, deren Realisierung zwölf Monate überschreitet.

Es sollte vermerkt werden, dass die Novellierung der Richtlinie 96/71/EG mit den Bestimmungen über die Koordinierung der Sozialversicherungen in der Europäischen Union unvereinbar ist. Gemäß Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004³⁷ unterliegt ein entsandter Arbeitnehmer der Sozialversicherung im Ursprungsstaat (in der Regel am Sitz des Arbeitgebers) unter der Bedingung, dass die voraussichtliche Entsendungszeit 24

35 Benio, Europejski Przegląd Sądowy 6/2018, S. 19, *Woloszyn*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne Nr. 8/2018, S. 6.

36 Siehe Analyse auf der Seite von Labour Mobility Initiative: www.inicjatywa.eu. Schwarz/Kielbasa/Benio, Limited cumulative period of posting in the revised Posting of Workers Directive – in search of legal justification, abzurufen unter <https://inicjatywa.eu/wp-content/uploads/2018/10/paper-Limited-cumulative-period-of-posting-in-the-revised-PWD-%E2%80%93-in-search-of-a-legal-justification-by-LMIA.pdf> (abgerufen am 27.12. 2018).

37 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (Fn. 7).

Monate nicht überschreitet, und der/die Betroffene nicht zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers geschickt wurde. Es kann also vorkommen, dass nach zwölf Monaten alle Bedingungen der Beschäftigung des Aufnahmemitgliedstaats für den entsandten Arbeitnehmer gelten werden, und gleichzeitig wird er weiterhin der Sozialversicherung des Entsendestaats unterliegen. Dieser Unterschied ist ein weiteres Problem, das die Arbeitnehmerentsendung in die anderen Mitgliedstaaten erschweren kann.

VIII. Beurteilung der Richtlinie (EU) 2018/957.

Eine rechtskonforme Arbeitnehmerentsendung ist für alle Betroffenen vorteilhaft. Daher ist das Bestreben richtig, angemessene Rechtsvorschriften in diesem Bereich zu gewährleisten. Ziffer 24 der Präambel der Richtlinie (EU) 2018/957 schreibt vor, durch die Richtlinie werde

„ein ausgeglichener Rahmen für die Dienstleistungsfreiheit und den Schutz entsandter Arbeitnehmer eingerichtet, der diskriminierungsfrei, transparent und verhältnismäßig“

sei. Der neue Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG betont die Sicherstellung eines angemessenen Schutzes für die entsandten Arbeitnehmer. Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Novellierung tatsächlich die Bedingungen der Dienstleistungsfreiheit auf dem Binnenmarkt verbessert und ob sie zur Besserung der Lage der entsandten Arbeitnehmer beitragen wird.

Wie ich bereits erwähnt habe, ist die Rechtsverletzung das Hauptproblem im analysierten Bereich, insbesondere Scheinselbstständigkeit sowie „Schwarzarbeit“. Solche Praktiken lösen Sozialdumping sowie Verstöße gegen den lauterer Wettbewerb aus. Dies kann jedoch nicht der Arbeitnehmerentsendung als solcher vorgeworfen werden, die durchaus rechtskonform ist. Daher sollte der Schwerpunkt auf die Durchsetzung der bereits vorhandenen Regelungen gesetzt werden. Die Autoren der Richtlinie (EU) 2018/957 haben das in Ziffer 4 der Präambel zum Ausdruck gebracht, indem sie feststellten, es sollte „neben der Überarbeitung der Richtlinie 96/71/EG der Umsetzung und Durchsetzung der Richtlinie 2014/67/EU ... Vorrang eingeräumt werden“. In der Tat führt die Novellierung jedoch – wenigstens in gewissem Umfang – neue Spielregeln in Bezug auf die Arbeitnehmerentsendung ein. In geringem Umfang wird das hingegen zur Bekämpfung von Rechtsverletzungen beitragen, die mit der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen zusammenhängen, was eine Priorität sein sollte.

Die Erweiterung des Bereichs von Schutznormen des Aufnahmemitgliedstaats soll den Schutz der Rechte der entsandten Arbeitnehmer stärken. Auf den ersten Blick scheint diese Idee positiv beurteilt werden zu können, insbesondere vor dem Hintergrund der neuen Initiativen der Europä-

ischen Union im Bereich der Sozialpolitik. Ich meine hier die im November 2017 proklamierte Europäische Säule Sozialer Rechte, die der Stärkung der sozialen Dimension der Integration dienen soll. Eine ihrer Annahmen ist die Gewährleistung fairer Arbeitsbedingungen und angemessenen Sozialschutzes. Nach einer gründlichen Analyse weckt die Novellierung der Richtlinie 96/71/EG jedoch eine Reihe von Zweifeln. Vor allem muss bemerkt werden, dass jede den Arbeitnehmern gewährte Berechtigung eine Verpflichtung für die Arbeitgeber bedeutet. Ich möchte an den Laval-Fall erinnern, der veranschaulicht, dass zu hohe Anforderungen für die Entsendeunternehmen zu deren Insolvenz führen können. Man kann daher nicht ausschließen, dass die mit der Richtlinie (EU) 2018/957 eingeführten Änderungen unverhältnismäßig für Unternehmer sein werden sowie, dass sie sich letztendlich gegen entsandte Arbeitnehmer wenden werden.

Meiner Meinung nach können sich zwei Probleme aus polnischer Sicht als wichtig erweisen. Dies ist erstens die Gleichstellung der Entsandter Arbeitnehmer und heimischer Arbeitnehmer. Von meinen Bedenken zu den einzelnen Bestandteilen der Entlohnung habe ich oben geschrieben (Ziffer V). Infolge der Änderungen wird die Arbeitnehmerentsendung in der Europäischen Union kostspieliger sein. Die Notwendigkeit, neue Ausgaben zu tragen, kann zum Verlust eines Auftrags oder eines Vertrags durch Unternehmen aus Mitteleuropa führen. Zweitens bestehen Zweifel, ob die Regelung über die langfristige Entsendung richtig ist. Gemäß der Novellierung werden nach zwölf oder 18 Monaten für entsandte Arbeitnehmer nahezu alle Bestimmungen des Arbeitsrechts des Aufnahmemitgliedstaats gelten. Die Autoren der Richtlinie (EU) 2018/957 haben also nach eigenem Ermessen voreilig entschieden, dass nach dem Ablauf dieser Zeit eine Beziehung zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats automatisch entsteht. In einem solchen Fall erfolgt *de facto* die Gleichstellung der Lage eines Dauerwanderarbeitnehmers und eines langfristig entsandten Arbeitnehmers. Diese Lösung läuft der Idee der Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Union offensichtlich zuwider. Zweifel weckt auch der Mechanismus der Addierung der Entsendezeit einzelner Arbeitnehmer, worüber ich oben in Ziffer VII schrieb.

Auf der Grundlage neuer Regelungen wird die Arbeitnehmerentsendung mit zusätzlichen Kosten und neuen Pflichten sowie Formalitäten verbunden sein. Meiner Meinung nach werden die mit der Richtlinie (EU) 2018/957 eingeführten Änderungen die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Union erschweren. Es fällt leicht, sich die Situation vorzustellen, dass die Unternehmer auf die Arbeitnehmerentsendung ins Ausland verzichten oder ihre Tätigkeit beschränken. Wahrscheinlich ist, dass die Änderung des Rechtsstands zur Senkung der Ent-

sendezahl in der Europäischen Union führen wird. Die Folgen können besonders ernst für die Unternehmen aus Mitteleuropa sein, für die niedrigere Vergütungen und Arbeitskosten weiterhin ein Wettbewerbsvorteil sind. In der Folge ist die Novellierung der Richtlinie 96/71/EG für polnische Unternehmer und polnische entsandte Arbeitnehmer als ungünstig zu beurteilen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob nicht der tatsächliche Grund für die Verabschiedung der Richtlinie (EU) 2018/957 darin liegt, Arbeitsstandards in der gesamten Europäischen Union zu erhöhen. Die Diskussion über die Änderungen spiegelte wesentliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten wider. In Westeuropa nehmen protektionistische Tendenzen zu, während die Staaten Mitteleuropas weiterhin enthusiastisch den Binnenmarkt befürworten. Es fällt schwer, nicht zu glauben, dass es sich entgegen den Erklärungen über die Förderung des lautereren Wettbewerbs um den Schutz der Arbeitsmärkte der reicheren Staaten Westeuropas handelt. Diesem Zweck dient die Einschränkung der Präsenz entsandter Arbeitnehmer aus Polen sowie aus anderen Staaten Mitteleuropas. Anders gesagt, die vom „alten“ Europa geförderten Änderungen sind gegen „neue“ Mitgliedstaaten gerichtet. Aus diesen Gründen beurteile ich die Verabschiedung der Richtlinie (EU) 2018/957 als Sieg des Protektionismus, der mit der Idee der europäischen Integration unvereinbar ist.

IX. Unvereinbarkeit der Richtlinie (EU) 2018/957 mit dem AEUV?

Selbstverständlich darf die Europäische Union Änderungen hinsichtlich der Arbeitnehmerentsendung einführen. Man muss jedoch beachten, dass die Dienstleistungsfreiheit zu den Grundfreiheiten gehört, für welche sämtliche Einschränkungen sehr strenge Voraussetzungen erfüllen müssen. Ziffer 10 der Präambel der Richtlinie (EU) 2018/957 betont, dass gemäß der ständigen Rechtsprechung des EuGH Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nur zulässig sind, „wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sowie verhältnismäßig und erforderlich sind“. Die Novellierung der Regeln der Arbeitnehmerentsendung scheint diese Kriterien nicht zu erfüllen. Deswegen muss ich erwähnen, dass Polen am 3.10. 2018 eine Beschwerde mit dem Ziel der Teilnichtigkeitserklärung der Richtlinie (EU) 2018/957³⁸ vor dem EuGH erhoben hat.

In der Beschwerde wird der Einwand vorgebracht, dass Einschränkungen in der Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Union eingeführt werden, die kraft Art. 56 AEUV verboten sind. Polen stellt das Erfordernis der Sicherstellung einer Entlohnung mit dem Überstundensatz nach dem

38 Fall C – 626/18. Ähnliches hat Ungarn entschieden.

Recht des Aufnahmemitgliedstaats für entsandte Arbeitnehmer infrage. Für mit dem AEUV nicht vereinbar hält Polen auch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den entsandten Arbeitnehmern grundsätzlich alle im Aufnahmemitgliedstaat anwendbaren Beschäftigungsbedingungen zu garantieren, wenn die tatsächliche Entsendezeit zwölf Monate und – bei der Einreichung einer begründeten Mitteilung – 18 Monate überschreitet. Die angenommenen Maßnahmen verfolgen keine wirtschaftliche Öffnung im Sinne einer Erleichterung der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen, sondern sind damit unvereinbar. Darüber hinaus stellte Polen die Anwendung der angefochtenen Richtlinie für den Straßengütertransport infrage.

Nach Polens Ansicht ist das Hauptziel der angefochtenen Vorschriften, die sich auf die Entlohnung der entsandten Arbeitnehmer beziehen, die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch die Vergrößerung der Lasten für die Dienstleister, damit ihr Wettbewerbsvorteil aus niedrigeren Lohnsätzen im Ursprungsstaat beseitigt wird. Die eingeführten Änderungen führen zur Diskriminierung grenzüberschreitender Dienstleister. Diese Änderungen sind nicht durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt, insbesondere nicht durch den Sozialschutz der Arbeitnehmer und des lautereren Wettbewerbs. Darüber hinaus verletzen sie das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Derzeit ist es schwer zu beurteilen, welche Chancen die Erklärung der Nichtigkeit eines Teils oder der gesamten Richtlinie (EU) 2018/957 durch den EuGH hat. Ich bin jedoch der Meinung, dass die Beschwerde Polens gut begründet ist und die erhobenen Einwände eine gründliche Analyse verdienen. Eins steht fest: Im Bereich der Arbeitnehmerentsendung ist das letzte Wort noch nicht gesprochen. Der Umfang und die zulässigen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit werden der Gegenstand unterschiedlicher Interessen einzelner Mitgliedstaaten sein. Fortsetzung folgt.

Diskussion*

Professor Dr. *Abbo Junker* (ZAAR München) merkte an, dass die Geltung sämtlicher Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach zwölf Monaten aus seiner Sicht und im Hinblick darauf, dass sich hier kaum etwas ändere, nicht das entscheidende Problem sei. Vielmehr sei die Änderung des Wortlauts von „Mindestlohn“ in „Entlohnung“, durch welche die Rechtsprechung des EuGH festgeschrieben worden sei, in hohem Maße freiheitsfeindlich. Aus den Erwägungsgründen ergebe sich, dass sowohl die Dienstleistungsfreiheit als auch der soziale Schutz der Arbeitnehmer als Grundprinzipien des Binnenmarkts anzusehen seien. Die Richtlinie verstehe sich als einen ausgeglichenen Rahmen zwischen der Dienstleistungsfreiheit und dem Schutz der entsandten Arbeitnehmer, den die polnischen Arbeitnehmer nie verlangt hätten. Der Ausweg sei weniger über die Rechtsprechung des EuGH, als vielmehr auf Ebene des Vollzugs zu finden. Dieser werde in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten divergieren.

Professor Dr. *Leszek Mitrus* (Jagiellonen-Universität Krakau) bestätigte dies und merkte an, dass diese Probleme mit der Schwarzarbeit verbunden seien. Entsandte Arbeitnehmer sollten zwar geschützt werden, die Richtlinie empfinde er als eine richtige Entscheidung. Allerdings hätte man zunächst einmal die Auswirkungen abwarten sollen, bevor man eine neue Richtlinie erlasse.

Professor Dr. *Richard Giesen* (ZAAR München) verwies auf die Regeln bezüglich der Unterkunftsbedingungen, Zulagen und Kostenerstattungen zur Deckung von Unterbringungs- und Verpflegungskosten. Diese Kosten würden typischerweise im grenzüberschreitenden Verkehr anfallen. Hierin sehe er die Versuchung auf nationaler Ebene, scheinbar neutrale Regelungen zu erlassen, welche die einer Entsendung spezifisch anhaftenden Kosten besonders hoch ansetzten. Damit sei unter Umständen nicht die Richtlinie als unwirksam anzusehen, sondern vielmehr die nationalen Umsetzungsvorschriften. Hiermit zusammenhängend stellte Professor *Giesen* die Frage nach der Prognose des Referenten bezüglich des Mobilitätspakets. Presseberichten zufolge sei stellenweise die Forderung nach einer Unterbringung von Berufskraftfahrern außerhalb ihrer Fahrzeuge gestellt worden. In diesem Zusammenhang sei denkbar, dass spezielle Kosten entstünden, welche den Entsendetatbestand beträfen. Eine mögliche Folge sei, dass man hier in einen Diskriminierungstatbestand hineingerate.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ref. iur. *Laura Herbst*.

Professor *Mitrus* antwortete, er sei der Ansicht, das Mobilitätspaket habe Aussicht auf Erfolg. Ob Kraftfahrer als „entsandte Arbeitnehmer“ anzusehen seien, sei fraglich.

Professor *Giesen* erklärte, dass die Richtlinie auf Berufskraftfahrer zurzeit nicht anwendbar sei; insgesamt habe er den Eindruck, die Thematik sei zunächst zurückgestellt worden. Was die Anwendbarkeit des Mindestlohngesetzes auf Kraftfahrer aus dem Ausland angehe, so verwies er auf die Verwaltungsanweisung der damaligen Arbeitsministerin, diese bei der Fahrt durch das Bundesgebiet nicht zu kontrollieren. Dies sage jedoch nichts über die rechtliche Einstufung aus.

Professor Dr. *Martin Franzen* (Ludwig-Maximilians-Universität München) fügte hinzu, dass das Mobilitätspaket vom Europäischen Parlament seiner Kenntnis nach abgelehnt worden sei. Abgesehen davon sei die Frage, ob Berufskraftfahrer unter den Tatbestand der entsandten Arbeitnehmer zu fassen seien, rechtlich strittig. Bewerte man die Transportleistung als Dienstleistung und berücksichtige man den Umstand, dass diese auch die Grenze passiere, so sei dies jedenfalls nicht völlig abwegig. Möglicherweise sei die Thematik ja deshalb zurückgestellt worden. Wenn das Mobilitätspaket allerdings verabschiedet werden würde, müsste die neue Entsenderichtlinie Anwendung finden.

In Bezug auf die Frage nach den Kostenzulagen und Erstattungen antwortete Professor *Mitrus*, diese zu regulieren sei eine Aufgabe des nationalen Rechts. In Polen finde sich eine solche *expressis verbis* auf nationaler Ebene gerade nicht. Lediglich die Konstruktion der Dienstreise und damit zusammenhängender „Spesen“ werde in der Praxis oft verwendet. Insgesamt sei aber eine Änderung des polnischen Rechts von Nöten.

Dr. Wulf Gravenhorst (Gravenhorst & Partner Rechtsanwälte Düsseldorf) fragte, wie die polnischen Gewerkschaften zur Entsendung ukrainischer Arbeitnehmer nach Polen stünden.

Professor *Mitrus* erwiderte, die Gewerkschaften unterstützten die ukrainischen Arbeitnehmer. Es gehe vor allem um die Einhaltung der Vorschriften bezüglich der Einhaltung der Arbeitsbedingungen, die von der Staatsinspektion überwacht würden.

Sachregister

A1 Bescheinigung 20, 55, 62-65

Änderungsrichtlinie 21-32, 35-41,
55-59, 61, 63, 68, 73, 75, 77-87

Arbeitnehmerentsenderrichtlinie 13-
47, 55-61, 68-73, 76-78, 80-86

- Änderungsrichtlinie 21-32, 35-41,
55-59, 61, 63, 68, 73, 75, 77-87

- Schutzbestimmungen 19, 23, 24,
69, 71, 73, 78, 82-85, 87, 88

Arbeitnehmerentsendung 13, 49, 67

- allgemeinverbindlich erklärte Ta-
rifverträge 19, 20, 23, 28-30, 35,
37, 42, 43, 69, 81

- Dienstleistungsfreiheit 32-36, 55,
57, 61, 62, 68, 69, 71, 72, 76, 78,
84-88

- Durchsetzungsrichtlinie 20, 21,
25, 26, 30, 37, 46, 55, 68, 73, 77,
84

- Entgeltfortzahlung 50, 58, 64

- Entlohnung 24, 28, 46, 72, 78-81,
85, 87, 88

- Entsendezeit 25-27, 54, 57, 58,
63, 81-85, 87

- Entsendungszulage 27, 28, 79,
80, 88, 89

- gewöhnlicher Arbeitsort 17, 37,
38

- Gleichbehandlungsgrundsatz 25,
27, 28, 31, 35, 37, 39, 41-43, 46,
77, 79, 85

- grenzüberschreitende Arbeit-
nehmerüberlassung 26, 27, 51,
59, 88

- Herkunftslandprinzip 15, 16

- Mindestschutz 69, 70, 83, 84

- Missbrauch 72, 73, 75, 76, 80, 84

- Polen 67

- Scheinselbständigkeit 73, 76, 84

- Schwarzarbeit 20, 47, 63, 73, 76,
80, 84, 88

- Sozialdumping 75, 76, 79, 84

- Sozialrecht 49-66

- Sozialversicherung 37, 38, 42, 50-
52, 62-64, 70, 74-76, 79, 83, 84

- Steuer 70, 74, 76, 79

Dienstleistungsfreiheit 32-36, 55, 57, 61, 62, 68, 69, 71, 72, 76, 78, 84-88

Durchsetzungsrichtlinie 20, 21, 25,
26, 30, 37, 46, 55, 68, 73, 77, 84

Entlohnung 22, 24, 25, 28, 45, 46, 72, 78-81, 85-88

- Mindestlohn 19, 22, 24, 32, 34-
36, 46, 69, 70, 74, 78, 80, 81, 88

Entsendezeit 25-27, 54, 57, 58, 63,
81-85, 87

Entsendungszulage 27, 28, 79, 80,
88, 89

Freizügigkeitsverordnung 51-53, 56-61, 63, 64

- Beschäftigungslandprinzip 53
- Doppelversicherung 52, 55
- Entsendezeit 54, 57, 58, 63
- Kollisionsnorm 51, 52, 54, 57, 58

Gleichbehandlungsgrundsatz 25, 27, 28, 31, 35, 37, 39, 41-43, 46, 77, 79, 85**Herkunftslandprinzip 15, 16****Laval 71, 85****Missbrauch der Arbeitnehmerentsendung 72, 73, 75, 76, 80, 84**

- Briefkastenfirmen 73
- Scheinselbstständigkeit 73, 76, 84
- Schwarzarbeit 20, 47, 63, 73, 76, 80, 84, 88
- Sozialdumping 75, 76, 79, 84

Polen 67

- Arbeitnehmerentsendung 67
- polnisch-deutsches Doppelbesteuerungsabkommen 70, 80

Rom I-Verordnung 56, 57, 60, 83

- Eingriffsnormen 18, 19, 56, 57, 60
- gewöhnlicher Arbeitsort 17, 37, 38

Sähköalojen 22, 24, 35-37**Sozialrecht 49**

- soziale Sicherheit 51, 52, 58, 61, 63, 65, 76, 85, 87, 88

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

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

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

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

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
 9. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
 Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
 4. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier
 Tarifzensur
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
 Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
 Marktakteur
 10. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr
 Privative Tariftreue
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9
- Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
 5. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5
- Band 36 Neue Tarifrechtspolitik?
 11. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2
- Band 37 Entgrenzter Arbeitskampf?
 6. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9
- Band 38 Vergaberecht und Arbeitsbedingungen
 12. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6
- Band 39 Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts
 7. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3
- Band 40 Daniel Dommermuth-Alhäuser
 Arbeitsrechtsmissbrauch
 ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0

-
- Band 41 Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht
 13. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-36-7
- Band 42 Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts
 8. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2017, ISBN 978-3-939671-37-4
- Band 43 Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung
 14. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-38-1
- Band 44 Bewegliche Mitbestimmung
 9. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-39-8
- Band 45 Arbeitszeitmodelle der Zukunft
 15. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2019, ISBN 978-3-939671-40-4
- Band 46 Julia Pacha
 Crowdwork
 ZAAR Verlag 2018, ISBN 978-3-939671-41-1

