

DE

DE

DE



KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Brüssel, den 4. April 2006
SEK(2006) 439

ARBEITSDOKUMENT DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN

Bericht der Kommissionsdienststellen

**zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im
Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen**

{KOM(2006) 159 endgültig}

ARBEITSDOKUMENT DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN

Bericht der Kommissionsdienststellen

zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen¹

INHALTSVERZEICHNIS

Bericht der Kommissionsdienststellen zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.....	2
1. Einleitung.....	3
2. Zweck dieses Berichts.....	6
3. Allgemeine Informationen zur Durchführung der Richtlinie.....	6
4. Rechtsfragen.....	10
5. Information, Verwaltungszusammenarbeit und Durchsetzung.....	22

¹ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1.

1. EINLEITUNG

Am 25. Juli 2003 hat die Kommission die Mitteilung KOM(2003) 458 über die Durchführung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden: Richtlinie) in den Mitgliedstaaten angenommen².

Zweck dieser Mitteilung war die Überprüfung der Rechtsvorschriften zur Anwendung der Richtlinie gemäß deren Artikel 8. Sie enthielt eine Beschreibung der in den Mitgliedstaaten getroffenen Maßnahmen zur Umsetzung und praktischen Anwendung der Richtlinie und eine Festlegung des Standpunkts der Kommission zu der Frage, ob die Entsenderichtlinie einer Überarbeitung bedarf.

In dieser Mitteilung kam die Kommission zu dem Schluss, dass die bei der Durchführung der Richtlinie aufgetretenen Probleme weniger rechtlicher als praktischer Art waren und dass die Richtlinie daher nicht geändert werden brauchte. Was die Anwendung in der Praxis angeht, so wurden hingegen in der Mitteilung einige Probleme ausgemacht, die bei nicht angemessener oder verspäteter Lösung die Erreichung der Ziele der Richtlinie vereiteln könnten. Dazu gehören u. a. die unzureichende Kontrolle der Einhaltung der Rechtsvorschriften, sei es der oft schwierige Vergleich zwischen den Anforderungen des Rechts des Aufnahmelandes und den im Herkunftsland, in dem der Arbeitnehmer normalerweise beschäftigt ist, geltenden Arbeitsbedingungen sowie der für die Arbeitnehmer wie für die Dienstleister schwierige Zugang zu den einschlägigen Rechtsvorschriften, auf die die Richtlinie verweist. Um diese praktischen Probleme zu lösen, schlug die Kommission vor, mindestens zweimal jährlich eine Gruppe aus Regierungssachverständigen einzuberufen, deren Aufgabe es wäre, sich eingehender mit diesen Problemen auseinanderzusetzen und geeignete Lösungen zu erarbeiten.

Das Europäische Parlament hat die Mitteilung KOM(2003)458 am 4. und 26. November 2003 (Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten) sowie am 14. Januar 2004 (Plenum) erörtert. Am 15. Januar 2004 verabschiedete es die Entschließung P5_TA(2004)0030³, in der es eine inhaltliche Bewertung der Mitteilung vornimmt.

In dieser Entschließung vertritt das Parlament die Auffassung, dass die Richtlinie 96/71/EG nach wie vor notwendig ist, um Rechtssicherheit für die entsandten Arbeitnehmer und die betroffenen Unternehmen zu schaffen, und weist auf einige Fragen hin, mit denen man sich seiner Ansicht nach eingehender befassen sollte.

Dazu gehören u. a. folgende Fragen: Folgen der Abweichungsmöglichkeiten, die die Richtlinie zur Vermeidung von unlauterem Wettbewerb vorsieht; Bedeutung des Begriffs „betreffende Arbeitnehmer“; wer (letztlich) dafür haftet, dass Unterauftragnehmer ihre Pflichten gegenüber den Arbeitnehmern erfüllen; gegenseitige Anerkennung und Eintreibung von Geldbußen; Klärung einiger Begriffe und Definitionen, die in der Richtlinie vorkommen (wie z. B. „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“, „bezahlter

² http://europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/com2003_458_de.pdf.

³ http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?SAME_LEVEL=1&LEVEL=3&NAV=X&DETAIL=&PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2004-0030+0+DOC+XML+V0//DE&L=DE.

Mindestjahresurlaub“ oder „Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern“); Durchführung der Richtlinie durch Tarifverträge; Auswirkungen der Erweiterung auf die Anwendung der Richtlinie; Transparenz und Zugänglichkeit der wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sowie Verwaltungszusammenarbeit.

Am 31. März 2004 hat der Wirtschafts- und Sozialausschuss eine Stellungnahme zur Mitteilung KOM(2003) 458 abgegeben, die im Wesentlichen in dieselbe Richtung geht wie die Entschließung des Europäischen Parlaments.

In der Folge der Mitteilung vom 25. Juli 2003 sowie der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Januar 2004 und der Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 31. März 2004 ergriff die Kommission eine Reihe von Maßnahmen mit dem Ziel, umfassender über die Anwendbarkeit der Richtlinie zu informieren und die praktischen Probleme zu lösen, die bislang verhindert haben, dass die Richtlinie die gewünschten Wirkungen entfaltet.

Zwecks Einholung näherer Informationen über die Situation vor Ort wandte sich die Kommission im Rahmen des Verbindungsforums⁴ an die Sozialpartner und bat sie, einen Fragebogen zum Rechtsrahmen für die Entsendung von Arbeitnehmern und zur Durchführung dieses Rechtsrahmens in der Praxis auszufüllen. Im Zuge dieser Anhörung gingen Beiträge des Europäischen Gewerkschaftsbunds (EGB), der Europäischen Transportarbeiter-Föderation und der Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter ein.

Die Kommission hat auch ein Forschungsprojekt der Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter und des Verbands der Europäischen Bauwirtschaft zur praktischen Umsetzung der Richtlinie im Baugewerbe mitfinanziert. Ferner hat sie eine Konferenz über die Entsendung von Arbeitnehmern finanziell unterstützt, die von den Sozialpartnern der betreffenden Branche organisiert wurde und am 15. und 16. Oktober 2004 in Den Haag stattfand.

Die Mitgliedstaaten wurden gebeten, einen Fragebogen mit detaillierten Fragen zur Anwendung der Richtlinie zu beantworten und eine Stellungnahme abzugeben. In diesem Zusammenhang wurden sie auf die Bedeutung einer Einbindung der Sozialpartner auf nationaler Ebene in die Folgemaßnahmen zur Mitteilung KOM(2003) 458 hingewiesen.

Um die Situation in den zehn neuen Mitgliedstaaten beurteilen zu können, die der Europäischen Union am 1. Mai 2004 beigetreten sind, hat die Kommission mehrere Studien bei unabhängigen Experten in Auftrag gegeben, die sich mit der Durchführung aller arbeitsrechtlichen Richtlinien befassen werden. In diesem Zusammenhang soll die Umsetzung der Richtlinie in Zypern, der Tschechischen Republik, Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Malta, Polen, der Slowakei und Slowenien⁵ eingehend untersucht werden. Diese Studien dürften in der zweiten Jahreshälfte 2007 fertiggestellt sein.

⁴ Im Verbindungsforum sind die europäischen Sozialpartner auf branchenübergreifender und sektoraler Ebene vertreten.

⁵ Diese Untersuchung erfolgt im Rahmen einer breiter angelegten Studie zur Umsetzung des Arbeitsrechts der EU. Die Ergebnisse der Untersuchung werden Mitte 2007 erwartet.

Auf der praktischen Ebene hat die Kommission auf dem Portal der Europäischen Union eine Website⁶ in drei Sprachen eingerichtet, die speziell die Entsendung von Arbeitnehmern betrifft. Diese Website enthält nicht nur wichtige Informationen zum Thema, sondern auch Links zu nationalen Websites, die Informationen zur Lage im betreffenden Mitgliedstaat bieten. Die Website ist auf dem aktuellen Stand und dürfte mit der Zunahme der verfügbaren Informationen und der besseren Qualität der nationalen Websites noch informativer werden. Neue Initiativen, die sich aus den Diskussionen in der Gruppe nationaler Sachverständiger für die Durchführung der Richtlinie ergeben, sollen ebenfalls auf der Website präsentiert werden. Auf Anregung der Kommission hat die Gruppe nationaler Sachverständiger für die Durchführung der Richtlinie den Status einer Sachverständigengruppe gemäß Artikel 2 Absatz 3 des Beschlusses 2002/260/EG⁷ erlangt. Sie ist seit Veröffentlichung der Mitteilung KOM(2003) 458 fünf Mal zusammengetroffen und hat sich mit folgenden Themen befasst:

- allgemeine Diskussion über die Mitteilung der Kommission KOM(2003) 458 und die Entschließung des Europäischen Parlaments P5_TA(2004)0030;
- Einbindung der neuen Mitgliedstaaten in die Vereinbarungen über die Zusammenarbeit im Bereich Information;
- Eintreibung von Geldbußen im Zusammenhang mit dem Entwurf für einen Rahmenbeschluss über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Geldbußen;
- Arbeitsaufsicht und Überwachung zwecks Verhinderung und Ahndung der Nichteinhaltung nationaler Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie;
- Zugang zu Informationen: mehr Transparenz;
- Website der Kommission zur Entsendung von Arbeitnehmern und Verbesserung der nationalen Websites;
- Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt⁸;
- Bericht der Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter und des Verbands der Europäischen Bauwirtschaft über die praktische Durchführung der Richtlinie;
- mehrsprachiges Formblatt für die Zusammenarbeit;
- Erstellung von „Ländermerkblättern“ der nach den Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen;
- bessere Zusammenarbeit im Bereich der Information und Konzipierung von „Kooperationsstandards“.

Die Sachverständigengruppe befasst sich mit mehreren konkreten Vorschlägen, die im Folgenden beschrieben werden⁹.

⁶ http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/postingofworkers_de.htm.

⁷ 2002/260/EG: Beschluss der Kommission vom 27. März 2002 über die Einsetzung einer Gruppe der Generaldirektoren für Arbeitsbeziehungen, ABl. L 91 vom 6.4.2002, S. 30; die Gruppe der Generaldirektoren für Arbeitsbeziehungen hat dies am 7. November 2003 beschlossen.

⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM(2004) 2 endg. vom 13.1.2004.

⁹ Siehe vor allem die Abschnitte 5.1 und 5.2.

2. ZWECK DIESES BERICHTS

Mit diesem Bericht kommt die Kommission dem Wunsch des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses nach umfassenderer Information über die praktische Durchführung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten nach, und zwar durch

- Ermittlung und Untersuchung bestimmter Probleme bei der Auslegung und Durchführung der Richtlinie, die aufgetreten und/oder von den Sozialpartnern, den Mitgliedstaaten und ihren Sachverständigen, dem Europäischen Parlament und dem Wirtschafts- und Sozialausschuss aufgezeigt worden sind;
- eine Bestandsaufnahme insbesondere der in der Gruppe nationaler Sachverständiger geleisteten Arbeiten und geführten Diskussionen vornehmen, um die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen transparenter zu machen und die Zusammenarbeit im Bereich der Information so auszubauen, dass die nationalen Behörden im Fall der Nichteinhaltung der Richtlinie glaubwürdig und wirksam reagieren können.

Die in diesem Bericht enthaltenen Angaben und Analysen bestätigen zum Teil den Inhalt der den Mitgliedstaaten bereits zur Verfügung gestellten Leitlinien zur Information über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH und die bereits im Rahmen der Informationszusammenarbeit ermittelten Best Practices, die Gegenstand einer anderen Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament sind. Dieser Bericht enthält jedoch keine Stellungnahme zu der Frage, ob die bereits erwähnten nationalen Maßnahmen und Umsetzungsmaßnahmen mit der Richtlinie und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vereinbar sind. Er lässt keine Schlüsse darauf zu, welchen Standpunkt die Kommission gegebenenfalls in Bezug auf die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren einnehmen wird.

Ein Entwurf dieses Berichts wurde den nationalen Sachverständigen vorgestellt und mit ihnen diskutiert. Die Sozialpartner wurden zu einem früheren Entwurf des Berichts angehört. Ihre Beiträge sind in den vorliegenden Bericht eingeflossen.

3. ALLGEMEINE INFORMATIONEN ZUR DURCHFÜHRUNG DER RICHTLINIE

3.1. Anzahl der entsandten Arbeitnehmer

Da Dienstleistungen von ganz unterschiedlicher Art und Dauer sein können¹⁰ – und somit auch die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen –, lässt sich die Gesamtzahl der entsandten Arbeitnehmer in der Europäischen Union nur schwer schätzen.

Die meisten Mitgliedstaaten verfügen nicht über genaue Zahlen oder zuverlässige Schätzungen. In den Mitgliedstaaten, in denen Daten erhoben wurden, basieren diese oft

¹⁰ Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 11. Dezember 2003 in der Rechtssache C-215/01, *Schnitzer*, Slg. 2003, I-14847, Randnr. 30.

lediglich auf einer statistischen Auswertung der vorgeschriebenen Anmeldungen entsandter Arbeitnehmer, so dass diese Angaben nicht sehr aussagekräftig sind¹¹.

Nach den vorliegenden Informationen ergeben sich für die einzelnen Mitgliedstaaten folgende Zahlen:

Mitgliedstaat	Jahr	Branche	Anzahl	Dauer der Entsendung	Quelle
Deutschland	2003	Baugewerbe	105 854, vor allem aus einem Nichtmitgliedstaat	meist weniger als 6 Monate, viele davon weniger als 3 Monate.	ULAK ¹²
Spanien	2003	alle	257		Anmeldung
Frankreich	2001	Dienstleistungen (21 %), Landwirtschaft (25 %), Bauwirtschaft und öffentliche Aufträge (26 %), Industrie (28 %)	ca. 12 000	durchschnittlich 3½ Monate	Anmeldung
Griechenland		Hotels Industrie Baugewerbe	112 619 1		Anmeldung
Litauen	01/1995-06/2004	alle	ca. 150		Sozialversicherung
Luxemburg	10/2003-08/2004	Baugewerbe (70 %) Industrie (10 %), Finanzbranche (10 %)	4 625	durchschnittlich 146,2 Tage	Anmeldung
Slowenien	05/2004-07/2004	alle	489		Anmeldung

¹¹ Darauf haben die Mitgliedstaaten, die diese Angaben gemacht haben, auch hingewiesen.

¹² Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der deutschen Bauwirtschaft.

Die folgenden Daten stammen von der Europäischen Beobachtungsstelle für die Entwicklung der Arbeitsbeziehungen, die im Jahr 2003 im Rahmen der Aktualisierung einer 1999 erstellten Studie zur Durchführung der Richtlinie¹³ Zahlen zur Entsendung von Arbeitnehmern zusammengestellt hat¹⁴:

Mitgliedstaat	Jahr	Branche	Anzahl
Österreich	2002	alle	3 550
Deutschland	2002	Baugewerbe	22 151 aus Mitgliedstaaten; 93 258 aus Nichtmitgliedstaaten
Belgien	04/2002-06/2002	alle	über 1 914 ¹⁵
Frankreich	2001	alle	8 554 registrierte AN; DILTI-Schätzung ¹⁶ : 18 000–30 000

3.2. Rechtsprechung der innerstaatlichen Gerichte

Ähnlich problematisch gestaltet sich die Schätzung der vor den innerstaatlichen Gerichte anhängigen Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Richtlinie.

Im Allgemeinen wird in den Gerichtsstatistiken der Mitgliedstaaten nicht danach differenziert, ob der an einem arbeitsrechtlichen Verfahren beteiligte Arbeitgeber im In- oder Ausland niedergelassen ist. Darüber hinaus können für die Entscheidung über Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Richtlinie ganz verschiedene Gerichte zuständig sein, z. B. Straf- oder Zivilgerichte, vor allem aber die Arbeitsgerichte.

Die meisten Mitgliedstaaten können deshalb hierzu keine zuverlässigen Angaben machen. Luxemburg hat angegeben, derzeit seien vor den innerstaatlichen Gerichten keine aufgrund der luxemburgischen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie erhobenen Klagen anhängig¹⁷.

¹³ <http://www.eiro.eurofound.eu.int/1999/09/study/index.html>.

¹⁴ <http://www.eiro.eurofound.eu.int/thematicfeature2.html>.

¹⁵ Die belgischen Rechtsvorschriften räumen Arbeitgebern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat die Möglichkeit zur Anmeldung entsandter Arbeitnehmer ein. In diesem Fall ist er sechs Monate lang von der Pflicht zur Ausstellung der nach belgischem Recht vorgeschriebenen Unterlagen für die Sozialversicherung befreit. Die genannte Zahl von 1 914 bezieht sich nur auf diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber eine solche Anmeldung vorgenommen haben.

¹⁶ Interministerielle Delegation zur Bekämpfung der illegalen Arbeit (*Délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal*).

¹⁷ Gesetz vom 20. Dezember 2002 zur Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG.

3.3. Erweiterung

Seit der Erweiterung der Europäischen Union im Jahr 2004 können nun auch Unternehmen in den zehn neuen Mitgliedstaaten die Dienstleistungsfreiheit in vollem Umfang in Anspruch nehmen; lediglich in Deutschland und Österreich gelten einige Ausnahmen. Gleichzeitig wurden in diesen Ländern Maßnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer in Bezug auf ihre Beschäftigungsbedingungen eingeführt, darunter die Garantien der Richtlinie.

Im Gegensatz zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer beziehen sich die im Beitrittsvertrag vorgesehenen Übergangsmaßnahmen für die Entsendung von Arbeitnehmern¹⁸ lediglich auf die Entsendung durch Unternehmen mit Sitz in der Tschechischen Republik, Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Polen, der Slowakei und Slowenien nach Deutschland und Österreich sowie im Gegenzug auf die Entsendung aus Deutschland und Österreich in diese mittel- und osteuropäischen Länder¹⁹.

Diese Übergangsmaßnahmen erlauben es Deutschland und Österreich, innerstaatliche Maßnahmen zu ergreifen, um bestehende oder drohende schwerwiegende Störungen in spezifischen sensiblen Dienstleistungsbereichen so lange abzuwenden, wie sie innerstaatliche Maßnahmen zur Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer anwenden; damit können sie nach Unterrichtung der Kommission von Artikel 49 Absatz 1 EG-Vertrag abweichen und so die vorübergehende Entsendung im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (durch in diesen Ländern niedergelassene Unternehmen) von Arbeitnehmern einschränken, deren Freizügigkeit in Deutschland und Österreich durch innerstaatliche Maßnahmen eingeschränkt ist. Die Tschechische Republik, Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Polen, die Slowakei und Slowenien können im Verhältnis zu Deutschland und Österreich entsprechende Maßnahmen ergreifen.

Sowohl Österreich als auch Deutschland haben von der oben erwähnten Möglichkeit Gebrauch gemacht. In Österreich gelten Einschränkungen in acht Branchen, und zwar für landwirtschaftliche Dienstleistungen, Be- und Verarbeitung von Natursteinen, Herstellung von Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen, Baugewerbe einschließlich verwandter Wirtschaftszweige, Sicherheitsdienste, Gebäudereinigung, häusliche Pflege und Sozialwesen. In Deutschland sind es drei Branchen, nämlich Baugewerbe und verwandte Wirtschaftszweige, Tätigkeiten von Innendekorateuren und Reinigung von Gebäuden,

¹⁸ Vertrag zwischen dem Königreich Belgien, dem Königreich Dänemark, der Bundesrepublik Deutschland, der Hellenischen Republik, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, Irland, der Italienischen Republik, dem Großherzogtum Luxemburg, dem Königreich der Niederlande, der Republik Österreich, der Portugiesischen Republik, der Republik Finnland, dem Königreich Schweden, dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland (Mitgliedstaaten der Europäischen Union) und der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien, der Slowakischen Republik über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur Europäischen Union, ABl. L 236 vom 23.9.2003.

¹⁹ Siehe Anhänge V, VI, VIII, IX, X, XII, XIII und XIV in Verbindung mit Artikel 24 der Beitrittsakte.

Inventar und Verkehrsmitteln. Nur Ungarn, Slowenien und Polen wenden den Grundsatz der Gegenseitigkeit an²⁰.

In denjenigen Mitgliedstaaten, die nicht unter diese Übergangsmaßnahmen fallen, gilt der Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit uneingeschränkt, und zwar so, wie er vom Gerichtshof in seinen Urteilen ausgelegt wurde²¹. Da es verschiedene Übergangsregelungen gibt, sind die Szenarien hinsichtlich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer klar von denjenigen zu unterscheiden, die in den Geltungsbereich der Artikel 49ff. des Vertrages fallen (siehe auch die folgenden Abschnitte 4.2.1 und 4.4).

Was die Lage in den neuen Mitgliedstaaten in Bezug auf die Durchführung der Richtlinie angeht, so ist zunächst einmal festzustellen, dass die Beitrittsakte keinerlei Befreiung von den Verpflichtungen der Richtlinie vorsieht. Seit 1. Mai 2004 gilt die Richtlinie in allen Mitgliedstaaten, den alten wie den neuen. Es versteht sich daher von selbst, dass sie auch dann anwendbar ist, wenn ein Unternehmen mit Sitz in einem neuen Mitgliedstaat Dienstleistungen in einem alten Mitgliedstaat oder in einem anderen neuen Mitgliedstaat erbringt.

Alle neuen Mitgliedstaaten haben offiziell die Texte ihrer Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie mitgeteilt. Bei der Abfassung dieses Berichts wurde im Rahmen des Möglichen auf die vorliegenden Informationen zur Lage in diesen Ländern zurückgegriffen.

Wie bereits gesagt, hat die Kommission mehrere Studien in Auftrag gegeben, um die Lage in den neuen Mitgliedstaaten bezüglich der Durchführung aller arbeitsrechtlichen Richtlinien, darunter der Richtlinie 96/71/EG, genauer zu untersuchen.

4. RECHTSFRAGEN

4.1. Kontext, Zielsetzungen, wesentlicher Inhalt und zusätzlicher Nutzen der Richtlinie

Eine Erläuterung des allgemeinen Kontextes, des wesentlichen Inhalts und des zusätzlichen Nutzens der Richtlinie findet sich in der Mitteilung KOM(2003) 458 und in einer Kurzdarstellung auf der Website der Kommission²². Diese Themen brauchen im vorliegenden Bericht somit nicht behandelt zu werden.

Da aber die Zielsetzungen der Richtlinie für deren Auslegung von Bedeutung sind, sollen sie genauer dargestellt und ihr Verhältnis zu älteren Urteilen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften geklärt werden.

²⁰ Informationen dazu finden sich auf der Eures-Website: „Wohin kann ich mich um Arbeit wenden? Information über die Übergangsregelungen für die Freizügigkeit von Arbeitnehmern von, nach und zwischen den neuen Mitgliedstaaten.“

²¹ Siehe u. a. die Urteile des Gerichtshofes vom 27. März 1990 in der Rechtssache C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg. 1990, I-1417, und vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93, *Vander Elst*, Slg. 1994, I-3803.

²² http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/postingofworkers_de.htm

Zweck der Richtlinie ist die Erleichterung der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen und somit die Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, „um einen Kern zwingender Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Gastland von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer für eine zeitlich begrenzte Arbeitsleistung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, in dem eine Dienstleistung zu erbringen ist“²³. Diese Koordinierung, deren Grundlage „ein fairer Wettbewerb sowie Maßnahmen [sein sollten], die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren“, ist Voraussetzung für eine Förderung des länderübergreifenden Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt²⁴.

In seinem kürzlich ergangenen Urteil in der Rechtssache *Wolff & Müller*²⁵ hat der Gerichtshof bestätigt: „Soweit eines der Ziele des nationalen Gesetzgebers gewesen ist, einen unlauteren Wettbewerb seitens der Unternehmen zu verhindern, die ihren Arbeitnehmern einen Lohn zahlen, der unterhalb des Mindestlohns liegt, was das vorlegende Gericht zu prüfen hat, so kann ein solches Ziel als zwingendes Erfordernis, das eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann, Berücksichtigung finden, sofern die in Randnummer 34 dieses Urteils angeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Im Übrigen besteht, wie die österreichische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen zu Recht ausgeführt hat, nicht unbedingt ein Widerspruch zwischen dem Ziel des Schutzes eines fairen Wettbewerbs auf der einen Seite und dem Ziel der Sicherstellung des Arbeitnehmerschutzes auf der anderen Seite. Die fünfte Begründungserwägung der Richtlinie 96/71 zeigt, dass diese beiden Ziele nebeneinander verfolgt werden können.“

Was die Verknüpfung der Richtlinie mit älteren Entscheidungen des Gerichtshofs zu einschlägigen, in der Richtlinie geregelten Fragen angeht, so sind diese Entscheidungen nach wie vor relevant, da die Richtlinie 96/71/EG auf Bestimmungen beruht, die der Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit dienen, und da diese Bestimmungen anhand der Artikel 49 und 50 des Vertrages auszulegen sind²⁶.

4.2. Geltungsbereich der Richtlinie

Die Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Artikel 1 Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.

4.2.1. Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses und Maßnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen

²³ 13. Erwägungsgrund der Richtlinie.

²⁴ 5. Erwägungsgrund der Richtlinie.

²⁵ Urteil des Gerichtshofes vom 12. Oktober 2004 in der Rechtssache C-60/03, *Wolff & Müller*, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, Randnr. 41ff.

²⁶ Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 22. Januar 2002 in der Rechtssache C-390/99, *Canal Satélite Digital*, Slg. 1999, I-607, Randnr. 27ff.

Alle in Artikel 1 Absatz 3 beschriebenen Fallgestaltungen basieren auf der Prämisse, dass zum Zeitpunkt der Entsendung ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Unternehmen, das den Arbeitnehmer entsendet / zur Verfügung stellt, und dem Arbeitnehmer existiert und für die Dauer der Entsendung fortbesteht.

Die europäischen Sozialpartner der Bauwirtschaft²⁷ sind der Auffassung, dass diese Voraussetzung aus den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie ausdrücklich hervorgehen sollte. Ebenso befürworten sie Maßnahmen auf nationaler Ebene, die den Missbrauch des im Aufnahmeland geltenden Arbeitsrechts durch „Briefkastenfirmen“ unterbinden, die in dem Land, in dem sie ihren Sitz haben, keine echte Geschäftstätigkeit von Bedeutung entfalten.

Der Gerichtshof hat im Zusammenhang mit der Verordnung 1408/71²⁸ entschieden, dass es für die Feststellung, ob eine arbeitsrechtliche Bindung besteht, darauf ankommt, ob sich aus den gesamten Umständen des Beschäftigungsverhältnisses ergibt, dass der Arbeitnehmer diesem Unternehmen untersteht²⁹. Ob zwischen einem Arbeitnehmer und dem entsendenden Unternehmen ein solches Unterordnungsverhältnis besteht, hängt u. a. davon ab, wer den Lohn zahlt und den Arbeiter im Falle etwaiger schuldhafter Handlungen entlassen kann, die er sich bei der Verrichtung seiner Arbeit bei der Entleiherfirma zuschulden kommen lässt³⁰.

Zu den Grenzen der im Vertrag verankerten Grundfreiheiten vertritt der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen können, um zu verhindern, dass sich Dienstleister unter missbräuchlicher oder betrügerischer Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit der Anwendung insbesondere des Arbeitsrechts im Gaststaat entziehen^{31,32}. Treffen die Mitgliedstaaten aber solche Maßnahmen, so müssen sie die durch das Gemeinschaftsrecht gesteckten Grenzen einhalten und insbesondere dafür sorgen, dass solche Maßnahmen die Dienstleistungsfreiheit nicht aushöhlen. Die Mitgliedstaaten müssen diese Maßnahmen von Fall zu Fall treffen und dabei das missbräuchliche oder betrügerische Verhalten der betreffenden Personen berücksichtigen, um zu verhindern, dass sich diese auf die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts berufen können. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes stellt eine generalisierte und

²⁷ Föderation der Bau- und Holzarbeiter und Verband der Europäischen Bauwirtschaft.

²⁸ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 149 vom 5.7.1971, S. 2.

Die Verordnung Nr. 1408/71 wird mit dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166 vom 30.4.2004) durch diese ersetzt.

²⁹ Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 10. Februar 2000 in der Rechtssache C- 202/97, *FTS*, Slg. 2000, I-883, Randnr. 24.

³⁰ Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache 35/70, *Manpower*, Slg. 1970, 1251, Randnr. 18.

³¹ Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 27. März 1990 in der Rechtssache C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg. 1990, I-1417, Randnr. 17.

³² Siehe auch Abschnitt 4.4.

automatische Missbrauchsvermutung bei Personen, die von ihrer Dienstleistungsfreiheit Gebrauch machen, eine unverhältnismäßige Behinderung dieser Freiheit dar³³.

4.2.2. Handelsmarine und internationale Verkehrsunternehmen

Die Richtlinie 96/71/EG gilt nicht für Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine³⁴.

Dieser Ausschluss wird von den meisten Mitgliedstaaten als gerechtfertigt angesehen³⁵, da die Tätigkeit dieser Arbeitnehmergruppe die Besonderheit ständiger Ortswechsel aufweist und die Beobachtung dieser Gruppe praktisch schwierig ist. Die niederländischen und tschechischen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie sehen keine ausdrückliche Ausnahme für die Handelsmarine vor.

Internationale Eisenbahn-, Straßen- oder Luftverkehrsunternehmen sind grundsätzlich nicht vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen.

In einer in das Protokoll einer Ratstagung aufgenommenen Erklärung³⁶ haben der Rat und die Kommission jedoch festgestellt, dass Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie³⁷ Folgendes voraussetzt:

- länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen durch ein Unternehmen in seinem Namen und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertrages, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde;
- Entsendung als Bestandteil einer derartigen Leistungserbringung.

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so fallen dementsprechend Arbeitnehmer, die gewöhnlich im Gebiet von zwei oder mehr Mitgliedstaaten beschäftigt sind und die zum mobilen Personal eines Unternehmens gehören, das gewerbsmäßig im eigenen Namen Personen oder Waren auf dem Schienen-, Straßen-, Luft- oder Wasserweg befördert, nicht in den Geltungsbereich von Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe a.

³³ Siehe u. a. Urteil vom 13. März 2003 in der Rechtssache C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*; siehe auch Urteil vom 15. September 2005 in der Rechtssache C-464/02, *Kommission/Dänemark*, Randnr. 81.

³⁴ Der Ausschluss dieser Unternehmen vom Geltungsbereich der Richtlinie befreit sie nicht von der Geltung des internationalen Privatrechts (Übereinkommen von Rom).

³⁵ Die Europäischen Transportarbeiter-Föderation hat sich in ihrem Beitrag gegen diesen Ausschluss ausgesprochen.

³⁶ Ratsdokument Nr. 10048/96 SOC 264 CODEC 550, Erklärung Nr. 3.

³⁷ Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie lautet:

„Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:

- a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht“.

Diese Rechtslage ist gerechtfertigt, weil es praktisch schwierig wäre, je nachdem, in welches Land die Personen/Waren befördert werden, die verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften auf die Beschäftigungsverhältnisse zwischen einem internationalen Transportunternehmen (das im eigenen Namen oder im Auftrag anderer tätig ist) und seinen mobilen Beschäftigten anzuwenden.

Dagegen fällt die „Kabotagebeförderung“, bei der verschiedene Teilstrecken innerhalb der Grenzen desselben Mitgliedstaats zurückgelegt werden, in den Geltungsbereich von Artikel 1 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie³⁸.

4.2.3. Unternehmen mit Sitz in Ländern, die nicht zur Gemeinschaft gehören

Artikel 1 Absatz 4 der Richtlinie bestimmt, dass außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen nicht besser gestellt werden dürfen als Unternehmen, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind. Das bedeutet in der Praxis, dass die Bestimmungen der Richtlinie für diese Unternehmen gelten.

4.3. Definition des Arbeitnehmers

Mehrere Sozialpartner haben in ihren Beiträgen bedauert, dass die Richtlinie nicht auf einer gemeinschaftsrechtlichen Definition des „Arbeitnehmer“-Begriffs basiert³⁹, und halten es für bedenklich, dass in der Richtlinie nicht geklärt ist, welche Bedeutung sie für Selbständige hat. Da in den Mitgliedstaaten die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen sehr unterschiedlich gehandhabt werde, komme es häufig vor, dass Personen der durch die Richtlinie gewährte Schutz entzogen werde, die zwar in ihrem Herkunftsland, nicht jedoch im Aufnahmeland als Selbständige gelten. Dies führe zu einem unlauteren Wettbewerb zwischen ausländischen Unternehmen, die diese Personen entsenden, und Unternehmen, die ihren Sitz im Aufnahmeland haben und Arbeitnehmer beschäftigen.

Nach der Begriffsbestimmung in der Richtlinie hat die Bezeichnung eines Arbeitnehmers nach dem Recht des Staates, in dem er normalerweise arbeitet, keine Bedeutung für den Umfang seines Schutzes durch die Rechtsvorschriften des Gastlandes. Dies kann jedoch dazu führen, dass die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen durch Selbständige behindert wird⁴⁰.

³⁸ Siehe beispielsweise die Begriffsbestimmung von „Kabotagebeförderung“ in Artikel 1 der Verordnung (EG) Nr. 12/98 des Rates vom 11. Dezember 1997 über die Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmern zum Personenkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaats, in dem sie nicht ansässig sind, ABl. L 4 vom 8.1.1998, S. 10, und die Verordnung (EWG) Nr. 3118/93 des Rates vom 25. Oktober 1993 zur Festlegung der Bedingungen für die Zulassung von Verkehrsunternehmen zum Güterkraftverkehr innerhalb eines Mitgliedstaats, in dem sie nicht ansässig sind, ABl. L 279 vom 12.11.1993, S. 1.

³⁹ Gemäß Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 96/71/EG „wird der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird“.

⁴⁰ Siehe hierzu die noch anhängige Rechtssache C-255/04, *Kommission/Frankreich*.

Die Rechtslage Selbständiger⁴¹ ist auf gemeinschaftlicher und nationaler Ebene zunehmend in den Mittelpunkt des gesetzgeberischen Interesses gerückt.

Die Kommission hat in ihr Arbeitsprogramm für 2006 ein Grünbuch aufgenommen, das eine öffentliche Debatte darüber in Gang setzen soll, wie man der Herausforderung einer Anpassung des Arbeitsrechts an den immer stärker werdenden Ruf nach einer Flexibilisierung des Arbeitsmarkts begegnen, gleichzeitig aber auch allen Arbeitskräften einen ausgewogeneren und transparenteren Zugang zu den sozialen Rechten verschaffen kann.

Dieses Grünbuchs dürfte einen angemesseneren Rahmen für die Auseinandersetzung mit dem Status Selbständiger und den damit verbundenen Fragen der Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Vorschriften bilden als die Richtlinie.

In der Praxis wird oft im Einzelfall entschieden, ob jemand als Arbeitnehmer zu definieren ist, was von der jeweils anwendbaren Rechtsvorschrift abhängt (das ist in Dänemark, den Niederlanden, Irland, Schweden und dem Vereinigten Königreich der Fall). Viele neue Mitgliedstaaten besitzen ein konsolidiertes Arbeitsrecht (Arbeitsgesetzbuch), das eine für das gesamte Arbeitsrecht gültige Begriffsbestimmung enthält (Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik). Dort, wo es eine Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffes gibt, verweist diese oft auf das Konzept des Unterordnungsverhältnisses und legt eine Reihe von Kriterien fest, nach denen sich die einzelstaatlichen Gerichte im Einzelfall richten können (z. B. Durchführung der Arbeit unter der Aufsicht und auf Weisung eines anderen, der dafür ein Entgelt zahlt). Der Rechtsprechung kommt entscheidende Bedeutung für die Unterscheidung zwischen Beschäftigung (darunter auch die sogenannte Scheinselbständigkeit) und Selbständigkeit zu; in einigen Mitgliedstaaten wurden die Grundsätze, auf denen die geltenden Definitionen basieren, von der Rechtsprechung entwickelt (Deutschland, Frankreich, Ungarn und Schweden).

4.4. Vorübergehender Charakter der Entsendung

Gemäß Artikel 2 der Richtlinie 96/71/EG gilt als „entsandter Arbeitnehmer“ jeder Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.

Ob alle im Aufnahmeland geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen oder nur die in der Richtlinie genannten zur Anwendung kommen⁴², hängt davon ab, ob eine berufliche Tätigkeit vorübergehend oder beständig und kontinuierlich ausgeübt wird.

Je nach den Umständen kann dies schwer feststellbar sein, da sich der Begriff „Entsendung“ auf sehr unterschiedliche Fallkonstellationen erstreckt und in der Richtlinie nicht festgelegt ist, wann ein „begrenzter Zeitraum“ überschritten wäre.

⁴¹ Insbesondere solcher, die zwar rechtlich als Selbständige gelten, jedoch wirtschaftlich abhängig sind (Scheinselbständige).

⁴² U. a. die in Artikel 3 Absatz 10 erster Gedankenstrich der Richtlinie genannten.

Diese Situation ist auf Kritik gestoßen. Insbesondere wurde argumentiert, dass man –wie in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 – eine bestimmte Zeitspanne hätte festlegen können⁴³.

Diese Kritiker berücksichtigen jedoch nicht, dass die Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne der Richtlinie eine Art der Ausübung der in den Artikeln 49 und 50 des Vertrages verankerten Dienstleistungsfreiheit ist.

Würde sich nämlich die Definition des entsandten Arbeitnehmers in Sinne der Richtlinie nicht mehr mit der Definition der Dienstleistung im Sinne des Vertrages decken, so würde dies nicht nur die Rechtslage komplizieren, sondern wahrscheinlich auch den Schutz derjenigen, die vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten, einschränken.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann der Begriff „Dienstleistungen“ im Sinne des Vertrages „somit Dienstleistungen ganz unterschiedlicher Art umfassen, einschließlich solcher, deren Erbringung sich über einen längeren Zeitraum, bis hin zu mehreren Jahren, erstreckt, z. B., wenn es sich um Dienstleistungen handelt, die im Rahmen eines Großbauprojekts erbracht werden“⁴⁴.

Der Gerichtshof hat ferner entschieden, dass „der Vertrag ... keine Vorschrift [enthält], die eine abstrakte Bestimmung der Dauer oder Häufigkeit ermöglicht, ab der die Erbringung einer Dienstleistung oder einer bestimmten Art von Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat nicht mehr als eine Dienstleistung im Sinne des Vertrages angesehen werden kann“⁴⁵ und dass für die Frage, ob die Tätigkeiten des Leistenden im Aufnahmemitgliedstaat vorübergehenden Charakter haben, nicht nur die Dauer der Leistung, sondern auch ihre Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität zu berücksichtigen sind⁴⁶.

Nach denselben Grundsätzen ist zu bestimmen, ob eine Tätigkeit vorübergehend im Sinne der Richtlinie 96/71/EG ausgeübt wird⁴⁷.

4.5. Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten: Arbeitsunterbrechung wegen schlechter Witterung

In Bezug auf Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten stellten der Rat und die Kommission beim Erlass der Richtlinie fest⁴⁸, dass entsprechend der Richtlinie über die Arbeitszeitgestaltung⁴⁹ der Begriff „Ruhezeit“ jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit

⁴³ Es ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 96/71/EG nicht die soziale Sicherheit regelt. Auf diesem Gebiet ist die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 einschlägig.

⁴⁴ Urteil des Gerichtshofes vom 11. Dezember 2003 in der Rechtssache C-215/01, *Schnitzer*, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, Randnr. 30.

⁴⁵ Obiges Urteil, Randnr. 31.

⁴⁶ Obiges Urteil, Randnr. 28.

⁴⁷ Ungeachtet der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Artikeln 49 ff. EG-Vertrag haben sich Ungarn und Griechenland für eine Festlegung einer maximalen Entsendungszeit entschieden.

⁴⁸ Ratsdokument Nr. 10048/96 SOC 264 CODEC 550, Erklärung Nr. 6.

⁴⁹ Richtlinie 93/104/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 307 vom 13.12.1993, S. 18. Diese Richtlinie wurde durch die Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen

bezeichnet. Entsprechend den nationalen Rechtsvorschriften kann sich der Begriff deshalb auch auf Arbeitsunterbrechungen wegen schlechter Witterung erstrecken.

4.6. Urlaubskassensysteme

Urlaubskassensysteme wurden in einigen Mitgliedstaaten speziell für die Bauwirtschaft eingeführt. Dabei werden die von den Arbeitnehmern im Laufe des Jahres bei verschiedenen Arbeitgebern erworbenen Urlaubsansprüche zusammengerechnet. Die Arbeitgeber müssen an die Urlaubskasse Beiträge entrichten, die nach den einschlägigen innerstaatlichen Vorschriften berechnet werden. Die Auslegung von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b in Verbindung mit Buchstabe c wirft im Hinblick auf solche Systeme und insbesondere auf die Frage, wie diese Systeme mit den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten verknüpft werden können, Probleme auf.

Dieses Problem wurde bereits in der Mitteilung KOM(2003) 458⁵⁰ erörtert.

Bei Erlass der Richtlinie hatten Rat und Kommission festgestellt, dass sich die Buchstaben b und c auf Beitragszahlungen an nationale, durch Tarifvertrag oder Rechtsvorschrift eingerichtete Sozialkassen sowie auf die Leistungen aus solchen Systemen erstrecken, sofern sie nicht zum Bereich der sozialen Sicherheit gehören⁵¹.

Gemäß den in den Finalarte-Rechtssachen⁵² entwickelten Grundsätzen kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Artikel 49 und 50 EGV dem nicht entgegenstehen, dass ein Mitgliedstaat ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das eine Dienstleistung im Gebiet des ersten Mitgliedstaats erbringt, einer nationalen Regelung unterwirft, durch die den zu diesem Zweck von dem Unternehmen entsandten Arbeitnehmern Urlaubsansprüche garantiert werden, sofern zum einen die Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers keinen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen, so dass die Anwendung der nationalen Regelung des ersten Mitgliedstaats ihnen einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu ihrem sozialen Schutz beiträgt, und zum anderen die Anwendung dieser Regelung des ersten Mitgliedstaats im Hinblick auf das verfolgte im Allgemeininteresse liegende Ziel verhältnismäßig ist⁵³.

Im Finalarte-Urteil überließ es der Gerichtshof den einzelstaatlichen Gerichten, zu prüfen, ob derartige potenzielle Vorteile den entsandten Arbeitnehmern einen tatsächlichen zusätzlichen Schutz gewähren.

4.7. Mindestlohnsätze

Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung konsolidiert, ABl. L 299 vom 18.11.2003, S. 9.

⁵⁰ Siehe Abschnitt 4.2.1. dieser Mitteilung.

⁵¹ Ratsdokument Nr. 10048/96 SOC 264 CODEC 550, Erklärung Nr. 7.

⁵² Urteil vom 25. Oktober 2001, *Finalarte u. a.*, Slg. 1999, I-7877.

⁵³ Urteil *Finalarte*, a. a. O., Randnr. 51.

In den meisten Mitgliedstaaten gibt es gesetzlich festgelegte Mindestlohnsätze (Frankreich, Ungarn, Irland, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Polen, Portugal, Vereinigtes Königreich, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik). Mindestlohnsätze können auch in allgemein verbindlichen Tarifverträgen auf sektoraler oder nationaler Ebene festgelegt werden (Deutschland, Belgien, Spanien, Finnland, Frankreich, Luxemburg, Malta und Portugal). In acht Mitgliedstaaten (Deutschland, Österreich, Zypern, Dänemark, Estland, Finnland, Italien, Schweden) gibt es keine branchenübergreifenden landesweiten Mindestlöhne, und die Lohnfestsetzung erfolgt hauptsächlich durch Tarifvertrag.

Nach Artikel 3 Absatz 1 letzter Satz der Richtlinie definiert das Aufnahmeland den Begriff der Mindestlohnsätze.

Diese Begriffsbestimmung kann je nach Mitgliedstaat unterschiedlich sein, so z. B. Mindestlohnsätze, die sich auf eine bestimmte Zeitspanne – Monat oder Stunde – oder auf die Produktivität beziehen, ein einheitlicher, tarifvertraglich festgelegter Satz für alle Beschäftigten einer bestimmten Branche oder unterschiedliche Mindestlohnsätze je nach Qualifikation und ausgeübter Tätigkeit.

Die Mitgliedstaaten können auch festlegen, welche Zulagen zum Mindestlohn gehören; dies allerdings innerhalb gewisser Grenzen, darunter die vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung festgelegten.

Für den Vergleich des gezahlten Lohns mit dem Mindestlohn bestimmt Artikel 3 Absatz 7 der Richtlinie, dass Entsendungszulagen, die als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten wie z. B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten gezahlt werden, nicht als Bestandteil des Mindestlohns gelten.

Hierzu haben der Rat und die Kommission festgestellt, dass bei diesem Vergleich – sofern sich das Entgelt nicht nach einem Stundenlohn bestimmt – das Verhältnis zwischen dem Entgelt und der Anzahl der Arbeitsstunden bzw. anderen relevanten Faktoren zu berücksichtigen ist⁵⁴.

In Bezug auf andere Aspekte wird für den Vergleich mit den Mindestlohnsätzen im Aufnahmemitgliedstaat der volle Lohn herangezogen, den der Arbeitnehmer in seinem Herkunftsstaat erhält.

Eine andere Methode war Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens vor dem Gerichtshof: sie beinhaltete einen Vergleich der Einzelbestandteile des Mindestlohns im Aufnahmestaat mit den entsprechenden Bestandteilen des Lohns in einem anderen Mitgliedstaat, wodurch die Lohnstruktur des Aufnahmestaats auch den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmen aufgezwungen wurde⁵⁵. Der Gerichtshof hat die Auffassung vertreten, dass die Zulagen und Zuschläge, die nicht durch die Rechtsvorschriften oder die Praktiken des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, als Bestandteile des Mindestlohns definiert werden und die das Verhältnis zwischen der Leistung des Arbeitnehmers und der von ihm erhaltenen Gegenleistung verändern, nicht aufgrund der Richtlinie 96/71 als derartige Bestandteile betrachtet werden können.

⁵⁴ Ratsdokument Nr. 10048/96 SOC 264 CODEC 550, Erklärung Nr. 9.

⁵⁵ Urteil des Gerichtshofes vom 14. April 2005 in der Rechtssache C-341/02, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2005, I-2733.

Da die Richtlinie keine sozialversicherungsrechtlichen oder steuerrechtlichen Bestimmungen enthält, sollte der Vergleich auf der Grundlage des Bruttolohns⁵⁶ und nicht des Nettolohns erfolgen.

4.8. Leiharbeit

Nach der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die in ihrem Hoheitsgebiet geltenden Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften auch auf die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Leiharbeitsunternehmen angewandt werden (Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe d). Die Mitgliedstaaten können gemäß Artikel 3 Absatz 9 der Richtlinie vorsehen, dass entsandten Leiharbeitnehmern dieselben Bedingungen zu garantieren sind, die in dem Mitgliedstaat, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird, für Leiharbeitnehmer gelten; dazu kann gegebenenfalls auch das Diskriminierungsverbot gehören. Gibt es solche Bestimmungen nicht, so können sich die Beschäftigungsbedingungen entsandter Leiharbeiter von denen der vor Ort eingestellten Leiharbeitern unterscheiden.

Im Jahr 2002 hat die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern⁵⁷ vorgelegt, der den Schutz dieser Arbeitnehmer durch Einführung eines Diskriminierungsverbots verbessern soll. Diese beiden Rechtsinstrumenten dienen zwar unterschiedlichen Zwecken (nämlich zum einen der Koordinierung der Rechtsvorschriften in transnationalen Fällen und zum anderen der Angleichung des materiellen Rechts – unabhängig von, ob das Unternehmen grenzüberschreitend tätig ist), ergänzen sich aber insoweit, als die Anwendung des Diskriminierungsverbots den Schutz entsandter Leiharbeiter grundsätzlich verbessern dürfte.

Die vorgeschlagene Richtlinie über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern lässt den Geltungsbereich der Richtlinie jedoch unberührt⁵⁸.

Im Bericht der Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter und des Verbands der Europäischen Bauwirtschaft über die praktische Durchführung der Richtlinie im Baugewerbe werden die Probleme geschildert, die sich bei der Bestimmung des relevanten Tarifvertrags in Fällen stellen könnten, in denen die betreffende Tätigkeit entweder unter einen Tarifvertrag der Baubranche oder unter die Regelung für Leiharbeit fallen könnte.

Gleichwohl ist in jedem Tarifvertrag der jeweilige Geltungsbereich festgelegt, und grundsätzlich könnten durchaus in einem bestimmten Fall auch mehrere Tarifverträge anwendbar sein. Es ist Sache der Mitgliedstaaten und insbesondere der Sozialpartner in den Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass die Bedingungen für die Anwendung von Tarifverträgen klar und verständlich sind und dass sich die einzelnen Verträge nicht widersprechen.

4.9. Tarifverträge

⁵⁶ Siehe das in Fußnote 55 zitierte Urteil, Randnr. 29: "Abzustellen ist auf den Bruttolohn."

⁵⁷ Siehe den geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM(2002) 701.

⁵⁸ Siehe 13. Erwägungsgrund des geänderten Vorschlags für eine Richtlinie.

Tarifverträge spielen in vielen Mitgliedstaaten eine entscheidende Rolle bei der Festlegung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. In der Praxis dürften Tarifverträge die größte Bedeutung für die Mindestlohnsätze, den bezahlten Urlaub und die Arbeitszeit haben, doch auch die anderen in Artikel 3 der Richtlinie genannten Themen können in Tarifverträgen geregelt sein, was auch häufig der Fall ist. Generell impliziert die im Land übliche Normhierarchie, dass Tarifverträge den durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften gewährten Schutz verstärken.

4.9.1. Betroffene Branchen

Anders als häufig angenommen, erlaubt die Richtlinie 96/71/EG die Anwendung von Tarifverträgen auf Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat nicht nur, wenn diese im Baugewerbe tätig sind. Artikel 3 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich erstreckt sich vielmehr auch auf alle anderen Branchen.

Das Baugewerbe unterscheidet sich von anderen Branchen insoweit, als die Anwendung der in Tarifverträgen festgelegten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Baugewerbe zwingend vorgeschrieben ist. In Bezug auf andere Branchen ist es den Mitgliedstaaten hingegen freigestellt, ob sie diese Entscheidung treffen.

In der Praxis verlangt die große Mehrheit derjenigen Mitgliedstaaten, in denen Tarifverträge für allgemein verbindlich erklärt werden, dass sich in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen derjenigen Branchen, in denen die jeweiligen Tarifverträge gelten, an die in Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie genannten tarifvertraglich festgelegten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen halten.

Deutschland und Ungarn sind insoweit Ausnahmen. Dort gelten Einschränkungen auf diesem Gebiet.

4.9.2. Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen

Die Richtlinie 96/71/EG bestimmt, dass immer dann, wenn die in Artikel 3 Absatz 1 aufgeführten tarifvertraglichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Aufnahmeland für Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat gelten sollen, diese Tarifverträge für allgemein verbindlich erklärt werden müssen.

Diese Voraussetzung wurde gelegentlich kritisiert mit der Begründung, sie schaffe Unsicherheit hinsichtlich der anwendbaren Rechtsvorschriften in Mitgliedstaaten, die nicht über ein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verfügen, was z. B. in Schweden, Dänemark, Malta und dem Vereinigten Königreich der Fall ist. Hierzu ist festzustellen, dass Mitgliedstaaten, in denen es kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gibt, gemäß Artikel 3 Absatz 8 zweiter Gedankenstrich der Richtlinie Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten auch Tarifverträgen unterwerfen können, die de facto allgemein verbindlich sind⁵⁹, weil sie entweder in der

⁵⁹ Siehe Abschnitt 4.1.2.1 der Mitteilung KOM(2003) 458.

jeweiligen Branche und Region zur Anwendung kommen oder weil sie von den repräsentativsten Sozialpartnern auf nationaler Ebene geschlossen wurden.

Tatsächlich haben die meisten Mitgliedstaaten, die von dieser Möglichkeit hätten Gebrauch machen können, dies bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht nicht ausdrücklich erklärt. Die Anwendbarkeit von Artikel 3 Absatz 8 zweiter Gedankenstrich und dessen Verhältnis zu anderen Bestimmungen der Richtlinie, insbesondere zu Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c sowie zum Primärrecht, insbesondere zu Artikel 49 EG-Vertrag, ist derzeit Gegenstand von Fragen, die das schwedische Arbeitsgericht dem Europäischen Gerichtshof im Fall Vaxholm vorgelegt hat⁶⁰.

Artikel 3 Absatz 8 ist eindeutig zu entnehmen, dass die Anwendbarkeit von Tarifverträgen auf diesem Gebiet die Gleichbehandlung von im Aufnahmeland ansässigen Unternehmen und Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat sicherstellen soll. Dieser und andere Fälle zeigen, dass die Durchführung der Richtlinie in diesem Punkt die Rechtssicherheit für die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Unternehmen beeinträchtigen kann, da diese Durchführung von einem System abhängt, das nicht im Voraus absehbar ist, da es sich aus den Tarifverhandlungen der Sozialpartner ergibt.

Andererseits ist 22. Erwägungsgrund der Richtlinie zu berücksichtigen, in dem es heißt, dass diese Richtlinie nicht das Recht der Mitgliedstaaten über kollektive Maßnahmen zur Verteidigung beruflicher Interessen berührt.

4.10. Abweichungsmöglichkeiten

Zahlreiche Bedenken wurden gegen die in Artikel 3 Absätze 3, 4 und 5 vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten geäußert, die es den Mitgliedstaaten erlauben, die Mindestlohnsätze dann nicht zu gewährleisten, wenn die Dauer der Entsendung einen Monat nicht übersteigt, oder die Mindestlohnsätze und den bezahlten Mindesturlaub nicht zu garantieren, wenn der Umfang der zu verrichtenden Arbeiten gering ist. Es ist jedoch einzuräumen, dass diese Abweichungsmöglichkeiten keine große praktische Bedeutung besitzen, da die meisten Mitgliedstaaten davon keinen Gebrauch machen.

Folgende Mitgliedstaaten haben von der Möglichkeit des Artikels 3 Absätze 3, 4 und 5 Gebrauch gemacht:

Spanien wendet eine Ausnahme von Artikel 3 Absatz 1 Buchstaben b und c an bei Reisen von weniger als acht Tagen, außer bei Entsendungen im Rahmen von Leiharbeit. Malta macht von der gemäß Artikel 3 Absatz 3 der Richtlinie zulässigen Ausnahme Gebrauch. Slowenien hat mit Zustimmung der Sozialpartner ein System der Gegenseitigkeit eingeführt. Das Arbeitsgesetzbuch der Tschechischen Republik sieht die Möglichkeit einer Abweichung von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe c vor, wenn der Zeitraum der Entsendung nicht mehr als einen Monat innerhalb eines zwölfmonatigen Bezugszeitraums beträgt, sowie die Möglichkeit einer Abweichung von Artikel 3 Absatz 1 Buchstaben b und c, wenn die betreffende Tätigkeit nicht länger als 22 Tage innerhalb eines zwölfmonatigen Bezugszeitraums dauert.

⁶⁰ C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Svenska Byggnadsarbetareförbundets avd. 1, Byggettan Svenska Elektrikerförbundet*.

Soweit sich diese Ausnahmen auch auf Vorschriften über den bezahlten Mindestjahresurlaub beziehen, gehen sie übrigens über das hinaus, was Artikels 3 Absätze 3, 4 und 5 vorsieht.

Generell ist jedoch nicht zu erkennen, dass die Nutzung derart eingeschränkter Abweichungsmöglichkeiten die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs konkret erschweren könnte.

5. INFORMATION, VERWALTUNGSZUSAMMENARBEIT UND DURCHSETZUNG

5.1. Information über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen im Aufnahmeland

Die ordnungsgemäße Anwendung der Richtlinie erfordert einen Zugang zu Informationen über die gemäß Richtlinie anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Unter welchen Bedingungen dieser Zugang gewährt werden muss, ist in Artikel 4 über die Zusammenarbeit im Informationsbereich festgelegt.

Die bei Sozialpartnern, nationalen Behörden, Unternehmen und sonstigen Interessenträgern eingeholten Auskünfte lassen auf schwere Mängel beim Zugang zu Informationen in den Mitgliedstaaten schließen.

In ihrer Mitteilung KOM(2003)458 hat die Kommission eingeräumt, dass die Schwierigkeit der Suche nach Informationen die Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigt. Sie hat vorgeschlagen, eine Gruppe einzurichten, der von den nationalen Behörden benannte Experten angehören könnten und die untersuchen würde, wie der Zugang zu Informationen über die auf entsandte Arbeitnehmer im Aufnahmeland anwendbaren Rechtsvorschriften auf verschiedene Art verbessert werden kann.

Deshalb haben die Kommissionsdienststellen die Arbeit der Gruppe nationaler Experten im Rahmen der praktischen Anwendung der Richtlinie unterstützt. Die Sachverständigen haben betont, wie wichtig es ist, angemessene Informationsstrukturen zu schaffen, und sie haben die Listen der Verbindungsbüros und Aufsichtsbehörden in den Mitgliedstaaten neu geordnet und veröffentlicht⁶¹.

Ende Januar 2004 hat die Kommission innerhalb des Portals www.europa.int⁶² eine Website eingerichtet, die ausschließlich der Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen gewidmet ist. Auf dieser von ihrer Konzeption her „lebenden“ Website finden sich Links zu den Websites der Mitgliedstaaten zum Thema „Arbeitnehmerentsendung“ bzw. – wo es eine solche Website nicht gibt – zu den Websites zum nationalen Arbeitsrecht.⁶³ Die nationalen Sachverständigen haben sich sehr positiv zur neuen Website geäußert und sich verpflichtet, ihre eigenen Websites weiterzuentwickeln und zu aktualisieren. Seither hat die Zahl der einschlägigen nationalen Websites zugenommen,

⁶¹ http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/docs/liaisonoffices_de.pdf.

⁶² http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/postingofworkers_de.htm.

⁶³ http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/labour_law/postingofworkers_de.htm#7.

und immer mehr Informationen auf diesen Websites sind auch in anderen Sprachen als der jeweiligen Amtssprache verfügbar.

Mehrere Mitgliedstaaten haben Informationsblätter oder Broschüren erstellt und veröffentlicht, die bisweilen sogar auf bestimmte Mitgliedstaaten zugeschnitten sind (dies ist beispielsweise in Frankreich der Fall). Sie sind in den wichtigsten im Herkunftsland verwendeten Sprachen verfügbar. Auch dies stellt jedoch nicht die allgemeine Praxis dar.

Neben den Verbindungsbüros haben die Mitgliedstaaten folgende Informationsquellen angegeben:

Deutschland	Website: www.zoll.de – Aktuelles – Finanzkontrolle Schwarzarbeit – Arbeitnehmer-Entsendegesetz, www.soka-bau.de ; Mitteilung zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz; Informationsblätter zur deutschen Urlaubs- und Lohnausgleichskasse in mehreren Sprachen
Österreich	Website: www.bmwa.gv.at – Themen – Arbeitsrecht und Arbeitsschutz – Arbeitsrecht – Grenzüberschreitende Entsendungen oder Überlassungen in der EU
Belgien	Website: www.meta.fgov.be – Schlüsselwörter – Entsendung; Informationsblätter zu bestimmten einschlägigen Gesetzen
Tschechische Republik	Website: www.mpsv.cz
Dänemark	Website: www.posting.dk
Spanien	Website: www.mtas.es (Guía Laboral des Arbeitsministeriums), www.boe.es (Boletín Oficial del Estado)
Estland	Website: www.tie.ee (Arbeitsaufsichtsbehörde), www.legaltexts.ee (Rechtsvorschriften), www.sm.ee (Sozialministerium), www.ametlikudteadaanded.ee (Kollektivverträge, in estnischer Sprache)
Finnland	Website: www.finlex.fi/normit/index (allgemeine Kollektivverträge); Broschüren zum Arbeitsrecht, unter anderem auf der Website www.mol.fi ; die finnische Gewerkschaftsorganisation SAK hat in Tallin eine Informationsstelle für Fragen zum Thema Beschäftigung in Finnland eingerichtet, www.suomi.fi (Beschäftigung und Unternehmertum)
Frankreich	Nationale Telefon-Hotline (0 825 347 347); innerhalb von fünf Tagen Beantwortung von Fragen, die über das Portal des Arbeitsministeriums übermittelt werden (www.travail.gouv.fr); allgemeines Informationsblatt; Broschüren für alle EU-Mitgliedstaaten, vor allem aber für die neuen Mitgliedstaaten
Ungarn	Website: www.afsz.hu

Irland	Website: www.entemp.ie , www.justice.ie , www.labourcourt.ie (Kollektivverträge)
Italien	Website: www.welfare.gov.it/eures/default .
Lettland	Websites: www.vdi.lv , www.nva.lv
Litauen	Websites: www.vdi.lt , www.lrs.lt (Rechtsvorschriften)
Luxemburg	Website: www.itm.public.lu – Arbeitsrecht
Malta	Website: www.education.gov.mt
Niederlande	Websites: www.szw.nl , www.caoswz.nl (Rechtsvorschriften); Telefonischer Informationsdienst (+31 (0) 800-9051); E-Mail (info@szw.nl)
Polen	Website: www.pip.gov.pl/start/menu-obco.htm ; Informationsbroschüren
Portugal	Website: www.igt.gov.pt .
Vereinigtes Königreich	Websites: www.dti.gov.uk/er/individual.htm ; www.dti.gov.uk/er/Richtlinie .htm , www.dti.gov.uk , www.homeoffice.gov.uk
Slowakei	Website: www.safework.gov.sk
Slowenien	Website: www.gov.si/mddsz
Schweden	Websites: www.av.se/english/about_us/posting_of_workers.shtm , www.riksdagen.se (Rechtsvorschriften)

Auf der Grundlage eines von den zuständigen Kommissionsdienststellen ausgearbeiteten Vorschlags wurde innerhalb der Gruppe nationaler Sachverständiger vereinbart, „Ländermerkblätter“ herauszugeben, die die wichtigsten Informationen über die in den einzelnen Mitgliedstaaten anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthalten.

Die Merkblätter werden unter Verantwortung der jeweiligen Mitgliedstaaten erstellt und auf der Website der Kommission veröffentlicht. Sie werden eine knappe Darstellung der wichtigsten in den einzelnen Mitgliedstaaten zu beachtenden Vorschriften enthalten und diese damit für Arbeitnehmer und Dienstleister leicht zugänglich machen.

Entwürfe dieser Merkblätter werden derzeit von den Kommissionsdienststellen in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten ausgearbeitet und sollen noch im Jahr 2006 veröffentlicht werden.

Die Sozialpartner der Bauwirtschaft auf europäischer Ebene, die Europäische Föderation der Bau- und Holzarbeiter und der Verband der Europäischen Bauwirtschaft, führen derzeit ein Projekt zur Errichtung einer Datenbank über die Durchführung der Richtlinienbestimmungen durch. Dieses Projekt wird von der Europäischen Kommission finanziert. In die Datenbank sollen alle gesetzlichen und tarifvertraglichen Vorschriften aufgenommen werden, die für die Bauwirtschaft gelten und die bei der Entsendung von Arbeitnehmern zu beachten sind.

Wenngleich die Sozialpartner eine wichtige Rolle bei der Information über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in „ihren“ jeweiligen Ländern spielen, liegt die Hauptverantwortung hierfür nach wie vor bei den nationalen Verbindungsbüros, und diese dürfen nicht der Versuchung erliegen, Informationsanfragen systematisch an die Sozialpartner weiterzuleiten.

Trotz der Anstrengungen, die im Hinblick auf einen verbesserten Zugang zu Informationen über die nach der Richtlinie geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen unternommen wurden, sind sich die Kommissionsdienststellen der Tatsache bewusst, dass die Situation weiterhin in vielerlei Hinsicht unbefriedigend ist und dass die nationalen Behörden noch mehr tun müssen, wenn die Ziele der Richtlinie erreicht werden sollen.

5.2. Verwaltungszusammenarbeit: Überwachungsbehörden und Verbindungsbüros

5.2.1. Kontrollmaßnahmen

Die Aufnahmemitgliedstaaten haben verschiedene Maßnahmen getroffen, um die Einhaltung der in Artikel 3 der Richtlinie genannten Beschäftigungsbedingungen zu kontrollieren. Bei der Durchführung solcher Maßnahmen müssen die Mitgliedstaaten jedoch Artikel 49 EG-Vertrag beachten und dürfen daher keine ungerechtfertigten oder unverhältnismäßigen Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt schaffen oder einführen. Folgende Kontrollmaßnahmen waren bereits Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung:

- Verpflichtung, einen Vertreter im Aufnahmestaat zu benennen;
- Verpflichtung zu einer vorherigen Anmeldung bei den Behörden des Aufnahmestaats;
- Verpflichtung zur vorherigen Einholung einer Genehmigung oder zur vorherigen Registrierung;
- Verpflichtung zur Bereithaltung von Sozialversicherungsunterlagen im Aufnahmestaat und/oder unter Einhaltung der in diesem Staat vorgeschriebenen Bedingungen.

Im Anschluss an die vom Europäischen Parlament am 16. Februar 2006 beschlossene legislative Entschließung zum Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt hat die Kommission einen geänderten Vorschlag vorgelegt, der die Artikel 24 und 25 (spezielle Vorschriften für die Entsendung von Arbeitnehmern) nicht mehr enthält. Die Kommission hat sich deshalb zu einer Klärung der Pflichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Entsendung von Arbeitnehmern verpflichtet. Sie will ihnen Leitlinien an die Hand geben, damit sichergestellt ist, dass sie sich an das geltende Gemeinschaftsrecht halten, so wie es vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Artikel 49 EG-Vertrag ausgelegt worden ist.

Eine andere Mitteilung befasst sich eingehend mit den oben genannten vier Arten von Kontrollmaßnahmen, so dass wir an dieser Stelle nicht mehr näher darauf eingehen.

5.2.2. Verwaltungszusammenarbeit

Auch die Verwaltungszusammenarbeit zwischen den einzelstaatlichen Behörden bei der Bereitstellung von Informationen ist verbesserungsbedürftig.

In der Richtlinie sind klare Verpflichtungen festgelegt, was die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden anbelangt, insbesondere wenn es um transnationale Aktivitäten geht, bei denen der Verdacht der Illegalität besteht.

Während einige Mitgliedstaaten bereits beträchtliche Anstrengungen unternehmen, um dieses Ziel zu erreichen, müssen andere ihre Anstrengungen noch verstärken, um Artikel 4 der Richtlinie nicht nur dem Buchstaben nach, sondern auch dem Geiste nach umzusetzen.

Der Bericht der Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter und des Verbands der Europäischen Bauwirtschaft gelangt zu einer sehr kritischen Einschätzung, was die Verwaltungszusammenarbeit anbelangt: die Zahl der Mitarbeiter sei häufig unzureichend, es gebe nur sehr wenige Informationsanfragen und die Verbindungsbüros und Überwachungsbehörden erteilten häufig gar keine oder lediglich vage Auskünfte.

Die zuständigen Dienststellen der Kommission haben auf diese Situation reagiert und die Mitgliedstaaten aufgefordert dafür zu sorgen, dass die als Verbindungsbüros und/oder Überwachungsbehörden benannten Stellen sich ihrer Rolle als „Mittler“ im Rahmen der europäischen Zusammenarbeit in vollem Umfang bewusst sind. Sie äußerten die Auffassung, dass die Benennung einer bestimmten Person oder einer bestimmten operativen Dienststelle als Ansprechpartner sinnvoller sei als die Benennung einer großen anonymen Struktur.

Im Übrigen hat sich in den Diskussionen der Sachverständigengruppe gezeigt, dass viele der im Zusammenhang mit der Verwaltungszusammenarbeit aufgetretenen Schwierigkeiten auf sprachliche Probleme zurückzuführen sind. Dies ist einer der Gründe, aus denen die Gruppe beschlossen hat, ein Standardformblatt zur Erleichterung des Informationsaustauschs zu erstellen. Die Expertengruppe hat dieses Formblatt im Jahr 2005 fertiggestellt.

Eine andere Kommissionsinitiative betrifft die Erarbeitung von „Kooperationsstandards“, die bestimmte Grundprinzipien einer guten Zusammenarbeit beinhalten und hilfreich sein können für die Strukturierung und Implementierung der Verwaltungszusammenarbeit. Die Expertengruppe hat sich auf einen Verhaltenskodex für Kooperationsstandards geeinigt. Dieser Verhaltenskodex muss nun von den nationalen Behörden in ihre Praxis bei der Beantwortung von Anfragen der Behörden anderer Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Im Bestreben, es den Überwachungsbehörden zu ermöglichen, mehr über die Aufsichtssysteme in anderen Mitgliedstaaten zu erfahren, haben die zuständigen Kommissionsdienststellen

einen Informationsaustausch innerhalb der Gruppe nationaler Sachverständiger auf den Weg gebracht über Organisation und Funktionsweise der verschiedenen Arbeitsaufsichtssysteme⁶⁴.

Dieser Informationsaustausch hat deutlich gemacht, dass Konzepte, Zuständigkeiten und Aufsichtsverfahren sich von einem Land zum anderen deutlich voneinander unterscheiden. Es wurden verschiedene Aspekte beleuchtet, zu denen auch im Rahmen der Fragebogenaktion Informationen erhoben wurden:

Mitgliedstaat	Umfassendes System / begrenztes System	Ebene (national/regional/lokal)	Auslösefaktoren für Inspektionen	Mittel zur Beseitigung festgestellter Mängel, Sanktionen
Frankreich	Umfassendes System, das u. a. folgende Bereiche abdeckt: Sozialpläne, kollektive Rechte, Unternehmensregistrierung, illegale Beschäftigung, Scheinselbstständigkeit, Scheinausbildungsverhältnisse	Interministerielle Organisation; z. T. Aufteilung der Verantwortlichkeiten zwischen verschiedenen Stellen		Vorübergehende Stilllegung des Betriebs; Beobachtung, Verwarnung, Klage vor Gericht
Spanien	Umfassendes System, das u. a. folgende Bereiche abdeckt: soziale Sicherung, Schattenwirtschaft, Scheinselbstständigkeit, Arbeitsbeziehungen	Dezentralisiert: 17 Regionen, aber zentrale Koordinierungsbehörde	Jährliche Zielplanung (nach Konsultation mit den zuständigen Stellen): Festlegung von Zahlen und Kriterien für Kontrollen; Beschwerden	Vorübergehende Stilllegung des Betriebs; Eingabe, verwaltungsrechtliche Sanktionen, Klage vor Gericht
Vereinigtes Königreich	Begrenztes System: Sicherheit und Gesundheitsschutz, Mindestlohn	Gemeinsame Organisation: Health & Safety Executive und örtliche Behörden – in Abhängigkeit vom jeweiligen Risiko		Mindestlohn: verwaltungsrechtliche Sanktionen; Sicherheit und Gesundheitsschutz: verwaltungsrechtliche Sanktionen, Freiheitsstrafen, Entzug der Gewer-

⁶⁴ Zu diesem Themenfeld wurde ein Fragebogen ausgearbeitet und den Mitgliedstaaten übersandt. Die mit Hilfe des Fragebogens erhobenen Informationen wurden der Sachverständigengruppe mitgeteilt und weiter diskutiert. Die Gruppe hat beschlossen, diese Informationen durch Veröffentlichung auf der Website der Kommission zu verbreiten.

				beerlaubnis
Dänemark	Begrenztes System: Arbeitsumgebung; keine Ex-ante-Kontrollen zu den Arbeitsbedingungen			
Deutschland	Kombiniertes System: Sicherheit und Gesundheitsschutz; Schwarzarbeit, transnationale Entsendung	Sicherheit und Gesundheitsschutz: regionale Ebene; Schwarzarbeit und Entsendung: Abteilung Finanzkontrolle Schwarzarbeit (17 zuständige Stellen)	Meldung: frühere Unregelmäßigkeiten (in 15 % der Fälle); Beschwerden und Anzeigen, alle 6 bis 8 Wochen Festlegung der prioritären Sektoren	
Luxemburg	Umfassendes System: Sicherheit und Gesundheitsschutz und Arbeitsrecht	Nationale Ebene		Vorübergehende Stilllegung des Betriebs (Struktur-reformen); Abmahnung, strafrechtliche Sanktionen (auch für die Kunden); über 200 Verfahren zur Einstellung der Tätigkeit
Belgien	Sondersystem: Sozialgesetzgebung, Sicherheit und Gesundheitsschutz und soziale Sicherung	Dienststellen auf föderaler und regionaler Ebene Dezentralisiertes System Interdisziplinäre Einheiten	Beschwerden oder Kontrollen aus eigener Initiative	Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Strafverfahren
Schweden	Begrenztes System: Arbeitsumgebung; keine Ex-ante-Kontrollen zu den Arbeitsbedingungen	Dezentralisiert: 10 Bezirke, aber zentrale Koordinierungsbehörde	Planung auf der Grundlage einer Analyse von Statistiken, Risiken, Sektoren und Unfällen sowie eines Aktivitätsplans, geregelt durch interne Rou-	Arbeitsumgebungs-behörde (gerichtliche Verfügung, Verbote, Geldbußen), Ombudsmann (Diskriminierung), Überwachung durch die Tarifpartner, gerichtliche Verfahren bei

			tings, Beschwerden	Gesetzesverstößen
Finnland	Umfassendes System: Sicherheit und Gesundheitsschutz und Arbeitsrecht	8 Regionen; Inspektionsstelle für ausländische Beschäftigte		Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen
Malta			Insbesondere Beschwerden	
Polen	Umfassendes System	Hauptarbeitsinspektorat und 16 Regionalämter	Routinemäßige Kontrollen, Beschwerden	Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen
Tschechische Republik	Umfassendes System: Arbeitsgesetzbuch	77 Regionalämter; Sicherheit und Gesundheitsschutz: besondere Behörde	Von Amts wegen, Beschwerden	Verwaltungsrechtliche Sanktionen
Ungarn	Umfassendes System	19 Regionalämter	Von Amts wegen	
Litauen			Beschwerden, Kontrollen nach dem Zufallsprinzip, bestimmte Arten von Unternehmen	
Österreich	Begrenztes System: Sicherheit und Gesundheitsschutz, Arbeitszeit	Zentral-Arbeitsinspektorat und 19 regionale Arbeitsinspektorate	Von Amts wegen, Beschwerden	Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Klage vor Gericht
Zypern	Sicherheit und Gesundheitsschutz	4 Regionalämter		
Griechenland	Umfassendes System: Arbeitsrecht	Nationale Ebene	Meistens Kontrollen auf der Grundlage einer Planung, Beschwerden	
Irland	Arbeitsbedingungen, ausgenommen Sicherheit und Gesundheitsschutz (Health and Safety Authority)	Nationale Ebene	Meistens Beschwerden, auch routinemäßige Kontrollen	Verwaltungsrechtliche Sanktionen

Lettland	Umfassendes System: Arbeitsrecht, Arbeitsschutz	7 regionale Aufsichtsbehörden und 19 Regionalämter	Kontrollen und Organisation von Kampagnen	Verwaltungsrechtliche Sanktionen
Slowakei	Umfassendes System	Allgemeine Arbeitsaufsicht, 8 regionale Aufsichtsbehörden		Verwaltungsrechtliche Sanktionen
Slowenien	Sicherheit und Gesundheitsschutz	3 Aufsichtsbehörden und 14 regionale Stellen	Von Amts wegen	Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Klage vor Gericht
Portugal	Umfassendes System	Nationale Ebene, 32 regionale Dienststellen	Aktivitätenplan, jährliche Berichterstattung und Organisation von Kampagnen, routinemäßige Kontrollen und vorausgehende Kontakte zu den Sozialpartnern	Verwaltungsrechtliche Sanktionen (keine Geldstrafen), vorübergehende Einstellung der Tätigkeit
Niederlande	Gemischtes System: Sicherheit und Gesundheitsschutz, illegale Beschäftigung und – in beschränktem Umfang – Arbeitsrecht	Nationale Ebene		

Während es in einigen Mitgliedstaaten mehrere Tausend Arbeitsinspektoren gibt, die in ein integriertes System eingebunden sind (die deutschen Behörden beispielsweise führten im Jahr 2003 37 000 Kontrollen durch, die zur Verhängung von 21 000 Geldstrafen auf der Grundlage des deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes führten), sind entsprechende Kontrollen in anderen Mitgliedstaaten (z. B. Vereinigtes Königreich, Dänemark, Schweden) wesentlich seltener.

Trotz dieser Unterschiede erscheint eine stärkere Zusammenarbeit zwischen den Arbeitsaufsichtsbehörden in Fragen der Anwendung der Entsenderichtlinie als notwendig und sinnvoll. Als ersten Schritt hat die Expertengruppe beschlossen, die Arbeitsaufsichtsbehörden und sonstige Aufsichtsorgane stärker in die Arbeit der Gruppe einzubeziehen; ab 2006 wird mindestens einmal jährlich eine Sitzung stattfinden, auf der Fragen der Überwachungspraxis diskutiert werden.

Die in diesem Bericht zusammengetragenen Informationen zeigen, dass die Informations- und Verwaltungszusammenarbeit noch erheblich verbessert werden kann, u. a. durch Ermittlung

und Verbreitung von Best Practices. Zwar ist es Sache der Mitgliedstaaten, die notwendigen Voraussetzungen für eine gut funktionierende Verwaltungszusammenarbeit zu schaffen, hat die Kommission dafür zu sorgen, dass die Mitgliedstaaten ihren Verpflichtungen aus Artikel 4 der Richtlinie nachkommen. In einer anderen Mitteilung gibt die Kommission Orientierungen vor, denen die Mitgliedstaaten folgen sollten, wenn die von der Richtlinie verfolgten Ziele auf effektivere Weise erreicht werden sollen.

5.3. Maßnahmen im Falle der Nichteinhaltung der Richtlinie und transnationale Vollstreckung von Geldstrafen

In der Richtlinie selbst ist nicht geregelt, was bei Nichteinhaltung ihrer Bestimmungen geschehen soll, sondern es bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, die entsprechenden Instrumente auszuwählen. Aus den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts ergibt sich jedoch, dass entsprechende Instrumente so geartet sein müssen, dass sie den Betroffenen einen wirksamen Schutz ihrer Rechte garantieren. Dies erfordert insbesondere die Einführung geeigneter Rechtsbehelfe sowie von Sanktionen, die wirksam, angemessen und abschreckend sind. Die grundlegenden Bedingungen und die Verfahren im Zusammenhang mit der Verhängung von Sanktionen müssen ihrer Art und Bedeutung nach vergleichbar sein mit denen, die im Falle eines Verstoßes gegen nationales Recht Anwendung finden.

Zusätzlich zu den in der Richtlinie 96/71/EG vorgesehenen gerichtlichen Verfahren zur Durchsetzung der Anforderungen verfügen alle Mitgliedstaaten über ein System strafrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Sanktionen, die im Falle der Nichteinhaltung der Richtlinie Anwendung finden. Art und Ausgestaltung der Sanktionen hängen grundsätzlich von Art und Schwere des Verstoßes ab.

Angesichts des transnationalen Charakters der Aktivitäten, die Gegenstand der Richtlinie sind, sind die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung von Geldstrafen (insbesondere) im Land der Niederlassung des entsendenden Unternehmens von entscheidender Bedeutung.

Da es an einem gemeinsamen Instrument zur gegenseitigen Anerkennung und Rechtsdurchsetzung fehlt⁶⁵, bereitet dieser Aspekt erhebliche praktische Probleme. Wie jedoch bereits in der Mitteilung KOM(2003) 458 festgestellt, dürfte sich die Situation mit der Annahme und Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI des Rates über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen⁶⁶ verbessern.

⁶⁵ Derzeit werden diese Fragen hauptsächlich durch internationale Übereinkommen geregelt, von denen allerdings keines von allen Mitgliedstaaten ratifiziert wurde. Zu nennen sind hier insbesondere das Übereinkommen vom 11. Juni 1990 über die Übertragung der Strafverfolgung, das Übereinkommen zwischen den EG-Mitgliedstaaten von 1991 über die Vollstreckung ausländischer Strafurteile, das Europäische Übereinkommen (Europarat) von 1970 über die internationale Geltung von Strafurteilen und das Europäische Übereinkommen (Europarat) von 1972 über die Übertragung der Strafverfolgung.

⁶⁶ Siehe Ratsdokument 6838/04 COPEN 24. Politische Einigung über den Entwurf des Rahmenbeschlusses wurde auf der Ratstagung (JI) vom 8. Mai 2003 erzielt auf der Grundlage der Ratsdokumente 16321/03 COPEN 134 und 16321/01 COPEN 134 Add 1. Der Rahmenbeschluss 2005/214/JI des Rates wurde am 24. Februar 2005 angenommen, ABl. L 76/16.

Anlässlich einer ausführlichen Präsentation durch die zuständigen Kommissionsdienststellen hat sich die Gruppe nationaler Sachverständiger positiv zu dem Rahmenbeschluss geäußert und die Frage erörtert, wie er im Kontext der Richtlinie 96/71/EG angewandt werden könnte. Die Gruppe gelangte zu der Auffassung, dass der Beschluss ein Instrument von unschätzbarem Wert sein werde, um die Einhaltung der in der Richtlinie genannten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu gewährleisten, wie auch ein Instrument zur Lösung der bestehenden Probleme.

Auf einen Vorschlag der Kommissionsdienststellen hin hat die Gruppe die Frage des in Artikel 5 Absatz 3 des Entwurfs de Rahmenbeschlusses festgeschriebenen Prinzips der beiderseitigen Strafbarkeit geprüft, dem zufolge der Vollstreckungsstaat die Anerkennung und Vollstreckung einer Entscheidung davon abhängig machen kann, dass die Entscheidung sich auf Handlungen bezieht, die nach dem Recht des Vollstreckungsstaates eine Straftat darstellen würden.

Die Gruppe war der Auffassung, dass diese Möglichkeit, die Vollstreckung einer Geldstrafe zu verweigern, im Kontext der Richtlinie 96/71/EG insofern irrelevant sei, als Artikel 5 Absatz 1 letzter Gedankenstrich in Kombination mit Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b „Straftatbestände, die vom Entscheidungsstaat festgelegt wurden und durch Verpflichtungen abgedeckt sind, die sich aus im Rahmen des EG-Vertrags erlassenen Rechtsakten ergeben“, denjenigen Straftatbeständen zurechne, für die bei Fehlen einer beiderseitigen Strafbarkeit nicht die Möglichkeit einer Verweigerung der Vollstreckung vorgesehen sei.

Im Übrigen sehen alle Mitgliedstaaten in ihren Rechtsvorschriften Sanktionen vor für den Fall, dass den in der Richtlinie 96/71/EG festgelegten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht nachgekommen wird (siehe hierzu Artikel 5 der Richtlinie).

5.4. Gesamtschuldnerische Haftung

Das Europäische Parlament⁶⁷ und verschiedene Sozialpartner unterstützen das Prinzip der gesamtschuldnerischen Haftung von General- oder Hauptunternehmern für die Einhaltung der Verpflichtungen von Subunternehmern gegenüber ihren Beschäftigten, weil Unternehmer dadurch in stärkerem Maße verpflichtet werden, die Einhaltung des Arbeitsrechts durch ihre Geschäftspartner zu überwachen.

Dem System der gesamtschuldnerischen Haftung werden bestimmte Vorteile für entsandte Arbeitnehmer zugeschrieben. Zu nennen sind insbesondere folgende Aspekte:

- Entsandten Arbeitnehmern wird eine zusätzliche Möglichkeit des Rechtsbehelfs an die Hand gegeben, die besonders hilfreich sein kann in Fällen, in denen der Arbeitgeber „verschwindet“ oder zahlungsunfähig wird.
- Für Unternehmen, die Bauarbeiten an Subunternehmer vergeben, werden starke Anreize geschaffen, dafür Sorge zu tragen, dass sich entsandte Arbeitnehmer in einer „regulären“ Situation befinden.

⁶⁷ Ziffern 6 und 9 der Entschließung P5_TA(2004)0030 vom 15.1.2004.

- Unternehmen werden davon abgehalten, Arbeiten an Subunternehmer zu vergeben, wenn ernsthafte Zweifel an der Bereitschaft und/oder Fähigkeit dieser Unternehmen bestehen, den in den Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie festgelegten Bestimmungen nachzukommen.

Dies kann jedoch auch dazu führen, dass die Bereitschaft, Unteraufträge an ausländische Unternehmen zu vergeben, sinkt, was wiederum die Frage aufwirft, ob solche Rechtsvorschriften praktisch die Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen.

Deutschland, Spanien, Italien, Österreich, die Niederlande und Portugal wenden allesamt Systeme einer gesamtschuldnerischen Haftung an, die sich allerdings voneinander unterscheiden. In einigen Fällen (Deutschland, Spanien, Italien und Niederlande) können die Arbeitnehmer ihre Ansprüche direkt und unmittelbar gegenüber dem Generalunternehmer geltend machen, in anderen Fällen (etwa in Österreich) kann der Generalunternehmer erst dann in die Haftung genommen werden, wenn die Ansprüche zunächst gegenüber dem direkten Arbeitgeber geltend gemacht wurden. Spanien und Portugal verfügen über spezifische Vorschriften zur gesamtschuldnerischen Haftung im Falle von Leiharbeit.

Die einschlägigen französischen Rechtsvorschriften erlegen dem Hauptunternehmer eine Sorgfaltspflicht auf: in Bezug auf seine Subunternehmer hat er verschiedene Formalitäten zu erfüllen, um sicherzustellen, dass die betreffenden Unternehmen im Einklang mit dem geltenden Arbeitsrecht geführt werden. Eine Verletzung der Sorgfaltspflicht hat jedoch derzeit nicht die Verhängung einer Geldstrafe zur Folge.

Der Europäische Gerichtshof hat unlängst ein Urteil verkündet zu den einschlägigen deutschen Rechtsvorschriften, die eine gesamtschuldnerische Haftung des Generalunternehmers in Bezug auf die Zahlung des Mindestlohns durch seine Nachunternehmer vorsehen.

In seinem Urteil vom 12. Oktober 2004 in der Rechtssache *Wolff & Müller*⁶⁸ hat der Gerichtshof entschieden, dass die Mitgliedstaaten gemäß Richtlinie 96/71/EG verpflichtet sind, dafür zu sorgen, dass Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern die Zahlung des Mindestlohns garantieren; zwar verfügten die Mitgliedstaaten über ein weites Ermessen bei der Festlegung der Form und der Art und Weise der geeigneten Verfahren, doch müssten sie bei der Ausübung dieses Ermessens die im Vertrag verankerten Grundfreiheiten beachten.

Der Gerichtshof hat sich nicht eindeutig dazu geäußert, ob die deutschen Vorschriften die Dienstleistungsfreiheit einschränken, und gab dem vorlegenden Gericht (dem deutschen *Bundesarbeitsgericht*) auf, zu prüfen, ob die Maßnahme zusätzliche Kosten und/oder Belastungen verursacht.

Weiterhin führte der Gerichtshof aus, dass der Schutz der Arbeitnehmer einer der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses sei, die Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können, und dass die Verfahrensmodalitäten zur Durchsetzung eines Anspruchs,

⁶⁸ Urteil des Gerichtshofes vom 12. Oktober 2004 in der Rechtssache C-60/03, *Wolff & Müller*, Slg.2004, I-9553.

der einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstelle, ebenfalls als geeignet angesehen werden müssten, diesen Schutz zu gewährleisten.

Der Gerichtshof stellte fest, dass die deutschen Schutzvorschriften neben dem ersten Schuldner des Mindestarbeitslohns einen zweiten Schuldner vorsähen und dass damit der Schutz der entsandten Arbeitnehmer gewährleistet werde und dem zwingenden Erfordernis der Verhinderung eines unlauteren Wettbewerbs Genüge getan werde. Der Gerichtshof gelangte daher zu dem Schluss, dass die Dienstleistungsfreiheit einer gesamtschuldnerischen Haftung zum Zwecke des Schutzes des Mindestarbeitslohns nicht entgegenstehe, und zwar auch dann nicht, wenn der Schutz des Entgelts der Arbeitnehmer nicht vorrangiges oder nur nachrangiges Ziel eines Gesetzes sei. Der Gerichtshof überließ dem vorlegenden Gericht die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme.

Aus dem Urteil in der Rechtssache *Wolff & Müller* ergibt sich, dass ein System der gesamtschuldnerischen Haftung, auch wenn es nicht durch die Richtlinie vorgeschrieben wird, dennoch eine „geeignete Maßnahme für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie [96/71/EG]“ sein kann. Ein solches System ist der Einhaltung der Richtlinie förderlich und kann somit zu denjenigen Instrumenten zählen, die geeignet sind, eine wirksame und breite Anwendung der Richtlinie sicherzustellen, sofern es dem verfolgten Ziel angemessen ist.

Die Kommissionsdienststellen hatten Gelegenheit, die Mitgliedstaaten zur Zweckdienlichkeit der Einführung eines europäischen Rahmens zur Regelung der gesamtschuldnerischen Haftung zu konsultieren. Die Sozialpartner haben hierzu unterschiedliche Auffassungen geäußert, wobei einige Vertreter der Arbeitgeber meinten, die gesamtschuldnerische Haftung ein Begriff, unter dem man sich in vielen nationalen Rechtssystemen nichts vorstellen könne; eine diesbezügliche EU-Regelung entspreche nicht den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Dagegen würden die Gewerkschaften eine Initiative der Gemeinschaft zur Ausweitung des Rückgriffs auf die gesamtschuldnerische Haftung begrüßen, um so die Möglichkeiten einer Umgehung gesetzlich oder tarifvertraglich festgelegter arbeitsrechtlicher Normen auf ein Minimum zu begrenzen.