Die Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer

Prof. Dr. Constanze Janda, SRH Hochschule Heidelberg

Im Jahr 2014 haben Europäisches Parlament und Rat nach langem Ringen die Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer[1] verabschiedet. Fast zwanzig Jahre nach Erlass der Entsenderichtlinie hat der europäische Gesetzgeber damit der Erkenntnis Rechnung getragen, dass die arbeits – und sozialrechtlichen Regelungen zur Entsendung Anreize zur Umgehung des Arbeitnehmerschutzes bieten. Der Beitrag gibt einen Überblick über den bestehenden Rechtsrahmen, die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH und hinterfragt schließlich den Gehalt und die Tauglichkeit der Durchsetzungsrichtlinie zur Vermeidung von Sozialdumping.

I. Primärrechtliche Verortung der Entsendung

Die Entsendung von Arbeitnehmern ist weniger Ausdruck ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) als der Dienstleistungsfreiheit ihrer Arbeitgeber (Art. 56 AEUV).[2] Diese wäre gegenstandslos, wären Arbeitgeber gezwungen, ihre Dienstleistungen im europäischen Ausland nicht mit eigenen Arbeitskräften[3] zu erbringen, sondern hierfür Ortskräfte einzustellen. Anders als die Niederlassung begründet die bloße Dienstleistungserbringung ein recht lockeres Band zum Zielstaat, an dessen Wirtschaftsleben sich das Unternehmen nur temporär und gerade nicht in »stabiler und kontinuierlicher Weise«[4] beteiligt. Während die Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit üblicherweise auf einer eigenen Entscheidung des Arbeitnehmers beruht, knüpft die Entsendung an eine arbeitsvertragliche Weisung des Arbeitgebers an.[5] Auch die entsandten Arbeitnehmer werden daher nicht in den Arbeitsmarkt des anderen Mitgliedstaates eingegliedert, sondern bleiben dem Staat ihrer gewöhnlichen Beschäftigung rechtlich verbunden.[6]

Die vorübergehende Ausübung der Dienstleistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat richtet sich ausweislich des Wortlauts von Art. 57 Abs. 3 AEUV nach den Regeln, die der Zielstaat gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen vorsieht.[7] Anforderungen des Zielstaats, die über die des Herkunftsstaates hinausgehen, dürfen jedoch die Dienstleistungsfreiheit nicht beeinträchtigen.[8] Dieses Beschränkungsverbot bezieht sich nicht nur auf die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung von Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten, sondern auf alle nationalrechtlichen Regelungen, welche die Ausübung der Grundfreiheit weniger attraktiv machen.[9]

Beeinträchtigungen stehen jedoch der Rechtfertigung offen, wenn sie durch »zwingende Gründe des Allgemeininteresses« gerechtfertigt sind.[10] Zu diesen zählen nament-

1 Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 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«), ABl. 2014, L 159/11.

2 *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 58 f.; *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614; *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Wien 2014, S. 533; *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, § 5, Rn. 2 f.; *Kort*, NZA 2002, 1248, 1250; *Lilie/Wagner*, in: Drahokoupil, The outsourcing challenge: organizing work across fragmented production networks, S. 159; *Windisch-Graetz*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 40 ff.

3 Dies umfasst auch drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die rechtmäßig im Entsendestaat erwerbstätig sind, EuGH, 9.8.1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803 (*Vander Elst*), Rn. 26; EuGH, 21.10.2004 – C-445/03 – Slg. 2004, I-10191 (Kommission/Luxemburg), Rn. 38; EuGH, 19.1.2006 – C-244/04, Slg. 2006, I-885 (Kommission/Deutschland), Rn. 64.

4 EuGH, Slg. 2003, I-1659 (Kommission/Italien).

5 *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 61; *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614. Vgl. § 106 GewO, wonach sich das Direktionsrecht auf Inhalt, Zeit und Ort der Tätigkeit erstreckt.

6 *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 61; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 538; *Klein*, ZESAR 2015, 272, 273; *Kort*, NZA 2002, 1248, 1250; *Krebber*, IPrax 2013, 474, 475; *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 361; kritisch *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 4; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 166.

7 Dazu auch EuGH, 3.2.1982 – 62/8 – Slg. 1982, 223 (*Seco*), Rn. 14; 27.3.1990 – C-113/89 – Slg. 1990, I-1470 (*Rush Portuguesa*), Rn. 18; 9.8.1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803 (*Vander Elst*), Rn. 23: die Mitgliedstaaten dürfen danach ihre Rechtsvorschriften und Tarifverträge auch auf Unternehmen anwenden, die lediglich vorübergehend auf ihrem Territorium tätig sind.

8 Zur schwierigen Abgrenzung zwischen Herkunfts – und Bestimmungslandprinzip *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 56, Rn. 68 ff.; vgl. auch *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 57, Rn. 64 ff.

9 *Kluth* (Fn. 8), Art. 56, Rn. 71; *Tiedje* (Fn. 8), Art. 56, Rn. 31; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 57, Rn. 97.

10 Ständige Rechtsprechung, EuGH, 3.12.1974 – 33/74 – Slg. 1974, 1299 (*van Binsbergen*), Rn. 10; EuGH, 24.3.1994 – C-275/92 – Slg. 1994, I-1039 (*Schindler*), Rn. 53; EuGH, 28.3.1996 – C-272/94 – Slg. 1996, I-1905 (*Guiot*),

lich der Schutz der Arbeitnehmerinteressen und die Ermöglichung eines fairen Wettbewerbs, nicht aber der Schutz der einheimischen Unternehmen vor Konkurrenz aus dem Ausland.[11] Wenn aber bereits das Recht des Herkunftsstaates Regelungen vorsieht, mit denen diese Ziele wirksam erreicht werden können, wird Art. 56 AEUV durch gleichartige zusätzliche Rechtspflichten, die dem Arbeitgeber im Zielstaat auferlegt werden, verletzt (Doppelbelastungsverbot).[12]

II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Entsendung

Die Entsenderichtlinie 96/71/EG soll einen Kompromiss zwischen den Grundfreiheiten und den Schutzinteressen der Arbeitnehmer finden.[13]

1. Begriff der Entsendung im Europäischen Arbeitsrecht

In Art. 1 Abs. 3 RL 96/71/EG werden drei Formen der Entsendung unterschieden:

- die Entsendung im eigenen Namen, auf Rechnung und unter Leitung des Arbeitgebers auf der Basis eines Vertrags[14] zwischen entsendendem und dem die Leistung empfangenden Unternehmen,
- die konzerninterne Entsendung in eine Auslandsniederlassung[15] und
- die grenzüberschreitende Leiharbeit.[16]

Allen Formen ist gemeinsam, dass der Arbeitsvertrag zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer bestehen bleibt.[17] Nach Art. 2 Abs. 1 RL 96/71/EG ist der Tatbestand der Entsendung dadurch gekennzeichnet, dass ein Arbeitnehmer für einen begrenzten Zeitraum seine Tätigkeit in einem anderen Staat als dem ausübt, in dem er normalerweise arbeitet. Diese Legaldefinition beinhaltet mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe, welche ihre Subsumtion erschweren.

Der Arbeitnehmerbegriff ist nicht anhand gemeinschaftsrechtlicher Terminologie,[18] sondern nach Maßgabe des nationalen Rechts des Zielstaats zu bestimmen, Art. 2 Abs. 2 RL 96/71/EG. Diese Anknüpfung wirft Probleme auf, wenn im Herkunftsstaat der Arbeitnehmerbegriff erfüllt ist, nicht aber im Zielstaat, können auf diese Weise doch arbeitsrechtliche Schutzstandards des Herkunftsstaats unterlaufen werden.[19] Andererseits ist sie im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung notwendig, denn die arbeitsrechtlichen Mindeststandards richten sich eben nach dem Recht dieses Staates.

Es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer vor seinem Auslandseinsatz bereits in dem entsendenden Unternehmen gearbeitet hat. Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 RL 96/72/EG deutet darauf zwar hin, denn er setzt voraus, dass der entsandte Arbeitnehmer »normalerweise« im Herkunftsstaat arbeitet. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Entsenderichtlinie – die Gewährleistung arbeitsrechtlicher Mindeststandards im Zielstaat – wird jedoch eine weite Definition des Entsendebegriffs für notwendig erachtet.[20] Zudem nimmt der Wortlaut der Norm nicht Bezug auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem im Entsendestaat ansässigen Unternehmen. Dass ein Arbeitnehmer nur zum Zweck der Entsendung eingestellt wird, begegnet daher unter der Entsenderichtlinie keinen grundlegenden Bedenken.[21] Anders als das Sozial-

---

Rn. 10; EuGH, 23.11.1999 – C-369/96 – Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 33; EuGH, 15.3.2001 – C-165/98 – Slg. 2001, I-2189 (*Mazzoleni*), Rn. 22; EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 – Slg 2001, I-7831 (*Finalarte*), Rn. 28; EuGH, 24.1.2002 – C-164/99 – Slg. 2002, I-787 (*Portugaia Construcoes*), Rn. 16; EuGH, 21.9.2006 – C-168/04 – Slg. 2006, I-9041 (Kommission/Österreich), Rn. 40; EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 31. Siehe auch *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 9), Art. 57, Rn. 98 ff. mit einer umfassenden Rechtsprechungsübersicht.

11 Die Ausnutzung von Unterschieden in den Lohn – und Arbeitsbedingungen ist nicht wettbewerbswidrig, *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 62 f.; *Krebber*, IPrax 2001, 22, 23; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 167; kritisch *Countouris/Engblom*, in: Freedland/Prassl, *Viking, Laval* and Beyond, Oxford 2014, S. 286.

12 EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 – Slg. 2001, I-7831 (*Finalarte*), Rn. 53.

13 Zur historischen Entwicklung *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 70 ff.; *Windisch-Graetz*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 1 ff.; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* in Evju (Hrsg.), Regulating Transnational Labour in Europe: the quandaries of multilevel governance, S. 189 ff.

14 In der Regel ist dies ein Werkvertrag, *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 88.

15 Ausführlich zu dieser Konstellation *Reiter*, NZA 2014, Beilage, 22 ff.

16 Die Anforderungen an die Leiharbeit werden in Art. 3 Abs. 9 RL 96/71/EG thematisiert, sind aber inzwischen weitgehend durch die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG geregelt.

17 *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 538; *Windisch-Graetz* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 51; *Countouris/Engblom* (Fn. 11), S. 281.

18 Dazu ausführlich *Rebhahn*, EuZA 2012, 3 ff.

19 *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 536 verweisen insofern auf das britische Recht. Danach dürfen Bauarbeiter ihre Leistungen als Ein-Personen-Gesellschaften anbieten, während sie im deutschen Recht als Arbeitnehmer behandelt werden.

20 Vgl. *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 536; *Rebhahn*, Fn. 13, RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 13. Allgemein zur Auslegung von Richtlinien ausgehend von ihrem Schutzzweck *Brors*, AuR 2013, 108 ff.

21 *Rebhahn*, DRdA 1999, 173, 176; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 98; *Windisch-Graetz* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 35. Kritisch *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 164; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 168.

recht[22] bleibt die Entsenderichtlinie insofern vage und verbietet nicht einmal die Entsendung aus einer Briefkastenfirma, die im Herkunftsstaat keine Geschäftstätigkeit entfaltet,[23] was sich Unternehmen in der Praxis häufig zunutze machen.[24]

Schließlich wird auch der Terminus der »vorübergehenden« Ausübung der Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat nicht definiert. Erforderlich ist lediglich, dass nach dem Willen der Parteien[25] ein Endpunkt für die Ausübung der Tätigkeit außerhalb des regulären Arbeitsstaats vorgesehen sein muss. Diese kann sich nach hM. aber auch über mehrere Jahre erstrecken.[26]

2. Bestimmung des anwendbaren Rechts

Welche Rechtsordnung im Einzelfall zur Anwendung kommt, ist Gegenstand von Kollisionsnormen. Diese gründen im nationalen Recht, bieten aber nicht immer angemessene Lösungen, wenn die Kollisionsnormen der verschiedenen involvierten Rechtsordnungen konfligieren. Es bedarf daher supranationaler, mehrseitiger Kollisionsnormen.[27] Dabei wird ein bestimmter Anknüpfungsgegenstand – im Falle der Entsendung: das Arbeitsverhältnis – auf einen Anknüpfungspunkt bezogen. Dieser beschreibt das die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung herbeiführende Merkmal, beispielsweise den Arbeitsort, den Wohnort oder die Staatsangehörigkeit der Arbeitsvertragsparteien.[28] Diesen Kollisionsnormen kommt im Binnenmarkt besondere Bedeutung zu, sind sie doch wegen der Abschaffung der innereuropäischen Migrationssteuerung und – kontrolle das einzige Mittel, um grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse zu regulieren.[29]

a) Rom-I-Verordnung

Supranationale Kollisionsregeln für vertragliche Schuldverhältnisse sind Gegenstand der VO (EG) 593/2008 (Rom-I-VO).[30] Nach deren Art. 3 Abs. 1 ist das anwendbare Recht in international-vertragsrechtlichen Konstellationen grundsätzlich frei wählbar (subjektive Anknüpfung), selbst wenn Gegenstand und Parteien des Vertrags keinerlei Bezug zu der gewählten Rechtsordnung aufweisen. Dies gilt nach Art. 8 Abs. 1 Rom-I-VO auch für das Arbeitsrecht, sofern dem Arbeitnehmer dadurch nicht indisponible gesetzliche Schutzrechte entzogen werden.[31] Diese Schutzvorschriften sollen die Nachteile ausgleichen, die aus der schwächeren Position des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis resultieren.[32] Die Rechtswahl darf also nicht zu einer Benachteiligung der Arbeitnehmer führen. Auf ein und denselben Sachverhalt kann folglich das Recht mehrerer Staaten Anwendung finden – das der Rechtswahl sowie einzelne günstigere Regelungen nach dem Recht des Herkunftsstaats.[33]

Unterbleibt die Rechtswahl, bildet der Ort der üblichen Beschäftigung[34] die objektive Anknüpfung für das geltende Recht (lex loci laboris), Art. 8 Abs. 2 Rom-I-VO. Dieser als »Mittelpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen« bezeichnete Ort ist oftmals mit dem Sitz des Betriebs identisch. Entscheidend ist aber der Ort der tatsächlichen Leistung, d. h. der Staat, in dem der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Arbeitsleistung erbringt.[35]

Das Recht des Herkunftsstaats bleibt auch dann anwendbar, wenn die Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat ausgeübt wird, Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO. Der Begriff der vorübergehenden Tätigkeit wird im 36. Erwägungs-

22 Dazu unter I.4.

23 Dagegen *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 84. Hierauf gibt indes erst die Durchsetzungsrichtlinie eine eindeutige Antwort, so auch *Windisch-Graetz* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 43 f.

24 *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 164; *Countouris/Engblom* (Fn. 11), S. 282.

25 *Deinert*, RdA 1996, 339, 341; kritisch *Brors*, AuR 2013, 108, 110: zumindest dürfe der Parteiwille nicht der einzige Anhaltspunkt sein.

26 *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 536 mwN.

27 Dazu grundlegend für das Arbeitsrecht *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013; für das Sozialrecht *Eichenhofer*, Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht, Baden-Baden 1987.

28 *Eichenhofer*, EuZA 2012, 140, 141.

29 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 52 ff.; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 157 f.

30 Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008, L 177/6.

31 Es ist folglich ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem gewählten und dem durch objektive Anknüpfung geltenden Recht anzustellen, *Deinert*, RdA 2009, 144, 149; *Deinert* (Fn. 27), § 9, Rn. 58 ff.; *Oetker*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MAH), § 11, Rn. 25.

32 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 50; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 158.

33 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 50; *Eichenhofer*, EuZA 2012, 140, 143 f.; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 162; *Deinert*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits – und Sozialrecht, Enzyklopädie des Europarechts, Band 7, § 10, Rn. 4; *Deinert* (Fn. 27), § 9, Rn. 62.

34 Dies schließt sowohl den Staat ein, in dem die Tätigkeit üblicherweise ausgeübt wird als auch den Staat, von dem aus dies geschieht, zu dieser Unterscheidung *van Hoek*, ELR 2014, 157, 160; *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 5.

35 EuGH, 15.3.2011 – C-29/10 – Slg. 2011, I-595 (*Koelzsch*), Rn. 42 ff.; EuGH, 15.12.2011 – C-394/10 – Slg. 2011, I-13275 (*Voogsgeerd*), Rn. 38; EuGH, 12.9.2013 – C-64/12 – NZA 2013, 1163 (*Schlecker*), Rn. 25 ff.; *Staudinger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., München 2011, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 18; *Martiny*, in: MüKoBGB, Rom I-VO Art. 8, Rn. 48; *Deinert*, RdA 2009, 144, 145; *Deinert* (Fn. 27), § 9, Rn. 85 f.; *Wurmnest*, EuZA 2009, 481, 491; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 160; MAH-*Oetker* (Fn. 31), § 11, Rn. 29; *Schlachter*, in: ErfK, VO (EG) 593/2008, Art. 3-9, Rn. 9.

grund konkretisiert: der Arbeitnehmer muss in den Staat der gewöhnlichen Arbeitsleistung zurückkehren, wenn der Auslandseinsatz beendet ist.[36] Der vorübergehende Charakter der Auslandstätigkeit muss von Anfang an erkennbar und gewollt sein.[37] Er kann sich aus einem bestimmten, mit der Entsendung verfolgten Zweck, aber auch aus der zeitlichen Befristung des Auslandseinsatzes – für die keine Höchstdauer vorgegeben ist – ergeben.[38]

b) Entsenderichtlinie

Um Einbußen im arbeitsrechtlichen Schutzniveau zu vermeiden, sind mit der Entsenderichtlinie unantastbare Mindeststandards etabliert worden. Damit werden die Interessen der Arbeitnehmer wie auch der Arbeitgeber in Staaten mit hohem Schutzniveau vor Lohn – und Sozialdumping durch Wettbewerber aus Mitgliedstaaten mit niedrigeren Standards geschützt.[39] Die Entsenderichtlinie macht zu diesem Zweck von dem in der Rom-I-VO verankerten Herkunftslandprinzip eine (Teil)Ausnahme.

(1) Kernarbeitsbedingungen

Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG definiert einen unantastbaren Kern der Mindestarbeitsbedingungen, darunter die Regelungen zu Höchstarbeitszeit und Ruhezeiten, den gesetzlichen Urlaubsanspruch, Mindestlohn, die Vorgaben zur Leiharbeit sowie zu Gesundheit und Arbeitsschutz, den Schutz von Schwangeren, Jugendlichen und Kindern und schließlich Diskriminierungsverbote.[40] Diese Kernbestimmungen des Zielstaats sind vom entsendenden Unternehmen während der gesamten Laufzeit der Entsendung zu beachten.[41] Sie gelten als indisponible Eingriffsnormen iSv. Art. 9 Rom-I-VO.[42]

Maßgeblich sind die in Gesetzen und Verwaltungsvorschriften, also in Hoheitsakten[43], niedergelegten Standards des Zielstaats. Für Arbeitnehmer in der Baubranche gelten zusätzlich solche aus allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, sofern sie eine der im Anhang der Richtlinie aufgeführten Tätigkeiten ausüben. Als allgemeinverbindlich gelten gemäß Art. 3 Abs. 8 UA 1 RL 96/7/EG Tarifverträge, die von allen[44] Unternehmen zu beachten sind, die in dem betreffenden Mitgliedstaat in der betreffenden Branche tätig sind.[45] Den Mitgliedstaaten wird in Art. 3 Abs. 10 RL 96/71/EG das Recht eingeräumt, allgemeinverbindliche Tarifverträge und Schiedssprüche über das Baugewerbe hinaus auch in anderen Branchen als maßgeblich zur Bestimmung der Kernarbeitsbedingungen zu definieren, sofern diese die öffentliche Ordnung betreffen.

(2) Partieller Statutenwechsel

Grundsätzlich bleibt während einer Entsendung also die lex loci laboris erhalten; nur im Hinblick auf die Kernarbeitsbedingungen iSv. Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG ist ein Wechsel des arbeitsrechtlichen Statuts vorgesehen.[46] Davon macht wiederum Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG eine Ausnahme, wonach die Kernarbeitsbedingungen der Anwendung günstigerer Arbeits – und Beschäftigungsbedingungen nicht entgegenstehen. Dieses Günstigkeitsprinzip stellt sicher, dass die Entsendung nicht zum Verlust arbeitsrechtlicher Standards führt. Kollidieren die Kernarbeitsbedingungen des Zielstaats mit denen des Herkunftsstaats, gilt also stets die günstigere Regelung. Dies ist nicht anhand einer Gesamtbetrachtung der involvierten Rechtsordnungen, sondern lediglich punktuell anhand der in Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG genannten Sachregelungen zu ermitteln.[47] Im Einzelfall kann folglich das Recht zweier Rechtsordnungen – das des Herkunftsstaates und das des Zielstaates – zur Anwendung kommen.[48]

---

36 Der Wortlaut »zurückkehren« impliziert zwar das Erfordernis einer Vorbeschäftigung im Inland. Diese wird aber von der ganz hM. nicht für erforderlich gehalten, vgl. statt vieler *Wurmnest*, EuZA 2009, 481, 493.

37 *Knöfel*, RdA 2006, 269, 275; *Deinert*, RdA 2009, 144, 146; *Deinert* (Fn. 27), § 9, Rn. 103; *Wurmnest*, EuZA 2009, 481, 492 f.; *Reiter*, NZA-Beilage 2014, 22, 24; *Deinert*, Fn. 33, § 10, Rn. 6.

38 *Staudinger* (Fn. 35), Rn. 22; *Schlachter* (Fn. 35), Rn. 14; *Martiny* (Fn. 35), Rn. 62.

39 *ETUC* (Fn. 50), S. 3; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 535; kritisch *Krebber*, IPrax 2001, 22, 23.

40 Dazu im Einzelnen *Deinert*, RdA 1996, 339, 342 f.; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 13 ff.

41 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 96; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 540.

42 *Krebber*, IPrax 2013, 474, 476; *Klein*, ZESAR 2015, 272, 274; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 58; *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 19; *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 59.

43 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 6.

44 Enthält ein Tarifvertrag Öffnungsklauseln für Firmentarifverträge, ist dieses Kriterium nach Auffassung des EuGH nicht erfüllt, EuGH, 24.1.2002 – C-164/99 – Slg. 2002, I-787 (*Portugaia Construcoes*), Rn. 34 f.

45 Für die Staaten, die das Instrument der Allgemeinverbindlichkeit nicht kennen, gilt Art. 3 Abs. 8 UA 2 und 3 RL 96/71/EG, *Schneider-Sievers*, RdA 2012, 277, 278; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 9 ff.

46 *Klein*, ZESAR 2015, 272, 276.

47 So genannter Sachgruppenvergleich, *Rebhahn*, EuZA 2008, 39 ff.; *Oetker*, MAH (Fn. 31), § 11, Rn. 26; *Krebber*, IPrax 2013, 474, 478.

48 »Partieller Statutenwechsel«, *Krebber*, IPrax 2001, 22, 27; *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233, 235; *Klein*, ZESAR 2015, 272, 274.

Diese Prinzipien verhelfen der Entsenderichtlinie zu einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Bedeutung:[49] Sie bestimmt das anwendbare Recht bei Auslandseinsätzen, ohne dieses zu harmonisieren[50] – beschränkt sich dabei aber nicht auf eine bloße Ausnahme zur Rom-I-Verordnung.

3. Die Kontrolle der Einhaltung arbeitsrechtlicher Schutznormen nach der Entsenderichtlinie

Die Kollisionsregeln allein bewirken jedoch nur dann einen angemessenen Schutz, wenn funktionsfähige Mechanismen zur Überwachung und Durchsetzung der Kernarbeitsbedingungen existieren.

a) Verwaltungskooperation

Die Mitgliedstaaten haben gemäß Art. 4 RL 96/71/EG die enge Zusammenarbeit der zuständigen Behörden der in die Entsendung involvierten Mitgliedstaaten sicherzustellen. Diese beschränkt sich im Wesentlichen auf den Informationsaustausch über die Mindestarbeitsbedingungen durch so genannte Verbindungsbüros. Über das Erfordernis der allgemeinen Zugänglichkeit dieser Informationen hinaus macht die Richtlinie kaum konkrete Vorgaben zur Art und Weise der Verwaltungskooperation.[51] Geboten ist lediglich, dass die Verbindungsstellen »begründete Anfragen« von Behörden anderer Mitgliedstaaten beantworten und ihre Amtshilfe unentgeltlich zur Verfügung stellen.

b) Durchsetzung der Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer

Nach Art. 5 RL 96/71/EG sollen die Mitgliedstaaten »geeignete Maßnahmen« für den Fall der Nichteinhaltung der Kernarbeitsbedingungen ergreifen. Wiederum enthält die Richtlinie keine genauen Vorgaben, stellt aber verfahrensrechtliche Regelungen heraus, mit denen die Arbeitnehmer ihre Rechte durchsetzen können, Art. 5 Abs. 2 RL 96/71/EG. Adressat der Durchsetzungsverpflichtung sind nach hM. nur die Zielstaaten; die Herkunftsstaaten haben die Durchsetzung der im Zielstaat geltenden Standards nicht zu ermöglichen.[52]

Den Mitgliedstaaten steht ein weiter Umsetzungsspielraum zu. Dieser wird durch die Dienstleistungsfreiheit beschränkt, die durch die Kontrollen nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden darf.[53] Der EuGH hat Einschränkungen der Grundfreiheit im Interesse des Schutzes der Arbeitnehmer grundsätzlich für zulässig erachtet.[54] Diese dürfen jedoch nicht über das im Einzelfall erforderliche Maß hinausgehen. Die Aufnahme der Auslandstätigkeit darf daher beispielsweise nicht von einer Genehmigung des Zielstaats abhängig gemacht werden, die erst nach Prüfung der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen erteilt wird.[55] Keinen Vorbehalten unterliegt dagegen die Einführung eines zivilrechtlichen Haftungssystems, mit dem entsandte Arbeitnehmer die Einhaltung der Kernarbeitsbedingungen auch gegenüber Unterauftragnehmern einklagen können.[56]

4. Sozialrechtliche Implikationen der Entsendung

Die soziale Sicherheit entsandter Arbeitnehmer ist nicht Gegenstand der Entsenderichtlinie. Sie ist im europäischen koordinierenden Sozialrecht geregelt, welches in der VO (EG) 883/2004 und der hierzu ergangenen Durchführungsverordnung VO (EG) 987/2009 seine Ausprägung gefunden hat. Rechtsgrundlage ist nicht die Dienstleistungsfreiheit, sondern die Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45, 48 AEUV.[57]

---

49 Und zwar weniger im Hinblick auf arbeitsschutzrechtliche Vorgaben im technischen Arbeitsschutz oder Arbeitszeitrecht als in Materien wie beispielsweise dem gesetzlichen Urlaubsanspruch, dessen Einordnung als zwingende Eingriffsnorm strittig ist, dazu *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 541; *Krebber*, IPrax 2001, 22, 26. Vgl. auch die Erwägungsgründe 6 und 13.

50 *Schlachter*, NZA 2000, 57, 58 f.; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 68; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 1; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 167; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 193.

51 *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 548; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 174.

52 *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 361; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 2 mwN. AA. *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 193, die aus dem Gebot der Verwaltungskooperation herleiten, dass es sich bei der Überwachung um eine gemeinsame Angelegenheit von Herkunfts – und Zielstaat handelt.

53 EuGH, 23.11.1999, C-369/96, Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 60; EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 30; EuGH, 07.10.2010 – C-515/08 – Slg. 2010, I-9133 (*Santos Palhota*), Rn. 48; EuGH, 3.12.2014 – C-315/13 – NZA 2015, 290 (*De Clercq*), Rn. 66.

54 EuGH, 23.11.1999, C-369/96, Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 38 und 61; EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 – Slg. 2001, I-7831 (*Finalarte*), Rn. 33; EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 35; EuGH, 09.11.2006 – C-433/04 – Slg. 2006, I-10653 (Kommission/Belgien), Rn. 33; EuGH, 7.11.2013 – C-522/12 – NZA 2013, 1359 (*Isbir*), Rn. 35.

55 EuGH, 7.10.2010 – C-515/08 – Slg. 2010, I-9133 (*Santos Palhota*), Rn. 61.

56 EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 45 zu § 14 AEntG.

57 *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 6. Aufl., Berlin 2015, Rn. 150; *Cornelissen*, RdA 1996, 229, 331 f.; *Klein*, ZESAR 2015, 272, 274.

a) Begriff der Entsendung im europäischen Sozialrecht

Der Entsendebegriff im Arbeitsrecht ist mit dem des Sozialrechts nicht deckungsgleich. Dieser erweist sich als weitaus offener als jener.[58]

Nach Art. 12 VO (EG) 883/2004 ist eine Entsendung dadurch gekennzeichnet, dass eine beschäftigte Person für maximal 24 Monate in einem anderen Mitgliedstaat Arbeiten ausführt, und zwar für und auf Rechnung ihres Arbeitgebers. Der Begriff der Beschäftigung ist nach dem Recht des Herkunftsstaates zu definieren.[59] Es reicht aus, wenn das Beschäftigungsverhältnis kurz vor der Entsendung dem (Sozial)Recht des Entsendestaates unterlegen hat (arg e Art. 14 Abs. 1 VO (EG) 987/2009) und die arbeitsrechtliche Bindung zwischen dem Arbeitnehmer und dem entsendenden Unternehmen fortbesteht.[60]

Kettenentsendungen, dh. die Ablösung eines entsandten Arbeitnehmers durch einen anderen,[61] sind untersagt, Art. 12 Abs. 1 aE. VO (EG) 883/2004.[62] Schließlich darf der Arbeitnehmer nach Abschluss der Auslandstätigkeit binnen zwei Monaten nicht erneut entsandt werden.[63]

Erhebliche Einschränkungen ergeben sich aus der Rechtsprechung des EuGH. Entsendungen aus einer »Briefkastenfirma« sind nicht zulässig; das entsendende Unternehmen muss im Herkunftsstaat eine nennenswerte Geschäftstätigkeit entfalten.[64] Dies ist im Wege einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln. In diese sind Aspekte wie der Sitz des Unternehmens, die Zahl der Mitarbeiter in der Betriebsstätte sowie in der Verwaltung, dem Einstellungsstaat der entsandten Arbeitnehmer, der Staat, in dem die überwiegende Zahl der Verträge mit den Kunden geschlossen wird, sowie das auf diese anwendbare Recht einzubeziehen. Überdies muss das entsendende Unternehmen im Sitzstaat tatsächlich Umsätze erzielen.[65] Die Rechtsprechung hat Eingang in Art. 14 Abs. 2 VO (EG) 987/2009 gefunden.

b) Rechtsfolgen

Als Regelanknüpfung zur Bestimmung des für die soziale Absicherung von Arbeitnehmern zuständigen Staats bestimmt Art. 11 VO (EG) 883/2004 die lex loci laboris. Sind die Kriterien der Entsendung kumulativ erfüllt, erfolgt gemäß Art. 12 VO (EG) 883/2004 kein Wechsel des Sozialrechtsstatuts: der Sozialversicherungsschutz des entsandten Arbeitnehmers wird nach dem Recht des Herkunftsstaats sichergestellt.[66]

Die zuständigen Sozialversicherungsträger im Herkunftsstaat müssen über die Entsendung informiert werden, um das Vorliegen der Entsendevoraussetzungen kontrollieren zu können. Dies soll gemäß Art. 15 Abs. 1 VO (EG) 987/2009 »wann immer dies möglich ist« im Voraus geschehen. Zwingend ist dies freilich nicht, wodurch eine wirksame Kontrolle zumindest erschwert wird.[67]

III. Entsendung als Mittel zur Umgehung des Arbeitnehmerschutzes

Die Vorgaben zur Entsendung haben sich inzwischen weniger als Instrument zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsatzes und zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer denn als Mittel zur Umgehung arbeitsrechtlicher Mindeststandards erwiesen. Diese Entwicklung wird vor allem der *Laval*-Rechtsprechung des EuGH zugeschrieben.[68]

1. Sozialstandards und Wettbewerb

Es ist ein mit der Dienstleistungsfreiheit zwingend verbundener Umstand, dass sich Unternehmen Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zunutze machen. Unterneh-

58 *Klein*, ZESAR 2015, 272, 278; *Pennings*, European Social Security Law, 6. Aufl., S. 112.

59 *Klein*, ZESAR 2015, 272, 277.

60 »für dessen Rechnung«, *Pennings* (Fn. 58), S. 112 f.; *Steinmeyer*, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2013, Art. 12 VO (EG) 883/2004, Rn. 8; *Schoukens/Pieters*, in: Eichenhofer, 50 Jahre nach ihrem Beginn – neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, S. 148..

61 *Eichenhofer*, ZESAR 2013, 439, 440; *Pennings* (Fn. 58), S. 116; einschränkend *Steinmeyer*, Fn. 60, Rn. 14.

62 Diese Voraussetzung wird in der Praxis teilweise nicht ausreichend überprüft *Pennings* (Fn. 58), S. 118.

63 Beschluss Nr. A2 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit vom 12.6.2009, ABl. 2010, C 106, S. 5.

64 Dies betrifft insbesondere die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, *Pennings* (Fn. 58), S. 114; *Steinmeyer*, Fn. 60, Rn. 12.

65 EuGH, 10.2.2000 – C-202/97 – Slg. 2000, I-883 (*Fitzwilliam*), Rn. 43; bestätigt durch EuGH, 9.11.2000 – C-404/98 – Slg. 2000, I-9379 (*Plum*), Rn. 21.

66 Es ist umstritten, ob dies eine Ausnahme zur lex loci laboris oder eine spezielle Anknüpfungsregel für Entsendefälle darstellt. Für die Qualifizierung als Spezialregel *Eichenhofer* (Fn. 57), Rn. 151; *Eichenhofer*, EuZA 2012, 140, 146. Die hM. geht von einer Ausnahmeregelung aus, *Schoukens/Pieters* (Fn. 61), S. 178; *Cornelissen*, RdA 1996, 229, 330; *Pennings* (Fn. 58), S. 112; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 37; *Steinmeyer*, in Fn. 60, Rn. 1.

67 *Schoukens/Pieters* (Fn. 61), S. 166.

68 *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 160; *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 282 f.; *ETUC* (Fn. 50), S. 5 ff.

men aus Staaten mit niedrigem Preis – und Lohnniveau können ihre Leistungen in anderen Mitgliedstaaten zu günstigeren Konditionen anbieten als die dort ansässigen.[69] Durch die zwingende Anwendbarkeit der Kernarbeitsnormen des Zielstaats nach Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG wird der Preisvorteil jedoch zumindest teilweise neutralisiert.[70] Es sind daher die sozialversicherungsrechtlichen Aspekte mehr als die arbeitsrechtlichen, die die Entsendung wirtschaftlich vorteilhaft machen können, wenn sie nämlich aus Staaten erfolgt, in denen die Sozialversicherungsbeiträge geringer sind als im Zielstaat.[71]

2. Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung

Die Laval-Rechtsprechung des EuGH betraf einerseits die Auslegung der Kollisionsnormen der Entsenderichtlinie, andererseits die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen im Lichte der Grundfreiheiten.

a) Auslegung der Entsenderichtlinie

Der EuGH stellte klar, dass sich das Günstigkeitsprinzip aus Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG allein auf Regelungen bezieht, die im nationalen Recht des Herkunftsstaats gründen.[72] Den Zielstaaten ist es verwehrt, die Erbringung von Dienstleistungen an die Anwendung günstigerer Schutznormen für entsandte Arbeitnehmer – etwa durch Tariftreueklauseln im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge[73] (*Rüffert*) – zu knüpfen, noch können die Gewerkschaften des Zielstaats den Beitritt zu Kollektivverträgen fordern, deren Schutznormen über die Mindestarbeitsbedingungen des Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG hinausgehen (*Laval*).[74] Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG erweist sich nach dieser Lesart als abschließende Regelung der verbindlichen Kernarbeitsbedingungen und damit der zulässigen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.[75]

Darüber hinaus hat der EuGH die Anforderungen an die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1, Abs. 8 RL 96/71/EG präzisiert. Das im Fall *Rüffert* zu beurteilende Tariftreuegebot sollte nur für öffentliche, nicht aber für private Auftraggeber von Dienstleistungen gelten. Der EuGH hat das Ziel der Sicherstellung angemessener Arbeitsbedingungen zwar grundsätzlich gebilligt, wegen dieser Differenzierung aber den damit einhergehenden Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit als nicht verhältnismäßig eingestuft. Die allgemeine Wirksamkeit von Tarifverträgen in bestimmten geografischen Bereichen, Tätigkeiten oder Gewerben iSv. Art. 3 Abs. 8 EL 96/71/EG setze voraus, dass die in Rede stehenden Tarifverträge für alle Unternehmen und für alle Tätigkeiten gelten;[76] anderenfalls ist kein »Mindeststandard« begründet. »Partikularsysteme«[77] sollen durch die Entsenderichtlinie folglich nicht geschützt werden. Zudem müssen sich die Arbeitsbedingungen unmittelbar, zwingend und transparent[78] aus den betreffenden Regelungen ergeben. Die gesetzliche Anordnung der Tariftreue erfüllt dieses Kriterium nicht, weil aus dieser allein keine konkreten Arbeitsbedingungen folgen.[79]

Ausnahmen von diesem System sind nach Auffassung des EuGH allenfalls im Rahmen von Art. 3 Abs. 10 RL 96/71/EG zulässig. Danach dürfen die Mitgliedstaaten, sofern sie nicht zwischen in – und ausländischen Unternehmen differenzieren, über die Kernarbeitsbedingungen hinaus weitere Arbeitsbedingungen »im Bereich der öffentlichen Ordnung« festlegen. Die Erstreckung im Inland geltender arbeitsrechtlicher Standards auf Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten begegnet zwar keinen grundlegenden Bedenken,[80] sei aber an Art. 56 AEUV zu messen. Die in Art 3 Abs. 10 RL 96/71/EG als Ausnahme verankerte Regelung sei im Interesse der Dienstleistungsfreiheit eng auszulegen und bedürfe der Rechtfertigung durch Interessen der öffentlichen Ordnung, die tatsächlich

69 *Deinert*, RdA 1996, 339, 340; *Krebber*, IPrax 2001, 22, 23; *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 10.

70 *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 359 f.

71 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 37; *Pennings* (Fn. 58), S. 118; *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 161.

72 Gemeint ist der Staat, in dem bzw. von dem aus der entsandte Arbeitnehmer üblicherweise seiner Tätigkeit nachgeht, nicht aber der Sitzstaat des entsendenden Unternehmens, *van Hoek*, ELR 2014, 157, 168.

73 Siehe auch EuGH, 18.9.2014 – C-549/13 – EuZW 2014, 942 (Bundesdruckerei); 17.11.2015 – C-115/14 – (*RegioPost* GmbH) zur Zulässigkeit von Mindestlöhnen im Vergaberecht.

74 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*), Rn. 80 f.; EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (*Rüffert*), Rn. 43; EuGH, 7.11.2013 – C-522/12 – NZA 2013, 1359 (*Isbir*), Rn. 33; EuGH 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (*Sähköalojen*), Rn. 29.

75 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 69; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 153; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 2.

76 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (*Rüffert*), Rn. 29.

77 *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3476.

78 EuGH 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (*Sähköalojen*), Rn. 40.

79 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (*Rüffert*), Rn. 24.

80 EuGH, 3.2.1982 – 62/81 – Slg. 1982, 223 (*Seco*), Rn. 14; 15.3.2001 – C-165/89 – Slg. 2001, I-2189 (*Mazzoleni*), Rn. 27; EuGH, 23.11.1999, C-369/96, Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 41; EuGH, 24.1.2002 – C-164/99 – Slg. 2002, I-787 (*Portugaia Construcoes*), Rn. 21; EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (*Sähköalojen*), Rn. 34.

einer schweren Gefährdung ausgesetzt sein müssten.[81] Hat die Erstreckung arbeitsrechtlicher Standards des Zielstaats auf entsandte Arbeitnehmer beispielsweise einen höheren Verwaltungsaufwand für deren Arbeitgeber zur Folge, könne darin eine unzulässige Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit liegen. Es sei jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die Maßnahme zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer geeignet und erforderlich ist. Insbesondere wenn die Entsendung nur über einen vergleichsweise kurzen Zeitraum vorgesehen ist und der Zielstaat über vergleichsweise hohe Arbeitnehmerschutzstandards verfügt, sei der Eingriff in Art. 56 AEUV nicht zu rechtfertigen.[82]

b) Kollektivarbeitsrechtliche Auswirkungen

Der auf diese Weise eng umrissene Anwendungsbereich von Art. 3 RL 96/71/EG leitet auch die Zulässigkeit kollektivvertraglicher Maßnahmen zugunsten entsandter Arbeitnehmer.

Vor seinem Urteil in der Rechtssache *Laval* hatte sich der EuGH mit einem die Niederlassungsfreiheit betreffenden gewerkschaftlichen Boykottaufruf auseinanderzusetzen (*Viking*). In seiner Entscheidung anerkannte das Gericht erstmals[83] das Grundrecht auf kollektivarbeitsrechtliche Maßnahmen, stellte dieses aber unter den Vorbehalt der Grundfreiheiten. Diese würden verletzt, wenn Arbeitskampfmaßnahmen nicht erforderlich und angemessen seien, um die Arbeitnehmerinteressen zu schützen, namentlich wenn die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit – durch Verlagerung des Unternehmens in einen anderen Mitgliedstaat – keine Arbeitsplätze bedrohe.[84]

Diese Grundsätze hat der EuGH in der Rechtssache *Laval* auf Entsendefälle angewandt. Arbeitskampfmaßnahmen im Zielstaat der Entsendung seien geeignet, das entsendende Unternehmen in seiner Dienstleistungsfreiheit zu beeinträchtigen. Ebenso wie im Kontext der Niederlassungsfreiheit müssen arbeitskampfrechtliche Maßnahmen erforderlich und geeignet sein, um berechtigte Arbeitnehmerinteressen zu schützen. Die Umsetzung der Entsenderichtlinie bzw. der darin vorgesehenen Mindestarbeitsbedingungen erfülle dieses Kriterium, nicht aber eine auf darüber hinausgehende Arbeitsbedingungen gerichtete Arbeitskampfmaßnahme.[85] Diese seien nicht erforderlich, da die Entsenderichtlinie selbst mildere Mittel bereithalte, um die Interessen der Arbeitnehmer zu schützen.

3. Bewertung

Die Entsenderichtlinie soll einen Ausgleich zwischen den wettbewerblichen Interessen von in – und ausländischen Unternehmen finden und zugleich die Einhaltung der Kernarbeitsbedingungen des Zielstaats zugunsten der entsandten Arbeitnehmer sicherstellen.[86] Der EuGH hat den Konflikt zwischen diesen beiden Zielsetzungen zugunsten der Dienstleistungsfreiheit gelöst.[87] Alle arbeitnehmerschützenden Normen müssen sich im Rahmen des Art. 56 AEUV am Gebot der Verhältnismäßigkeit messen lassen.

a) Verbleibende Bedeutung der Entsenderichtlinie

Nur in den von Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG explizit genannten Materien ist das Recht des Zielstaats anzuwenden; alle anderen Materien sind im Interesse der Dienstleistungsfreiheit von der Anwendung auf entsandte Arbeitnehmer ausgeschlossen. Dies dient zwar der Rechtssicherheit der entsendenden Unternehmen,[88] führt aber dazu, dass die Richtlinie keinen Mindeststandard verbindlicher Kernarbeitsbestimmungen vermittelt, sondern einen Maximalstandard im Sinne einer »Obergrenze für den Schutz vor Sozialdumping«[89] etabliert.[90]

Zwar ist zu bedenken, dass die Entsenderichtlinie die Mindestarbeitsbedingungen nicht harmonisiert. Der durch sie vermittelte Schutzstandard kann folglich nur so gut sein wie das nationale Recht der Mitgliedstaaten.[91] Wollen die-

81 EuGH, 19.6.2008 – C-319/06 – Slg. 2008, I-4323 (Kommission/Luxemburg), Rn. 50.

82 So wohl die Konsequenz aus EuGH, 15.3.2001 – C-165/89 – Slg. 2001, I-2189 (*Mazzoleni*), Rn. 38 f.

83 *ETUC* (Fn. 50), S. 6.

84 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg 2007, I-10779 (*Viking*), Rn. 81.

85 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*), Rn. 103 und 108.

86 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*), Rn. 74; bestätigt in EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (*Sähköalojen ammattiliitto*), Rn. 30.

87 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 72 macht dem EuGH insofern zu Recht den Vorwurf fehlender Reflexion.

88 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 75; *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3475.

89 *Schubert*, RdA 2008, 289, 291.

90 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 74; *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3475; *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233, 234; *Schubert/Jerchel*, Gutachterliche Stellungnahme zu den Aktivitäten der EU-Kommission bezüglich der Urteile des Europäischen Gerichtshofs zum Verhältnis sozialer Grundrechte und Binnenmarktfreiheiten, S. 16 f.; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 167; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 2; *Seikel/Absenger*, Industrielle Beziehungen 22(1), 51, 67; *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 283.

91 So auch *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 155.

se angemessene Arbeitsbedingungen für in ihr Hoheitsgebiet entsandte Arbeitnehmer sicherstellen, müssen sie diese infolge der EuGH-Rechtsprechung unmittelbar gesetzlich vorgeben. Diese Konsequenz greift erheblich in das normative Gefüge im nationalen Arbeitsrecht ein. Die Rolle der Sozialpartner wird geschmälert, wenn sie durch ihre auf bestimmte Sektoren, Regionen oder Tätigkeiten beschränkten Kollektivvereinbarungen keinen Einfluss auf die Rechtsstellung entsandter Arbeitnehmer nehmen können. Die Interessen der Entsandten sind damit dem goodwill des nationalen Gesetzgebers ausgeliefert. Ob dies noch vom Zweck der Entsenderichtlinie gedeckt ist, ist mehr als fraglich,[92] wird das Wirken der Tarifvertragsparteien damit doch in den Dienst der Grundfreiheiten gestellt.

b) Schutz entsandter Arbeitnehmer durch Kollektivmaßnahmen

Wiewohl das kollektive Arbeitsrecht gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht von der Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union gedeckt ist, wird es mittelbar über das den Grundfreiheiten immanente Benachteiligungsverbot auf europarechtlicher Ebene reguliert. Denn die Grundfreiheiten wirken sich in allen Bereichen des Binnenmarktes aus, unabhängig davon, ob im Einzelnen die Regelungskompetenz an die EU übertragen oder bei den Mitgliedstaaten verblieben ist. Aus Art. 153 Abs. 5 AEUV kann folglich keine Bereichsausnahme abgeleitet werden, welche Arbeitskampfmaßnahmen und den Abschluss von Kollektivvereinbarungen generell von der Anwendung unionsrechtlicher Vorgaben ausnimmt.[93] Vielmehr beschränkt sich der Gehalt der Regelung darauf, dass die Union keine eigenen Regelungen zum Arbeitskampf erlassen darf, welche die des nationalen Rechts verdrängen.[94]

Der Ansatz des EuGH, auch privatautonome Gestaltungen der Geltung der Grundfreiheiten zu unterwerfen, ist nicht per se zu missbilligen.[95] Das Gericht hat jedoch Kollektivvereinbarungen und Arbeitskampfmaßnahmen unter den Vorbehalt der Niederlassungs – bzw. Dienstleistungsfreiheit gestellt, ohne deren Bedeutung hinreichend zu würdigen. Auch das Koalitionsrecht ist, wenngleich nicht als Grundfreiheit, so doch aber als Grundrecht geschützt und damit jenen gleichrangig.[96] Die sozialen Interessen der Gewerkschaften müssen folglich nicht zwangsläufig hinter den wirtschaftlichen Interessen der entsendenden Unternehmen zurückstehen.[97] Statt die kollidierenden Grundrechte und – freiheiten in ein Vorrang-Nachrang-Schema einzuordnen, ist im Interesse praktischer Konkordanz eine Lösung zu finden, die den Rechtspositionen aller Beteiligten gleichermaßen gerecht wird.[98]

Dass Arbeitskampfmaßnahmen die Wahrnehmung der Grundfreiheiten durch Unternehmer beeinträchtigen können, liegt auf der Hand, wird deren unternehmerische Entscheidungsfreiheit doch im Interesse des Arbeitnehmerschutzes geschmälert und auf soziale und arbeitsrechtliche Schutzstandards verpflichtet. Relevanz kommt dem Arbeitnehmerschutz in grenzüberschreitenden Sachverhalten nach Auffassung des EuGH jedoch nur zu, wenn es um die Sicherung von Arbeitsbedingungen oder den Erhalt von Arbeitsplätzen geht. Darüber hinausgehende kollektivvertragliche Aktionen seien nicht erforderlich.[99]

c) Bedeutungswandel der Entsendung

Ein Nebeneffekt der *Rüffert*-Entscheidung war schließlich, dass Tariftreueverlangen zwar in rein inländischen Sachverhalten zulässig sein mögen, Arbeitgeber aus anderen Mitgliedstaaten davon aber auszunehmen sind, wodurch diese einen klaren – wenn auch nicht unbedingt fairen[100] – Wettbewerbsvorteil erlangen.[101] Lagen den Entscheidungen in *Laval* et al. noch klassische Entsendetatbestände zugrunde, wird die Entsendung inzwischen kaum mehr in ihrem originären Sinn angewandt. Statt sie als gelegentlichen und vorübergehenden Modus der Leistungserbringung in anderen Mitgliedstaaten zu verstehen, wird sie oftmals dauerhaft

92 *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 627.

93 *Schubert*, RdA 2008, 289, 292.

94 *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 457.

95 Ausführlich *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilfs/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 152 ff.; vgl. auch EuGH, 15.12.1995 – C-415/93 – Slg. 1995, I-4921 (*Bosman*), Rn. 82 f.

96 Dazu ausführlich *Schubert*, RdA 2008, 289, 293 f.; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 464 ff.; *Schubert/Jerchel* (Fn. 90), S. 16.

97 *Barnard*, NZA-Beil. 2011, 122, 123. So auch der EuGH selbst im Kontext des Wettbewerbsrechts, EuGH, 21.9.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-5751 (*Albany*), Rn. 60 ff.

98 *Schubert/Jerchel* (Fn. 90), S. 26; *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 34.

99 EuGH, 17.12.1981 – C-279/80 – Slg. 1981, 3305 (*Webb*), Rn. 19. Kritisch *Schubert*, RdA 2008, 289, 295; *Barnard*, NZA-Beil. 2011, 122, 123; *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 73. Zu den Auswirkungen auf das Arbeitsrecht in den skandinavischen Ländern *Evju*, EuZA 2010, 48, 59.

100 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 70.

101 Zum Aspekt der Inländerdiskriminierung ausführlich *Bayreuther*, EuZW 2009, 102 ff.

von Unternehmen genutzt, die nur zum Zwecke der Entsendung gegründet worden sind.[102] Die Entsenderichtlinie erweist sich damit als Instrument zur grenzüberschreitenden Beschaffung billiger Arbeitskräfte durch den Export niedriger Lohn – und Arbeitsstandards aus dem Herkunftsstaat, insbesondere in der Baubranche und in der fleischverarbeitenden Industrie.[103] Die Entwicklung ist aber nicht allein dem EuGH zuzuschreiben, sondern wenngleich nicht unmittelbar in der Entsenderichtlinie angelegt, aber durch diese zumindest nicht verhindert: Es fehlt an der effektiven Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer.[104]

IV. Stärkung des Arbeitnehmerschutzes durch die Durchsetzungsrichtlinie

Seit geraumer Zeit sind daher Forderungen nach einer Neufassung der Entsenderichtlinie laut geworden.[105] Von der Kommission[106] und auf nationaler Ebene wurde eine verbesserte Kontrolle der Einhaltung der Kernarbeitsbedingungen angemahnt.[107] Im Jahr 2012 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer vor,[108] der schließlich von Rat und Parlament als Richtlinie 2014/67/EU verabschiedet wurde. Die Richtlinie ist bis 18.06.2016 in nationales Recht umzusetzen, Art. 23 Abs. 1 RL 2014/67/EU.

1. Ziel und Gehalt der Durchsetzungsrichtlinie

Die Durchsetzungsrichtlinie zielt auf die verbesserte Kontrolle der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen im Zielstaat – einerseits, um entsandte Arbeitnehmer in hinreichendem Maße zu schützen, andererseits um die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit und damit das Funktionieren des Binnenmarktes so wenig wie möglich zu beeinträchtigen, Art. 1 Abs. 1 RL 2014/67/EU. Ihre Rechtsgrundlage findet sie in der Dienstleistungsfreiheit, Art. 62, 53 Abs. 1 AEUV. Da die Mitgliedstaaten bislang nicht in der Lage waren, der Umgehung der Entsenderichtlinie wirksame Maßnahmen entgegenzusetzen, kann das Tätigwerden von Rat und Parlament vor dem in Art. 5 AEUV verankerten Subsidiaritätsprinzip gerechtfertigt werden.

Wesentliches Element ist die Vorgabe einheitlicher Auslegungskriterien für die Prüfung der Entsendevoraussetzungen sowie die Vorgabe eines privatrechtlichen Haftungssystems. Weder wird eine Rechtsvereinheitlichung im Hinblick auf Justiz und Vollstreckung herbeigeführt, noch enthält die Richtlinie Regelungen über das anwendbare Recht. Das Instrumentarium der Entsenderichtlinie wird also lediglich ergänzt, nicht aber in Gänze neu gefasst.

a) Präzisierung des Entsendebegriffs, Art. 4 RL 2014/67/EU

Um Scheinentsendungen aus Briefkastenunternehmen zu verhindern, sind in Art. 4 RL 2014/67/EU die Anforderungen an die Überprüfung des Entsendebegriffs präzisiert worden. Die zuständigen Behörden sollen die mit dem Auslandseinsatz verbundenen Umstände einer Gesamtbetrachtung unterziehen, also nicht auf den Parteiwillen, sondern auf die faktische Ausübung der Entsendung abstellen.

Um eine Entsendung bejahen zu können, müssen die Kriterien nicht kumulativ erfüllt sein, Art. 4 Abs. 4 RL 2014/67/EU. Vielmehr bleibt Raum für eine Einzelfallentscheidung.[109] Zuständig ist die Behörde des Aufnahmemitgliedstaats, die aber eng mit dem Staat der Niederlassung kooperieren soll.[110] Das Fehlen einer Entsendebescheinigung iSd. koordinierenden Sozialrechts soll nach Erwägungsgrund 13 als Indiz dafür herangezogen werden, dass der Tatbestand der Entsendung auch im Sinne der Durchsetzungsrichtlinie nicht erfüllt ist.

(1) Wesentliche Geschäftstätigkeit

In Art. 4 Abs. 2 RL 2014/67/EU sind Kriterien aufgeführt, anhand derer ermittelt werden soll, ob das entsendende

102 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 282.

103 *Däubler*, EuZW 1997, 613, 613; *Schneider-Sievers*, RdA 2012, 277, 280; *Kohte*, in: Devetzi/Janda, Freiheit – Gerechtigkeit, Sozial(es) Recht, Baden-Baden 2015, S. 318; *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 165 ff.

104 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 285.

105 Beispielsweise der Vorschlag der European Trade Union Confederation *ETUC*, A revision of the Posting of Workers Directive, Eight Proposals for Improvement, S. 19 ff., **https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/final_report_ETUC_expert_group_posting_310510_EN.pdf** (5.1.2016), aber auch des damaligen Wettbewerbs-Kommissars *Monti*, A New Strategy for the Single Market, S. 70, **http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf** (5.1.2016).

106 Empfehlung der Kommission zur Verbesserung der Verwaltungszusammenarbeit in Bezug auf die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 31.3.2008, ABl. C 85 vom 4.4.2008, S. 1 ff.

107 *Schneider-Sievers*, RdA 2012, 277, 280; vgl. auch den Überblick bei *Kohte* (Fn. 103), S. 318 ff.

108 KOM(2012)131 endg.

109 Erwägungsgrund 5.

110 Erwägungsgrund 8.

Unternehmen im Herkunftsstaat tatsächlich eine wesentliche Geschäftstätigkeit ausübt. Die Kriterien sind lediglich beispielhaft aufgezählt (»insbesondere«) und beziehen sich auf den Ort des Unternehmenssitzes und seiner Verwaltung, die Nutzung von Büroräumen, das Entrichten von Steuern und Sozialabgaben sowie das Innehaben gewerblicher Erlaubnisse. Ferner soll geprüft werden, an welchem Ort der entsandte Arbeitnehmer eingestellt worden ist bzw. von dem aus er entsandt wird, sowie das auf die Verträge zwischen dem entsendenden Unternehmen und seinen Arbeitnehmern wie Kunden anwendbare Recht, der Ort der Ausübung wesentlicher Geschäftstätigkeiten sowie schließlich die Zahl der im Staat der Niederlassung erfüllten Verträge und die Höhe der Umsätze.

(2) Vorübergehende Auslandstätigkeit

Das Merkmal der »vorübergehenden Ausübung« der Tätigkeit wird in Art. 4 Abs. 3 RL 2014/67/EU thematisiert. Danach ist zu prüfen, ob die Arbeit für einen »begrenzten Zeitraum« in einem anderen Mitgliedstaat verrichtet wird, an welchem Tag der Auslandseinsatz beginnt, ob dies in einem anderen als dem üblichen Staat geschieht, ob die Rückkehr erfolgt oder zumindest erwartet wird, welche Tätigkeiten der Arbeitnehmer ausübt, ob er Reise, Verpflegung und Unterkunft vom Arbeitgeber gestellt bekommt und ob er andere Arbeitnehmer ablöst. Die Aufzählung ist nicht abschließend.[111] Eine Höchstgrenze für die zulässige Dauer der Entsendung ist weiterhin nicht bestimmt.

Art. 4 Abs. 5 RL 2014/67/EU sucht nach einer Präzisierung des Arbeitnehmerbegriffs. Es soll nicht auf die von den Vertragsparteien gewählte, sondern die tatsächlich gelebte Rechtsbeziehung ankommen – was dem status quo der Arbeitsrechtsdogmatik entspricht.

(3) Bewertung

Art. 4 RL 2014/67/EU bewirkt keine deutliche Konturierung des Entsendebegriffs, verwendet die Norm doch weiterhin unbestimmte Rechtsbegriffe (»begrenzter Zeitraum« statt »vorübergehend«). Zudem sind nicht alle der genannten Kriterien für die Begriffsbestimmung tauglich, etwa der Umstand, an welchem Tag die Entsendung begonnen hat oder welche Tätigkeit der entsandte Arbeitnehmer ausüben soll.[112] Auch ob der Arbeitgeber für Unterkunft, Transport und Verpflegung aufkommt, ist kein deutliches Indiz. Dass er dazu verpflichtet ist, folgt zwar aus Art. 3 Abs. 7 UA 2 RL 96/71/EG. Dies entspricht aber lediglich dem Soll-, nicht aber zwangsläufig dem Ist-Zustand. Mit dem Schutzzweck der Richtlinie kann es kaum vereinbar sein, das Vorliegen einer Entsendung zu verneinen, bloß weil der Arbeitgeber seinen Pflichten nicht nachkommt. Kritisiert wird ferner, dass die problematischen Fälle der Einstellung zum Zwecke der Entsendung, der Scheinentsendung aus Briefkastenfirmen und der Kettenentsendung nicht hinreichend deutlich ausgeschlossen seien.[113]

Im Hinblick auf Scheinentsendungen gibt die Richtlinie mE. jedoch ein deutliches Signal. Aus dem Wortlaut des Art. 4 RL 2014/67/EU folgt das Erfordernis, dass der entsendende Arbeitgeber im Herkunftsstaat niedergelassen sein muss, zwar nicht zwingend; im Erwägungsgrund 8 wird dies aber explizit vorausgesetzt. Die Entsendung aus Unternehmen, die im Herkunftsstaat lediglich über eine Postadresse verfügen, im Übrigen aber keine Geschäftstätigkeit entfalten, führt folglich nicht länger zu einem partiellen arbeitsrechtlichen Statutenwechsel.[114] Dies geht klar über Art. 2 RL 96/71/EG hinaus. Die Entsenderichtlinie wird folglich zumindest teilweise wieder auf ihren ursprünglichen Zweck zurückgeführt.

b) Zugang zu Informationen, Art. 5 RL 2014/67/EU

Die Mitgliedstaaten sollen nach Art. 5 RL 2014/67/EU »geeignete Maßnahmen« ergreifen, damit die Informationen über die verbindlichen Kernarbeitsbedingungen im Zielstaat der Entsendung jederzeit und für jedermann – Arbeitgeber wie Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten – kostenlos verfügbar sind. Sie sind umfassend und auf leichtem Wege sowie in den Sprachen der wichtigsten in die Entsendung involvierten Staaten[115] zugänglich zu machen. Dies gilt nach Art. 5 Abs. 4 RL 2014/67/EU auch für die in Tarifverträgen geregelten Mindestarbeitsbedingungen, sofern sie allgemein-

111 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 100; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 207; *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 288.

112 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 9.

113 *Schubert/Jerchel* (Fn. 90), S. 44 f.; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 9; kritisch auch *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 16.

114 *Windisch-Graetz* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 44; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 168.

115 Das sind solche, aus denen eine große Zahl von Arbeitnehmern in das betreffende Zielland entsandt werden, *Rebhahn*, Fn. 13, RL 96/71/EG Art. 4, Rn. 2.

verbindlich sind. Vorgeschlagen wird dafür eine einheitliche Website, die barrierefrei erreichbar sein soll.

Im Vergleich zu Art. 4 RL 96/71/EG sind die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in der Durchsetzungsrichtlinie klarer gefasst. Dass wiederum unbestimmte Rechtsbegriffe (»geeignet«, »erforderlich«) verwendet werden, ist nicht zuletzt dem Rechtscharakter einer Richtlinie geschuldet, die eben nur ein verbindliches Ziel, nicht aber konkrete Umsetzungsschritte vorgibt. Ob die Neuregelung tatsächlich einen qualitativen Fortschritt im Informationsaustausch bewirkt, hängt freilich vom Engagement der Mitgliedstaaten ab, denn die in Art. 5 RL 2014/67/EU vorgesehenen Maßnahmen waren auch schon nach der Entsenderichtlinie zulässig,[116] ohne dass sie wirksam implementiert wurden.

c) Verwaltungskooperation, Art. 6 bis 8 RL 2014/67/EU

Art. 6 RL 2014/67/EU betont das Gebot der engen Zusammenarbeit und verpflichtet die Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Amtshilfe. Auskünfte auf Anfragen sollen unverzüglich, umfassend und kostenlos erteilt werden; ebenso Kontrollen, Prüfungen und Untersuchungen, mit denen die zuständigen Behörden anderer Mitgliedstaaten in die Lage versetzt werden, die Entsendevoraussetzungen zu prüfen und ggf. Verstöße zu ahnden. Kann dem Ersuchen nicht nachgekommen werden, ist die anfragende Behörde davon unverzüglich in Kenntnis zu setzen. So wird sichergestellt, dass Anfragen nicht im Sande verlaufen. Für die Kooperation der Behörden untereinander, aber auch zwischen Mitgliedstaaten und Kommission soll bevorzugt[117] das Binnenmarkt-Informationssystem IMI genutzt werden.[118]

Die in Art. 6 RL 2014/67/EU niedergelegten Informationspflichten sollen vor allem die Zielstaaten in die Lage versetzen, die Einhaltung der Kernarbeitsbedingungen zu überprüfen, Art. 7 Abs. 1 RL 2014/67/EU. Nach Art. 7 Abs. 2 RL 2014/67/EU sind aber auch die Behörden im Entsendestaat verpflichtet, die Einhaltung der dort geltenden Vorgaben zu überwachen. Sie unterliegen jedoch keiner Rechtspflicht, die Einhaltung der im Zielstaat geltenden Kernarbeitsbedingungen zu prüfen, Art. 7 Abs. 2, 6 RL 2014/67/EU.

Bisher sind die in der Entsenderichtlinie vorgegebenen Anforderungen eher vage. Auch hier hat die Durchsetzungsrichtlinie also eine Präzisierung mit sich gebracht, wobei sich der Richtliniengeber an der Rechtsprechung des EuGH orientiert hat.[119] Deren Wirksamkeit wird sich jedoch erst in ihrer konkreten Handhabung auf Verwaltungsebene erweisen. Indes überschneiden sich die in Art. 6 bis 8 RL 2014/67/EU etablierten Informations – und Kooperationsvorschriften teilweise und sind auch zu den Überwachungsmechanismen nach den Art. 9 und 10 RL 2014/67/EU nicht deutlich abgegrenzt. Das Ziel aber ist klar: der Richtliniengeber strebt eine effektivere Kontrolle an.

d) Überwachung der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen, Art. 9 und 10 RL 2014/67/EU

Ein wesentlicher Unterschied zur Entsenderichtlinie ist die weitgehende Harmonisierung der Überwachungs – und Durchsetzungsmechanismen.[120] Gerade die unklare Verteilung der Kontrollbefugnisse hatte zur Schwächung der Position entsandter Arbeitnehmer beigetragen.[121]

Die Mitgliedstaaten sollen ihre Überwachungsmechanismen ausbauen und effektiver gestalten. Hierfür sollen sie ausreichend und hinreichend qualifiziertes Personal abstellen, auch für die Bearbeitung von Auskunftsersuchen anderer Mitgliedstaaten.[122] Kontrollbefugnisse sollen ausnahmsweise an die Sozialpartner oder »andere Akteure und/oder Stellen« delegiert werden können. Die Mitgliedstaaten haben dann lediglich noch zu überwachen, ob diese ihre Befugnisse gleichmäßig und objektiv wahrnehmen.[123]

In Art. 9 Abs. 1 RL 2014/67/EU wird zunächst auf die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Kontrollmaßnahmen abgestellt, die zudem »im Einklang mit dem Unionsrecht gerechtfertigt und verhältnismäßig« sein müssen. Die möglichen Maßnahmen sind nicht abschließend aufgezählt (»insbesondere«), vgl. Art. 9 Abs. 2 RL 2014/67/EU.[124] Auch hier war Vorbild die Rechtsprechung des EuGH,[125] nach der die Entsendung den zuständigen Behörden anzuzeigen, den Behörden ein Ansprechpartner für die Übersendung oder Anforderung von Dokumenten zu benennen und

116 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 288.

117 Aber nicht ausschließlich, *Houwerzijl*, AuR 2013, 342, 344.

118 Erwägungsgrund 49 RL 2014/67/EU.

119 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 4, Rn. 3.

120 *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 206.

121 *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 161; *ETUC* (Fn. 105), S. 15.

122 Erwägungsgründe 27 und 29.

123 Erwägungsgrund 31.

124 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 288; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 14; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 210.

125 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 189; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 7; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 216.

Unterlagen auch während einer angemessenen Frist nach Ablauf der Entsendung vorzulegen sind.[126] Die Durchsetzungsrichtlinie bringt also keine inhaltliche Neuregelung mit sich. Art. 10 RL 2014/67/EU sieht die Etablierung von Prüfverfahren vor, bleibt jedoch vage und gibt als Kriterium nur deren Eignung und Wirksamkeit vor.[127]

Insgesamt vermitteln die Regelungen den Eindruck, dass das Anliegen der Kontrolle allenfalls halbherzig umgesetzt wird. Verwaltungsanforderungen und Kontrollen dürfen nur im notwendigen Maße vorgesehen werden. Die Betonung der Verhältnismäßigkeit macht deutlich, dass sich die Behörden Informationen vorrangig auf dem Wege der Verwaltungskooperation zu verschaffen haben, anstatt die Unternehmen zu überwachen.[128] Ausweislich Erwägungsgrund 23 ist die Kontrolle entsendender Unternehmen nur zulässig, wenn die Aufsicht anderenfalls nicht wirksam durchgeführt werden kann. Dies verdeutlicht, dass der Dienstleistungsfreiheit im Vergleich zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen noch immer ein hoher Stellenwert eingeräumt ist.

e) Durchsetzung der Arbeitnehmerrecht, Art. 11 bis 12 RL 2014/67/EU

Die Vorgaben der Entsenderichtlinie sind in der Vergangenheit insbesondere durch Unterauftragsketten systematisch umgangen worden. Unteraufträge kamen weit überwiegend zum Zweck des forum shopping zum Einsatz: Sie wurden dazu genutzt, das anwendbare Recht als Möglichkeit zum opting-out aus verbindlichen nationalrechtlichen Vorgaben steuern zu können.[129] Dies läuft nicht nur dem Arbeitnehmerschutz zuwider, sondern gefährdet auch die Wettbewerbsfähigkeit der im Zielstaat ansässigen Unternehmen, die nicht über internationale Vertragsnetzwerke verfügen.[130]

(1) Grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung

Die Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte in Entsendefällen ist durch den partiellen Statutenwechsel erschwert, denn die Herkunftsstaaten sind nicht zur Durchsetzung der Kernarbeitsbedingungen im Zielstaat verpflichtet.[131] Bereits in Art. 5 RL 96/71/RL ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten im Falle der Nichteinhaltung der Entsenderichtlinie »geeignete Maßnahmen« zu ergreifen haben, namentlich Verfahren, mit denen Arbeitnehmer ihre Rechte durchsetzen können. Die Entsenderichtlinie bleibt indes so vage, dass Mitgliedstaaten zu keinen konkreten Maßnahmen veranlasst werden. Zudem hat der EuGH die Überwachungsbefugnisse stets strikt am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen,[132] sich also vor allem an der Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Arbeitgeber orientiert.[133] Auch dies dürfte ein Grund für die mangelhafte Wirkmacht von Art. 3 Abs. 1. RL 96/71/EG sein.

Gemäß Art. 11 RL 2014/67/EU sollen Beschwerdemöglichkeiten, Verwaltungs – und Gerichtsverfahren für Arbeitnehmer etabliert oder ausgebaut werden. Adressaten sind die Staaten, in deren Hoheitsgebiet die Arbeitnehmer entsandt worden sind. Damit soll insbesondere sichergestellt werden, dass die Arbeitnehmer im Zielstaat vom Arbeitgeber ausstehenden Lohn einfordern können, Art. 11 Abs. 6 RL 2014/67/EU. Parallel dazu ermöglicht die Brüssel-I-Verordnung (EG) 44/2001 eine entsprechende Klage im Herkunftsstaat.[134]

(2) Haftung in Unterauftragsketten

Nach Art. 12 Abs. 1 RL 2014/67/EU können die Mitgliedstaaten eine Unterauftragshaftung etablieren, die neben oder an die Stelle der Arbeitgeberhaftung tritt. Die gesamtschuldnerische Haftung von entsendendem Unternehmen und Unterauftragnehmern war schon unter dem Dach der Entsenderichtlinie vom EuGH für zulässig erachtet worden.[135] Sie ist als Maßnahme der Kontrolle und Überwachung iSv. Art. 5 RL 96/71/EG zu werten. Die Durchsetzungsrichtlinie macht nunmehr konkrete Vorgaben. Die Auftraggeberhaftung erstreckt sich auf die gesetzlichen Mindestlöhne, nicht

126 EuGH, 7.10.2010 – C-515/08 – Slg. 2010, I-9133 (*Santos Palhota*), Rn. 61; EuGH, 3.12.2014 – C-315/13 – NZA 2015, 290 (*De Clercq*), Rn. 75; EuGH, 23.11.1999, C-369/96, Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 79; EuGH, 19.06.2008 – C-319/06 – Slg. 2008, I-4323 (Kommission/Luxemburg), Rn. 91.

127 *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 208.

128 Kritisch im Hinblick auf die praktische Wirksamkeit *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 215; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 4.

129 *ETUC* (Fn. 105), S. 15; *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 286; *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 161. Die Autoren unterscheiden sehr prägnant zwischen kooperativen und kompetitiven Unterauftragsverhältnissen. Während erstere auf eine Verbesserung der Abläufe durch die gezielte Nutzung von Wissen und Fähigkeiten auf dem Markt abzielen, dienen letztere allein der Kostenminimierung, ebenda S. 163. Generell zum Problem der Unterauftragsverhältnisse *Houwerzijl/Wilkinson*, German Law Journal 14 (2013), 1981 ff.

130 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 279.

131 *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 361; *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 20.

132 EuGH, 23.11.1999 – C-369/96 – Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 60; EuGH, 19.06.2008 – C-319/06 – Slg. 2008, I-4323 (Kommission/Luxemburg), Rn. 30; EuGH, 3.12.2014 – C-315/13 – NZA 2015, 290 (*De Clercq*), Rn. 70.

133 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 3.

134 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 199.

135 EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 45.

aber auf die Sozialabgaben, da Gegenstand des Haftungssystems gemäß Art. 12 Abs. 3 RL 2014/67/EU nur Ansprüche des Arbeitnehmers sein können.[136] Ist dem Auftraggeber oder Unterauftraggeber kein Sorgfaltspflichtverstoß nachzuweisen, soll dieser von der Haftung befreit, zumindest aber in der Haftung beschränkt werden können. Um dies nachvollziehen zu können, soll das nationale Recht entsprechende Dokumentationspflichten etablieren.[137]

(3) Bewertung

Die Ermächtigung, eine Haftung in Auftragsketten zu etablieren, ist ein Novum der Durchsetzungsrichtlinie. Ein System der Auftraggeberhaftung dürfte sich als weitaus effektiver als ein administratives Überwachungssystem erweisen, um Arbeitnehmern zur Durchsetzung ihrer Rechte zu verhelfen.[138] Der Anwendungsbereich des Art. 12 RL 2014/67/EU ist jedoch denkbar gering: er beschränkt die Haftung auf die direkten Unterauftragnehmer des entsendenden Unternehmens (contractual liability), wiewohl eine Auftragskettenhaftung (chain liability) für die Durchsetzung der Ansprüche entsandter Arbeitnehmer weitaus effektiver wäre.[139] Zudem ist die Unterauftragshaftung nur für die Baubranche zwingend vorgegeben, Art. 12 Abs. 2 RL 2014/67/EU.[140]

Nach Art. 12 Abs. 4 RL 2014/67/EU darf im nationalen Recht zwar ein strengerer Haftungsmaßstab vorgesehen werden. Zugleich ist den Mitgliedstaaten aber die Möglichkeit der Haftungsbefreiung oder – beschränkung eingeräumt, wenn der Unternehmer die im nationalen Recht gründenden Sorgfaltspflichten beachtet hat. Indes macht die Richtlinie keinerlei Vorgaben zu Umfang und Ausmaß der zulässigerweise zu definierenden Sorgfaltspflichten. Dem nationalen Recht ist damit Potenzial zum Unterlaufen der Auftraggeberhaftung zugestanden.[141] Zudem sieht Art. 12 Abs. 1 RL 2014/67/EU vor, dass Haftungsregelungen nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig sind. Es besteht also die Gefahr, dass der Arbeitnehmerschutz aufgrund dieses unbestimmten Rechtsbegriffs doch weiterhin hinter den Interessen des Binnenmarktes zurückstehen muss.[142]

In Art. 12 Abs. 6 RL 2014/67/EU ist es den Mitgliedstaaten freigestellt, anstelle der privatrechtlichen Haftung andere wirksame und verhältnismäßige Sanktionen im nationalen Recht vorzusehen. Die Durchsetzungsrichtlinie etabliert insofern aber keine Mindeststandards. Die Mitgliedstaaten, die dem Schutz der Arbeitnehmerrechte schon bisher keinen besonderen Stellenwert eingeräumt haben,[143] müssen dies also auch weiterhin nicht tun.

Problematisch und durch die Richtlinie kaum zu bewältigen ist in diesem Kontext vor allem die praktische Wahrnehmung der Klagerechte durch die Arbeitnehmer. Diese sehen womöglich von rechtlichen Schritten gegen ihre Arbeitgeber ab, wenn sie auf die Weiterbeschäftigung im entsendenden Unternehmen hoffen.[144] Überdies fehlt ihnen oftmals jede Vergleichsmöglichkeit in Bezug auf die Kernarbeitsbedingungen; hinzu kommen fehlende Kenntnisse der Sprache und des Rechts(schutz)systems im Aufnahmestaat, welche der Klageerhebung entgegenstehen können.[145] Für die Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte wäre ein Modell hilfreicher, in dem auch die Gerichte des Herkunftsstaats die Kontrolle der Kernarbeitsbedingungen im Zielstaat gewährleisten können.[146]

f) Grenzüberschreitende Durchsetzung von Sanktionen, Art. 13 bis 19 RL 2014/67/EU

Da auch die grenzüberschreitende Sanktionierung in der Praxis oftmals scheitert,[147] macht die Durchsetzungsrichtlinie hierzu konkretere Vorgaben. Sanktionen sollen gemäß Art. 13 RL 2014/67/EU im Wege der grenzüberschreitenden Amtshilfe anerkannt und durchgesetzt werden. Dazu sollen die Mitgliedstaaten über das IMI-System die für die Sanktionierung zuständige Behörde benennen, Art. 14 RL 2014/67/EU. Art. 15, 16 RL 2014/67/EU determinieren die Anforderungen an entsprechende Amtshilfeersuchen.

136 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 17.

137 Erwägungsgrund 37.

138 *Houwerzijl/Wilkinson*, German Law Journal 14 (2013), 1981, 1992.

139 *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 162; *Houwerzijl/Wilkinson*, German Law Journal 14 (2013), 1981, 2002; *Houwerzijl*, AuR 2013, 342, 345; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 212; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 18.

140 Kritisch *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 196; *Houwerzijl*, AuR 2013, 342, 344 f.

141 Kritisch *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 20.

142 *ETUC* (Fn. 154), www.etuc.org (5.1.2016).

143 Zu den unterschiedlichen nationalrechtlichen Regelungen vgl. die rechtsvergleichende Studie der EUROFOUND, Posted Workers in the European Union, 2010, http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2010/73/en/2/EF1073EN.pdf (5.1.2016).

144 *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 171.

145 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 1; *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 169; *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 361 f.

146 *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 365 unter Verweisung auf die baltischen Staaten, die ein solches System etabliert haben.

147 KOM (2007) 304 endg., S. 10.

Dabei gilt das Vertrauensprinzip, dh. dass der Begründungsaufwand für eine Ablehnung der Beitreibung durch die Behörden des anderen Mitgliedstaats gering gehalten werden soll.[148] Die Beitreibung von Sanktionen darf nach Art. 17 Abs. 2 RL 2014/67/EU abgelehnt werden, wenn die ersuchte Behörde den damit verbundenen Verwaltungsaufwand als unverhältnismäßig einschätzt, die zu erwartende Geldbuße unter 350 Euro liegt oder wenn in Grundrechte und Grundfreiheiten eingegriffen wird.

Damit hängt die grenzüberschreitende Durchsetzung von Sanktionen weiterhin vom Engagement der Mitgliedstaaten ab.[149] Zudem definiert die Durchsetzungsrichtlinie keine konkreten Sanktionen und nimmt in Art. 20 RL 2014/67/EU für die Sanktionierung nur auf die Verletzung der Durchsetzungsrichtlinie, nicht aber der Entsenderichtlinie Bezug (»Verstöße gegen die gemäß *dieser* Richtlinie erlassenen nationalen Bestimmungen«).[150] Womöglich ließe sich der Anwendungsbereich dieser Norm aber teleologisch erweitern, sodass von ihrem Sinn und Zweck auch die Sanktionierung jedweder Verstöße gegen die Entsenderichtlinie erfasst ist. Da aber zumindest der Entsendebegriff in Art. 4 RL 2014/67/EU präzisiert ist, können die Behörden nunmehr zumindest gegen Scheinentsendungen vorgehen,[151] und damit einen wichtigen Aspekt der Umgehungsmechanismen ahnden.

2. Eignung der Durchsetzungsrichtlinie zur Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes

Inhaltlich bietet die Durchsetzungsrichtlinie im Ergebnis wenig Neues, sondern gibt vor allem der EuGH-Rechtsprechung einen legislativen Rahmen.[152] Der Umsetzungsbedarf in Deutschland wird dementsprechend als gering bewertet.[153] Vor allem aus dem Lager der Gewerkschaften sieht sich die Durchsetzungsrichtlinie erheblicher Kritik ausgesetzt. Sie unterlasse nicht nur eine Stärkung der Arbeitnehmerrechte, sondern behindere auch die Mitgliedstaaten, die bessere Rechte und Standards für entsandte Arbeitnehmer durchsetzen wollen.[154]

a) Keine Harmonisierung des Arbeitnehmerschutzes

Zwar trifft es zu, dass die Richtlinie die Kernarbeitsbedingungen weiterhin nicht harmonisiert, sondern insofern auf das nationale Recht Bezug nimmt.[155] Zu begrüßen ist aber, dass zumindest die Anforderungen an die Kontrolle und Überwachung der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen präzisiert worden sind. Bislang waren die Spielräume der Mitgliedstaaten so weit, dass eine effektive Kontrolle auf unionsrechtlicher Ebene nicht sichergestellt war.

b) Keine Abkehr von der Laval-Rechtsprechung

Ungehört blieb auch die Forderung nach einer Korrektur der EuGH-Rechtsprechung, etwa durch eine Klarstellung, dass die Entsenderichtlinie lediglich einen Mindeststandard etabliere und jedwede Art günstigerer Regelungen, insbesondere auch durch kollektivvertragliche Regelungen nicht tangiere.[156]

Die Grundrechtecharta, die in Art. 28 EuGRCh ein Grundrecht auf kollektivarbeitsrechtliche Maßnahmen vermittelt, ist mit dem Vertrag von Lissabon, also erst nach den EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen *Viking* und *Laval* Bestandteil des Primärrechts geworden. Spätestens seitdem steht fest, dass das Streikrecht den Grundfreiheiten nicht untergeordnet ist.[157] Die Durchsetzungsrichtlinie nimmt vor allem administrative Maßnahmen in den Blick und blendet den Einfluss der Gewerkschaften weitgehend aus.[158] Die Sozialpartner werden lediglich zur Kooperation mit den Behörden, zu Dialog und »gegenseitigem Verständnis« aufgefordert;[159] ihre besondere Rolle bei der Sicherung der Arbeitnehmerrechte wird damit zwar angesprochen, findet im Text der Richtlinie aber keinen Niederschlag. Andererseits stellt Art. 1 Abs. 2 RL 2014/67/EU klar, dass die grundrechtlich geschützten kollektivvertraglichen Rechte und Maßnahmen nicht tangiert werden. Eine deutliche Distanzierung

148 Erwägungsgrund 43.

149 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 5; *Schubert/Jerchel* (Fn. 90), S. 46.

150 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 4.

151 *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 30.

152 *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 162; *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 288.

153 BT-Drs. 18/3520, S. 18. Vgl. auch *Kohte* (Fn. 103), S. 323, der sich vor allem auf die Aspekte des Gesundheitsschutzes entsandter Arbeitnehmer bezieht.

154 *ETUC, Barroso* and MEPs fail to sort out the rights of posted workers, Pressemitteilung vom 16.4.2014, www.etuc.org (17.1.2016).

155 *ETUC* (Fn. 105), S. 14.

156 So *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233, 235; *ETUC* (Fn. 105), S. 22; dies kritisieren auch *Schubert/Jerchel* (Fn. 90), S. 42.

157 *ETUC* (Fn. 50), S. 5; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 469.

158 *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 215.

159 Erwägungsgrund 16.

des Richtliniengebers von der EuGH-Rechtsprechung liegt darin freilich nicht. Es hätte vielmehr einer ausdrücklichen Regelung bedurft, die das Günstigkeitsprinzip der Entsenderichtlinie erweitert.

c) Arbeitsrecht vs. Sozialrecht

Die sozialrechtlichen Voraussetzungen und Folgen der Entsendung bleiben auch in der Durchsetzungsrichtlinie bewusst außen vor.[160] Eine Angleichung des arbeits – und des sozialrechtlichen Entsendebegriffs ist nicht erfolgt, jedoch sind beide Instrumente einander angenähert, indem die Durchsetzungsrichtlinie auf Teile der Entsendedefinition des Sozialrechts Bezug nimmt.

Eine völlige Angleichung ist jedoch auch nicht geboten. Dass beispielsweise das koordinierende Sozialrecht die Maximaldauer der Entsendung klar definiert, ist der eindeutigen Bestimmung des für die soziale Absicherung zuständigen Staates geschuldet. Im Arbeitsrecht würde die Festlegung einer Höchstdauer zwar möglicherweise zu einer eindeutigen Zuordnung des Arbeitnehmers zum Arbeitsmarkt eines bestimmten Mitgliedstaates führen und damit auch Zugang zur Gleichbehandlung bei den Beschäftigungs – und Arbeitsbedingungen nach Art. 7 Abs. 1 VO (EU) 492/2011 eröffnen. Indes hat eine weite Fassung des Entsendetatbestands im Arbeitsrecht auch Vorteile, ermöglicht sie doch über die Kernarbeitsbedingungen im Zielstaat hinaus die Anwendung günstigerer Regelungen des Herkunftsstaats, die im Rahmen der VO (EU) 492/2011 nicht vorgesehen ist.

Eine weitere Bezugnahme zwischen Arbeits – und Sozialrecht findet sich mit der Entsendebescheinigung A1. Diese kann nunmehr arbeitsrechtliche Wirkung entfalten, zumindest sofern deren Fehlen jetzt als Indiz gegen eine Entsendung iSv. RL 96/71/EG zu werten ist. Im Sozialrecht kommt der Bescheinigung weitergehende Bedeutung zu, ist sie doch gemäß Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 987/2009 verbindlich, d.h. sie muss von den Behörden des Zielstaats anerkannt werden, denen kein eigenes Prüfrecht eingeräumt ist.[161] Auch hier wäre eine Angleichung im Arbeitsrecht nicht unbedingt von Vorteil. Denn faktisch eröffnet die Bindungswirkung erhebliches Potenzial, um den Arbeitnehmerschutz zu umgehen, wenn in den Herkunftsstaaten die Voraussetzungen der Entsendung nicht sorgfältig geprüft werden. Dies wird aber wohl im Interesse der Vereinfachung der grenzüberschreitenden Kooperation und des Funktionierens der Sozialrechtskoordinierung hingenommen.[162] Das koordinierende Sozialrecht will über Art. 12 VO (EG) 883/2004 lediglich sicherstellen, dass nur ein – aber eben auch mindestens ein – Staat für die soziale Sicherung entsandter Arbeitnehmer zuständig ist[163] und dass das bisherige Sozialversicherungsstatut während kurzfristiger Arbeitsaufenthalte in anderen Mitgliedstaaten beibehalten wird.[164] Sein Gehalt beschränkt sich auf eine mehrseitige Kollisionsregel und birgt darüber hinaus keine materiell-rechtlich relevanten Regelungen. Die Entsenderichtlinie klärt demgegenüber nicht allein die Frage des anwendbaren Rechts, sondern will sicherstellen, dass entsandte Arbeitnehmer keinen Verlust ihrer arbeitsrechtlichen Standards erleiden oder – falls sie aus einem Staat mit geringen Standards entsandt werden – an den arbeitsrechtlichen Standards des Zielstaates partizipieren können. Mittelbar wird damit auch die Wettbewerbsfähigkeit der am Markt des Zielstaats agierenden Unternehmen geschützt wie auch die Interessen der dort regulär beschäftigten Arbeitnehmer, die keine Gefährdung ihrer Arbeitsplätze durch »billige Konkurrenz« Entsandter zu befürchten haben.

Während die Voraussetzungen für die Beibehaltung des Sozialversicherungsstatus eng definiert sind, die Reichweite des Entsendebegriffs hier also limitiert ist, kann der dem Schutz des Arbeitnehmers dienende Wechsel des arbeitsrechtlichen Statuts bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen in einer weitaus größeren Zahl von Fällen eintreten. Die aus den Unterschieden im sozialen Sicherungsniveau resultierenden Wettbewerbsvorteile bleiben dabei bestehen.

V. Fazit

Europarecht war und ist von der Annahme getragen, dass das Wirken des freien Marktes gleichsam automatisch eine Verbesserung der Lebens – und Arbeitsbedingungen bewirken werde, Art. 151 Abs. 3 AEUV. Im Falle der Entsendung hat sich diese Annahme nicht bestätigt. Dass privatautonome Akteure rechtliche Vorgaben nutzen, um ihre Inte-

160 Erwägungsgrund 13.

161 EuGH, 10.2.2000 – C-202/97 – Slg. 2000, I-883 (*Fitzwilliam*), Rn. 52; EuGH, 30.03.2000 – C-178/97 – Slg. 2000, I-200 (*Banks*), Rn. 40; EuGH, 26.1.2006 – C-2/05, Slg. 2006, I-1081 (*Herbosch Kiere*).

162 *Steinmeyer*, Fn. 60, Rn. 18; zur Problematik auch *Cornelissen*, RdA 1996, 229, 338.

163 Ausführlich zu den Vorgaben des europäischen koordinierenden Sozialrechts *Kruse*, Entsendung von Arbeitnehmern und grenzüberschreitende Tätigkeit Selbständiger nach der VO (EG) Nr. 883/2004, Hamburg 2015.

164 *Schoukens/Pieters* (Fn. 61), S. 148; *Eichenhofer* (Fn. 57), Rn. 149.

ressen auf dem freien Markt durchzusetzen, ist zwar nicht per se zu kritisieren. Bedenklich wird eine solche Praxis aber dann, wenn sie die Position der ohnehin Schwachen gezielt weiter schwächen soll.

Der Durchsetzungsrichtlinie kommt eher symbolische Wirkung zu, eine erhebliche Stärkung der Rechte entsandter Arbeitnehmer geht mit ihr nicht einher. Der Richtliniengeber hat deutlich gemacht, dass der Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie auf originäre Entsendetatbestände zurückgeführt werden soll. Die Vorgaben zur Verwaltungskooperation, Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte sowie zur Sanktionierung von Verstößen sind jedoch recht vage formuliert und zudem am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Es steht daher zu befürchten, dass den wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeber im Rahmen ihrer Dienstleistungsfreiheit im Einzelfall weiterhin Vorrang vor den sozialen Interessen der Arbeitnehmer eingeräumt wird. Diesen hätte es eher entsprochen, wenn die einschränkende Auslegung des Art. 3 RL 96/71/EG aufgegeben worden wäre, sodass die Entsenderichtlinie auf die Funktion eines Mindestsicherungsniveaus zurückgeführt würde, das in den Zielstaaten – sei es durch den Gesetzgeber, sei es durch die Sozialpartner – uneingeschränkt günstiger ausgestaltet werden kann. Eigentliches Ziel einer Entsenderegelung muss sein, Ungleichbehandlungen zwischen einheimischen und entsandten Arbeitnehmern zu vermeiden. Gleiche Arbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer garantieren nicht zuletzt einen fairen Wettbewerb zwischen einheimischen und in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen.[165] Eine Abkehr vom Herkunftslandprinzip wäre nicht als Protektionismus[166] zu verstehen. Die Etablierung sozial – und arbeitsrechtlicher Mindeststandards würde den Markt nur gegenüber solchen Konkurrenten abschotten, die sich diese nicht leisten wollen. Rechtsnormen, die nach einem Ausgleich zwischen den legitimen Interessen des freien Marktes und denen der Arbeitnehmer suchen, dürfen nicht zum Unterlaufen der Arbeitnehmerschutzstandards durch Scheingründungen und Briefkastenfirmen einladen.[167] Dazu fehlte es aber offenbar am gemeinsamen politischen Willen.

165 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 289 f.; im Ergebnis auch *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 628; *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3476.

166 So aber *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 629; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 546. Vgl. auch *Krebber*, IPrax 2001, 22, 23, der das Anliegen des Arbeitnehmerschutzes für »vorgeschoben« hält und in der Entsenderichtlinie vielmehr ein Mittel zur Neutralisierung »komparativer Wettbewerbsvorteile« sieht. AA. *Deinert*, RdA 1996, 339, 349.

167 Allgemein zum Dilemma zwischen »protection and protectionism« *Countouris/Engblom*, UCL Labour Rights Institute Working Papers 01/2015.

Der gesetzliche Mindestlohn – Reichweite, Durchsetzung und Auswirkungen[1]

Daniel Hlava, LL.M., Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt am Main

I. Einleitung

Selten wurde und wird über ein Gesetz so kontrovers diskutiert wie über das Mindestlohngesetz (MiLoG), welches am 1. Januar 2015 in Kraft trat. Zumindest über das Grundanliegen des Gesetzes, Arbeitnehmer mittels eines branchenübergreifenden Mindestlohns vor unangemessen niedrigen Löhnen zu schützen[2], scheint inzwischen weitgehend Einigkeit zu bestehen. Gleichwohl bietet die inhaltliche Ausgestaltung im juristischen und gesellschaftlichen Diskurs weiterhin ausreichend Kontroversen. Dies zeigt auch die Fülle an Publikationen zu Detailfragen des MiLoG, die bislang erschienen sind. Der gesetzliche Anspruch auf den Mindestlohn und

1 Der Beitrag greift Gedanken auf und führt sie weiter, die vom Autor auf der 5. Assistententagung im Arbeitsrecht im Juli 2015 an der Ruhr-Universität Bochum vorgetragen wurden und unter dem Titel »Anspruch und Wirklichkeit des gesetzlichen Mindestlohns« im Tagungsband von *Husemann/Wietfeld* (Hrsg.), Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts – Dokumentation der 5. Assistententagung im Arbeitsrecht vom 16.–17.07.2015 (Nomos-Verlag, 2015), zur Diskussion gestellt worden sind.

2 BT-Drs. 18/1558, S. 2.