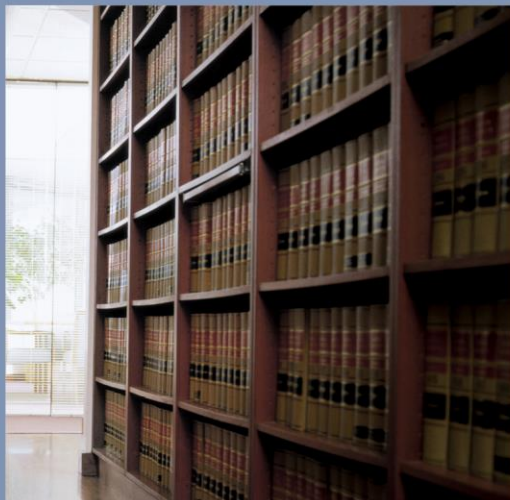


vbw

Die bayerische Wirtschaft



Position

Entsenderichtlinie – Europäischen Arbeitsmarkt erhalten

Stand: Mai 2016
www.vbw-bayern.de

Vorwort

Gefährdung der Dienstleistungsfreiheit durch unnötigen Kommissionsvorschlag

Die im Vertrag von Lissabon garantierte Dienstleistungsfreiheit ist ein wesentlicher Bestandteil des europäischen Binnenmarktes. Demnach dürfen Unternehmen ihre Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erbringen und hierzu ihre Mitarbeiter in diese Länder entsenden.

Die Entsenderichtlinie gewährleistet dabei einen fairen Wettbewerb und einen Mindestschutz für die entsandten Arbeitnehmer. Am 08. März 2016 hat die Europäische Kommission den Entwurf zur Revision dieser Richtlinie vorgelegt, der den Binnenmarktgedanken konterkariert, indem er den internationalen Personaleinsatz erschwert und damit die Entfaltung des europäischen Arbeitsmarktes gefährdet. Außerdem trägt er im Kontext der Debatte um geflüchtete Menschen und im Vorfeld des Referendums über den EU-Verbleib Großbritanniens zur Verunsicherung und zur Verschärfung der Kontroversen zwischen den Mitgliedstaaten bei.

In unserem Positionspapier stellen wir die Inhalte des Kommissionsentwurfs dar und weisen auf die Gefahren der geplanten Neuregelung hin.

Bertram Brossardt
25. Mai 2016

Inhalt

1	Position der vbw auf einen Blick	1
2	Rechtlicher Hintergrund	3
2.1	Europäisches Recht.....	3
2.1.1	Rom I-Verordnung 593/2008/EG.....	3
2.1.2	Entsenderichtlinie 96/71/EG in ihrer bisherigen Fassung	4
2.1.3	Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie 2014/67/EU.....	5
2.1.4	Zeitarbeit / Equal Pay.....	5
2.2	Nationales Recht.....	6
2.2.1	Allgemeines	6
2.2.2	Mindestlöhne und weitere Arbeitsbedingungen.....	6
2.2.3	Kontrollen und Haftung	7
2.2.4	Zeitarbeit / Equal Pay.....	7
2.3	Fazit.....	8
3	Pläne zur Revision der Entsenderichtlinie	9
3.1	Grundlage: Labour Mobility Package	9
3.2	Politischer Hintergrund.....	9
3.3	Inhalte des Kommissionentwurfs.....	10
3.3.1	Anwendbares Recht.....	10
3.3.2	Geltung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen / Arbeitnehmerentsendegesetz	10
3.3.3	Vergütung / Mindestlohn	11
3.3.4	Unteraufträge.....	11
3.3.5	Zeitarbeit.....	11
4	Gefahren für den internationalen Personaleinsatz.....	13
4.1	Allgemeines / Zeitpunkt des Kommissionsvorschlags	13
4.2	Anwendbares Recht.....	14
4.3	Geltung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen / Arbeitnehmerentsendegesetz	15
4.4	Vergütung	15
4.5	Unteraufträge.....	15
4.6	Zeitarbeit.....	16
	Ansprechpartner / Impressum.....	17

1 Position der vbw auf einen Blick

Internationalen Personaleinsatz nicht erschweren

Die beabsichtigte Revision der Entsenderichtlinie gefährdet die Entfaltung des europäischen Arbeitsmarktes und wird ohne Not zu einem Zeitpunkt angestoßen, zu dem die Frist für die Umsetzung der unlängst erlassenen Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie noch nicht einmal abgelaufen ist.

Die bestehenden Schwierigkeiten der Unternehmen bei der Entsendung von Mitarbeitern werden von der Kommission nicht berücksichtigt. Es droht vielmehr eine Verschärfung dieser Probleme.

Durch die Anwendung des Rechts des Aufnahmestaats bereits bei über zweijährigen Entsendungen würden viele Projekte unnötig verkompliziert. Deshalb müssen insoweit zumindest Ausnahmen möglich sein.

Die Erweiterung der Anwendung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf entsendete Arbeitnehmer in allen Branchen ohne das Vorliegen eines konkreten Bedarfs in den einzelnen Wirtschaftszweigen geht zu weit und verteuert diese Vorgänge.

Die nach dem Wortlaut des Verordnungsentwurfs mögliche Anwendung ganzer allgemeinverbindlicher tariflicher Entgeltsysteme schießt über das Ziel hinaus und würde außerdem zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Es muss deshalb bei der aktuellen Formulierung „Mindestlohnsätze einschließlich Überstundensätze“ bleiben.

Die in der geplanten Neufassung der Entsenderichtlinie angelegte Regelung zur Garantie von bestimmten Entlohnungsbedingungen durch den Auftragnehmer in Lieferketten, aus denen entsprechende mitgliedstaatliche Verpflichtungen resultieren können, ist ebenfalls abzulehnen. Hierdurch würde – wie die Erfahrungen zum deutschen Mindestlohngesetz zeigen – ein erheblicher Bürokratieaufwand aufgrund der dann erforderlichen Absicherung des Auftraggebers entstehen.

Die beabsichtigte Neuregelung zur Zeitarbeit wonach auf die überlassenen Arbeitnehmer die Vorschriften der Zeitarbeitsrichtlinie im Hinblick auf Equal Pay und Equal Treatment in der Umsetzung des Einsatzlandes angewendet werden sollen, ist ebenfalls abzulehnen. Hierdurch würde schon aufgrund der intransparenten Formulierung eine erhebliche Rechtsunsicherheit bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung ausgelöst und dieses Instrument beeinträchtigt.

2 Rechtlicher Hintergrund

Status quo – Die Rechtslage auf europäischer und nationaler Ebene

Die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen für die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern sind sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene bereits hinreichend festgelegt.

2.1 Europäisches Recht

Im europäischen Recht existieren die Rom I-Verordnung zum auf vertragliche Schuldverhältnisse mit internationalem Bezug anwendbaren Recht, die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen sowie die erst bis zum 18. Juni 2016 in nationales Recht umzusetzende Durchsetzungsrichtlinie.

2.1.1 Rom I-Verordnung 593/2008/EG

Die Rom I-Verordnung stellt die einzelstaatlichen Regelungen des internationalen Privatrechts auf eine unmittelbar geltende europarechtliche Grundlage. Danach wird insbesondere auch das auf das konkrete Arbeitsverhältnis anwendbare Recht (Vertragsstatut) bei grenzüberschreitenden Sachverhalten bestimmt.

Nach der Rom I-Verordnung unterliegt der Arbeitsvertrag grundsätzlich dem von den Parteien gewählten Recht. Bei Entsendungen aus Deutschland heraus wird daher regelmäßig die Anwendbarkeit deutschen Rechts vereinbart. Als vorteilhaft wird dies insbesondere deswegen angesehen, weil das deutsche Recht den Parteien zumindest in den Grundzügen bekannt sein dürfte. Mögliche Rechtsrisiken können so am besten eingeschätzt und beurteilt werden.

Fehlt es an einer Rechtswahl, unterliegen Arbeitsverhältnisse nach der objektiven Anknüpfung dem Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der Arbeitnehmer in Erfüllung seines Arbeitsvertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Der Staat, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, wechselt nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Eine zeitliche Höchstgrenze für die Dauer der vorübergehenden Entsendung nennt die Rom I-Verordnung nicht. Entscheidend dürften – bei einer vorausschauenden Sichtweise – der Rückkehrwille des Arbeitnehmers und der „Rücknahmewille“ des Arbeitgebers sein.

Bestimmte Vorschriften des nationalen Rechts – sogenannte international zwingende Bestimmungen oder Eingriffsnormen – setzen sich sowohl gegen eine gewählte als auch gegen eine objektiv anwendbare ausländische Rechtsordnung durch. Es handelt

sich hierbei um Vorschriften, die nicht nur auf den Schutz von Individualinteressen der Arbeitnehmer gerichtet sind, sondern zumindest auch öffentliche Gemeinwohlinteressen verfolgt. Eine international zwingende Bestimmung des deutschen Rechts stellen insbesondere die in § 2 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) aufgeführten Mindestarbeitsbedingungen dar, womit Art. 3 der Entsenderichtlinie 96/71/EG in deutsches Recht umgesetzt wird.

2.1.2 Entsenderichtlinie 96/71/EG in ihrer bisherigen Fassung

Die Entsenderichtlinie aus dem Jahr 1996 soll einen rechtlichen Rahmen für die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen herstellen und zur Verwirklichung des Binnenmarktes beitragen. Gleichzeitig soll ein fairer Wettbewerb und der Schutz bestimmter Arbeitnehmerrechte gewährleistet werden.

Vor diesem Hintergrund hat die Entsenderichtlinie derzeit im Wesentlichen folgende Regelungsgegenstände:

- Kern ist gemäß Art. 3 der Richtlinie die Pflicht der Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern folgende in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften sowie in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen in bestimmten Baubranchen festgelegte Mindestarbeitsbedingungen gewährt werden:
 - Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten;
 - bezahlter Mindestjahresurlaub;
 - Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;
 - Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen;
 - Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz;
 - Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen;
 - Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen.
- Grundlagen für die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten und Maßnahmen zur Durchsetzung der Richtlinie, die nunmehr in der Durchsetzungsrichtlinie (s. Kapitel 2.1.3) konkretisiert wurden.
- Keine Vorschriften zur Auftragsvergabe.
- Keine Vorgabe zum insgesamt auf das Arbeitsverhältnis des entsandten Mitarbeiters anwendbaren Recht bzw. eine Bezugnahme auf die Rom I-Verordnung im Normtext.

2.1.3 Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie 2014/67/EU

Die Europäische Union hat im Jahr 2014 die Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie beschlossen, mit der die tatsächliche Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben für die Entsendung von Mitarbeitern gefördert werden soll. Dementsprechend verfolgt die Durchsetzungsrichtlinie letztlich ebenfalls das Ziel, den Arbeitnehmerschutz sowie vor einen fairen Wettbewerb zwischen den Unternehmen aus verschiedenen Ländern zu gewährleisten.

Die Durchsetzungsrichtlinie beinhaltet neben weiteren Maßnahmen der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zwei zentrale Punkte:

- Die Einführung eines offenen Katalogs mit Kontrollmaßnahmen, die die Mitgliedstaaten vornehmen können. Die Mitgliedstaaten müssen die geplanten Kontrollmaßnahmen der Kommission anzeigen. Eine Genehmigung muss aber nicht erfolgen.
- Es soll eine auf den direkten Nachunternehmer beschränkte Generalunternehmerhaftung im Baugewerbe eingeführt werden. Die Ausdehnung auf die gesamte Nachunternehmerkette sowie die Schaffung einer Exkulpationsmöglichkeit durch nationale Regelungen bleibt möglich.

Die Frist zur Umsetzung der Richtlinie läuft noch bis zum 18. Juni 2016.

2.1.4 Zeitarbeit / Equal Pay

Die Richtlinie 2008/104/EG über Zeitarbeit (Leiharbeitsrichtlinie) legt einheitliche europäische Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen der Zeitarbeitnehmer fest. Unter anderem gelten nach Art. 5 der Leiharbeitsrichtlinie die Grundsätze des sog. Equal Pay und Equal Treatment: Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Zeitarbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung müssen grundsätzlich mindestens denjenigen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie vom Entleiher unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt auch, wenn Zeitarbeiter grenzüberschreitend entsendet, also wenn die Überlassung vom Inland ins Ausland oder umgekehrt vom Ausland ins Inland erfolgt.

Hinsichtlich der Gleichstellung beim Arbeitsentgelt können die Mitgliedstaaten Ausnahmen vorsehen.

2.2 Nationales Recht

Im Kontext der Richtlinien 96/71/EG und 2014/67/EU sind in Deutschland vor allem das Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) und das Mindestlohngesetz (MiLoG) von Bedeutung.

2.2.1 Allgemeines

Die Entsenderichtlinie wurde in Deutschland durch das Arbeitnehmerentsendegesetz umgesetzt, das im Jahr 2009 neu gefasst und zuletzt im August 2014 im Rahmen des umstrittenen „Tarifautonomiestärkungsgesetzes“ geändert wurde.

Außerdem gilt seit dem 01. Januar 2015 ein gesetzlicher Mindestlohn.

2.2.2 Mindestlöhne und weitere Arbeitsbedingungen

Das Arbeitnehmerentsendegesetz sieht vor, dass die in der Entsenderichtlinie beschriebenen Mindestarbeitsbedingungen in Rechts- und Verwaltungsvorschriften – also insbesondere die Mindestentgeltsätze – auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern zwingend Anwendung finden.

Zugleich sieht das Arbeitnehmerentsendegesetz vor, dass die in allgemeinverbindlichen bundesweiten Tarifverträgen bestimmter Branchen oder in auf bundesweiten Tarifverträgen basierenden Rechtsverordnungen festgelegten Mindestarbeitsbedingungen der Entsenderichtlinie auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Geltungsbereich des Tarifvertrags beschäftigten Arbeitnehmern gelten. Erst im Jahr 2014 wurde insoweit die Möglichkeit zur tariflichen Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen, die auch in Entsendefällen nach Deutschland zu beachten sind, auf sämtliche Branchen erweitert.

Daneben existiert im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz eine tarifliche Lohnuntergrenze für die Zeitarbeit.

Der gesetzliche Mindestlohn muss gemäß § 20 Mindestlohngesetz von allen Arbeitgebern mit Sitz im In- oder Ausland an die in Deutschland beschäftigten – also auch an alle nach Deutschland entsandten – Arbeitnehmer gezahlt werden. Hiervon gibt es nur wenige Ausnahmen. Der gesetzliche Mindestlohn ist gegenüber höheren Branchenmindestlöhnen auf Grundlage des Arbeitnehmerentsendegesetzes und des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes grundsätzlich nachrangig, wobei eine bis zum 31. Dezember 2017 gültige Übergangsregelung besteht.

2.2.3 Kontrollen und Haftung

Die bewährten Kontrollmaßnahmen und Sanktionsmechanismen in Deutschland (§§ 16 ff AEntG bzw. §§ 14 ff. MiLoG i. V. m. dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz) können vor dem Hintergrund der Durchsetzungsrichtlinie beibehalten werden, wobei eine Erweiterung oder Anpassung nicht erforderlich ist.

§ 13 MiLoG i. V. m. § 14 AEntG sieht in Deutschland eine über die Garantie des Auftragnehmers hinausgehende verschuldensunabhängige Mindestlohnhaftung für den Generalunternehmer vor. Diese gilt auch gegenüber den Arbeitnehmern von ausländischen Arbeitgebern, die nach Deutschland entsendet werden. Eine Verpflichtung, nur mit Unterauftragnehmern zu kontrahieren, die die Mindestlohnzahlung garantieren ist damit jedoch nur mittelbar verbunden.

2.2.4 Zeitarbeit / Equal Pay

Die in der europäischen Leiharbeitsrichtlinie verankerten Grundsätze des Equal Pay und Equal Treatment wurden im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) umgesetzt. Demnach müssen Verleiher ihren Zeitarbeitnehmern vom ersten Einsatztag an die für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewähren, § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 AÜG.

Der Gleichstellungsgrundsatz gilt nicht, wenn ein Tarifvertrag abweichende Regelungen zulässt und der Verleiher an diesen Tarifvertrag gebunden ist, oder unter dessen Geltungsbereich fällt und mit dem Zeitarbeitnehmer seine Anwendung vertraglich vereinbart hat. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags könnten nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen arbeitsvertraglich vereinbaren, § 9 Nr. 2 AÜG. Diese Abweichungsmöglichkeit gilt im Falle der grenzüberschreitenden Überlassung nach Deutschland auch zugunsten von Tarifverträgen, die auf das Zeitarbeitsverhältnis Anwendung finden.

Der Tarifvertrag darf nicht die in einer Rechtsverordnung festzusetzenden Mindeststundenentgelte (Lohnuntergrenzen) unterschreiten, § 3a AÜG. Diese betragen derzeit 8,80 Euro (West) bzw. 8,20 Euro (Ost) und ab 01. Juni 2016 9,00 Euro (West) bzw. 8,50 Euro (Ost).

Außerdem gilt eine abweichende tarifliche Regelung nicht für Zeitarbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind („Drehtürklausel“). Diese Vorschrift soll den missbräuchlichen Einsatz der Arbeitnehmerüberlassung in den Fällen ausschließen, in denen aus dem Unternehmen ausgeschiedene Arbeitnehmer innerhalb von sechs Monaten als Zeitarbeiter wieder in ihrem ehemaligen Unternehmen oder einem anderen Unternehmen desselben Konzerns zu schlechteren Arbeitsbedingungen eingesetzt werden.

2.3 Fazit

Europäische und nationale Regelungen gewährleisten bereits faire Wettbewerbsbedingungen und einen umfassenden Schutz für entsendete Arbeitnehmer.

3 Pläne zur Revision der Entsenderichtlinie

Teil des Labour Mobility Package

Die Europäische Kommission plant die Revision der Entsenderichtlinie als Teil des Labour Mobility Packages.

3.1 Grundlage: Labour Mobility Package

Die Europäische Kommission hat in ihrem Arbeitsprogramm für 2016 angekündigt, die Entsenderichtlinie unter der Prämisse „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ im Rahmen ihres Labour Mobility Package zu überarbeiten.

Das Labour Mobility Package umfasst folgende Schwerpunkte:

- Abbau von bestehenden Hürden, die die Arbeitnehmerfreizügigkeit behindern, generelle Stärkung der Arbeitskräftemobilität, insbesondere in Regionen mit großen Qualifikationsmismatches und offenen Arbeitsstellen.
- Stärkung des Austauschs zwischen den Mitgliedsländern, um Sozialdumping, Betrug und Missbrauch im Hinblick auf Entsendungen und den Zugang zu Sozialleistungen zu verhindern sowie zu bekämpfen.

3.2 Politischer Hintergrund

Sieben Arbeitsminister von EU-Mitgliedstaaten – darunter Bundesministerin Andrea Nahles – haben im Juni 2015 in einem Brief an die Europäische Kommission eine Verschärfung der Entsenderichtlinie (96/71/EG) verlangt.

Konkret äußern die Minister aus Österreich, Belgien, Frankreich, Deutschland, Luxemburg, den Niederlanden (Ratspräsidentschaft im ersten Halbjahr 2016) und Schweden Überlegungen zu einer maximalen Entsendedauer auf europäischer Ebene in Angleichung an die Verordnung zur Koordinierung der Sozialversicherungssysteme und kritisieren die mangelnde Durchsetzung der Vorgaben in einigen Mitgliedstaaten.

Die Arbeitsminister von Bulgarien, Tschechien, Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien und Slowakei (Ratspräsidentschaft ab Juli 2016) haben sich demgegenüber in einem Brief an EU-Beschäftigungskommissarin Marianne Thyssen kritisch zu einer Reform der Entsenderichtlinie geäußert. Sie weisen darauf hin, dass die Umsetzung und die praktischen Folgen der Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie (2014/67/EU) abgewartet werden müssen. Außerdem sehen sie in dem Prinzip „glei-

cher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Beschäftigungsort“ einen Verstoß gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit.

Die Fortsetzung des Verfahrens ist derzeit offen. Elf nationale Parlamente – vornehmlich aus osteuropäischen Staaten – haben bis Mitte Mai 2016 Stellungnahmen zur Überarbeitung der Entsenderichtlinie eingereicht. Im Rahmen dieses „Gelbe-Karte-Verfahrens“ ist die Europäische Kommission aufgefordert, den Vorschlag dahingehend zu überprüfen, ob die mit ihm verfolgten Ziele nicht auch durch nationale Maßnahmen erreicht werden können. Sie muss darüber beschließen, ob sie an dem Entwurf festhält, ihn ändert oder ihn zurückzieht.

3.3 Inhalte des Kommissionentwurfs

Das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ findet sich in dem nun veröffentlichten Entwurf in dieser Form nicht wieder. Dennoch sind zahlreiche kritische Punkte enthalten.

3.3.1 Anwendbares Recht

Bei Entsendungen, die länger als 24 Monate dauern, gilt der Aufnahmestaat als das Land, in dem die Arbeitsleistung üblicherweise erbracht wird. Dabei werden die Zeiten von für mindestens sechs Monate entsendeten Arbeitnehmern auf demselben Arbeitsplatz zusammengerechnet.

Dies führt in Verbindung mit Art. 8 Abs. 2 der Rom I-Verordnung (593/2008/EG) dazu, dass nach zwei Jahren das im Aufnahmestaat geltende Recht vollständig auf das Arbeitsverhältnis des entsendeten Mitarbeiters anzuwenden ist.

3.3.2 Geltung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen / Arbeitnehmerentsendegesetz

Die Mindestarbeitsbedingungen vorsehenden Rechtsnormen in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen sollen in allen Wirtschaftszweigen auch für die in das jeweilige Gebiet entsendeten Arbeitnehmer gelten. Nach der bisherigen Fassung der Entsenderichtlinie ist dies auf die Baubranche und baunahe Branchen beschränkt.

Im deutschen Arbeitnehmerentsendegesetz wurde der Anwendungsbereich in den vergangenen zehn Jahren bereits auf bundesweite Tarifverträge in außerhalb des Baubereichs liegenden Wirtschaftszweigen ausgedehnt. Seit der Einführung des Tarifautonomiestärkungsgesetzes im August 2014 ist das Arbeitnehmerentsendegesetz für alle Branchen geöffnet.

3.3.3 Vergütung / Mindestlohn

Hinsichtlich der bei Anwendung der Entsenderichtlinie an die betroffenen Arbeitnehmer zu zahlenden Vergütung soll der Begriff „Mindestlohnsätze einschließlich Überstundensätze“ durch die deutlich weitere Formulierung „Entlohnung, einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme;“ ersetzt werden.

Voraussetzung ist aber auch insoweit, dass die entsprechenden Löhne in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag geregelt sind. Wenn die Allgemeinverbindlichkeit das gesamte Entgeltgitter (nicht nur Mindestlöhne) umfasst, muss voraussichtlich eine Eingruppierung der entsendeten Mitarbeiter vorgenommen werden.

3.3.4 Unteraufträge

Wenn in Mitgliedstaaten Regelungen (auch Kollektivvereinbarungen) existieren, die den Auftraggeber verpflichten, nur mit Subunternehmern zu kontrahieren, die bestimmte Entlohnungsbedingungen garantieren, soll dies auch für die Beauftragung ausländischer Subunternehmer gelten, die Mitarbeiter ins Inland entsenden. Dabei bleibt unklar, ob auch nicht für allgemeinverbindlich erklärte tarifliche Arbeitsbedingungen Gegenstand der Garantieverpflichtung des ausländischen Subunternehmers sein können („tarifliche Tariftreue“, wie dies für den Bereich der Kontraktlogistik angedacht war).

Die Regelung ist voraussichtlich so zu verstehen, dass reine Haftungsregelungen – wie beispielsweise § 13 MiLoG i. V. m. § 14 AEntG im deutschen Recht – nicht als Verpflichtung zur Auftragsvergabe an ein Unternehmen anzusehen sind, das die entsprechenden Mindestarbeitsbedingungen garantiert.

3.3.5 Zeitarbeit

Im Bereich der Zeitarbeit sollen für grenzüberschreitend überlassene Arbeitnehmer von den entsendenden Zeitarbeitsunternehmen die Grundsätze Equal Pay und Equal Treatment ebenso garantiert werden müssen, wie von in dem Aufnahmestaat niedergelassenen Zeitarbeitsunternehmen. Bisher ist dies lediglich eine Option für die Mitgliedstaaten.

4 Gefahren für den internationalen Personaleinsatz

Verkomplizierung der Verfahren und Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit

Der Kommissionsvorschlag verstößt gegen Grundprinzipien des europäischen Rechts und darf deshalb nicht umgesetzt werden.

4.1 Allgemeines / Zeitpunkt des Kommissionsvorschlags

Die geplante Neufassung der Entsenderichtlinie wird als Teil des „Labour Mobility Package“ dessen selbst gesetzten Zweck, die Mobilität der Arbeitskräfte zu fördern, nicht gerecht, weil sie ausschließlich die Arbeitnehmerperspektive einnimmt. Es steht eine weitere Regulierung unternehmerischer Tätigkeit im Fokus, mit der die Entsendung von Mitarbeitern durch die Unternehmen zusätzlich erschwert wird.

Die rechtswidrige Nichteinhaltung der Mindestarbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Entsendungen durch einzelne Marktteilnehmer muss im Interesse eines fairen Wettbewerbs unterbunden werden. Die unter Umständen kritischen Entsendefälle kommen jedoch nicht aufgrund der Rechtslage, sondern wegen der teilweise unzureichenden Rechtsdurchsetzung zustande. Hier hat die Union aber bereits mit der Verabschiedung der Richtlinie 2014/67/EU, die bis zum 18. Juni 2016 in nationales Recht umgesetzt werden muss, Abhilfe geschaffen. Selbst die Vertreter des in Fragen der Arbeitnehmerentsendung sensiblen Baugewerbes sehen zwar im Hinblick auf die Kooperation und den Datenaustausch für die Kontrolle der Arbeitsbedingungen von entsandten Mitarbeitern weiteren Verbesserungsbedarf, wollen die Auswirkungen der neuen Richtlinie jedoch ebenfalls abwarten.

Eine Verschärfung der Entsenderichtlinie selbst würde jedenfalls nichts an der zum Teil fragwürdigen Praxis ändern, sondern nur die "Rechtstreuen" weiter belasten. Die Unternehmen haben bei der Entsendung von Mitarbeitern bereits heute insbesondere folgende Schwierigkeiten:

- Die fehlenden Informationen über den Registrierungsprozess für die entsendeten Mitarbeiter,
- die Doppelbelastung bei Zahlungen an Sozialeinrichtungen (z. B. Urlaubskassen) und
- intransparente nationale Verwaltungsstrukturen.

Außerdem erhöhen sich durch die geplanten Neuregelungen der Prüfungsumfang und damit der Kontrollaufwand der Behörden.

Diese Aspekte werden von der Kommission nicht berücksichtigt.

4.2 Anwendbares Recht

Die Anwendung des Rechts des Aufnahmestaats bereits bei über zweijährigen Entsendungen ist kritisch zu bewerten.

Sie steht im Widerspruch zu dem in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbaren Art. 8 Abs. 2 Rom I-Verordnung. Danach wechselt das objektive Vertragsstatut nicht, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Die geplante Regelung in der Entsenderichtlinie, durch die der Staat, in dem der Ort der üblichen Arbeitsleistung im Sinne der Rom I-Verordnung definiert werden soll wäre systemwidrig und intransparent – die Anpassung müsste gesetzestechnisch in der Rom I-Verordnung selbst erfolgen.

Viele Projekte dauern außerdem länger als zwei Jahre und würden durch entsprechende Vorgaben unnötig verkompliziert. Bei einer anfangs nicht vorhersehbaren Verlängerung des Einsatzes droht ein Wechsel des anwendbaren Rechts. Dies wird durch die arbeitsplatzbezogene Betrachtung verschärft. Wenn die Regelung nicht komplett gestrichen wird, darf insoweit nur die Dauer der Entsendung des betroffenen Mitarbeiters maßgeblich sein. Bei seiner Ersetzung durch einen auf dieselbe Stelle entsandten Kollegen muss die Zweijahresfrist im Hinblick auf das für den Kollegen geltende Recht von Neuem zu laufen beginnen. Sofern es bei Möglichkeit zur Kumulierung der Entsendezeiträume bleibt, muss diese ausscheiden, wenn bis zur Neubesetzung der Stelle durch einen Kollegen eine nicht gänzlich unerhebliche zeitliche Lücke liegt. Jedenfalls bei einem Abstand von zwei Monaten kann bereits nicht mehr von einer „Ersetzung“ gesprochen werden.

Zudem geht aus dem Entwurf für die Neufassung von Art. 2a Abs. 1 der Entsenderichtlinie nicht eindeutig hervor, ob für die Beurteilung der "Entsendungsdauer" eine konkrete Tätigkeit maßgeblich ist oder die Einsatzzeiten auf verschiedenen Stellen im Aufnahmestaat zusammengerechnet werden.

Auch die Verordnung zur Koordinierung der Sozialversicherungssysteme 883/2004/EG ist nicht derart starr. Sie sieht nach ihrem Art. 16 Abs. 1 die Möglichkeit zur Abweichung durch Abkommen zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten vor. Dies muss auch im Bereich der Entsenderichtlinie möglich sein. Inhaltlich bietet sich insoweit eine Anknüpfung an die Sachgründe für die Befristung von Arbeitsverhältnissen nach Paragraph 5 der Richtlinie 1999/70/EG über befristete Arbeitsverträge an, die in Deutschland durch § 14 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) konkretisiert wurde. Dazu gehört beispielsweise der im Rahmen eines Projekts nur vorübergehende – aber möglicherweise über zwei Jahre dauernde – betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung im Ausland.

Ein vollständiges „Equal Treatment“ ist auch nicht durch den Arbeitnehmerschutz geboten, weil die im Aufnahmestaat geltenden Mindestarbeitsbedingungen wie Mindestlöhne, Höchstarbeitszeiten und Mindestjahresurlaub schon nach den bisherigen Vorgaben der Entsenderichtlinie von Beginn an eingehalten werden müssen.

4.3 Geltung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen / Arbeitnehmerentsendegesetz

Die Erweiterung auf alle Wirtschaftszweige ist problematisch, weil sie insbesondere zu einer Verteuerung der Entsendung von Arbeitskräften in Hochlohnländer führen kann.

Die Erweiterung der Anwendung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf entsendete Arbeitnehmer in allen Branchen ohne das Vorliegen eines konkreten Bedarfs in den einzelnen Wirtschaftszweigen geht zu weit. Dies entspricht auch nicht dem Ziel der Richtlinie, faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen zu schaffen und kommt deshalb mit der Dienstleistungsfreiheit in Konflikt.

4.4 Vergütung

Die Anwendung ganzer allgemeinverbindlicher tariflicher Entgeltsysteme schießt über das Ziel hinaus. Es ist nicht nachvollziehbar, warum vom Arbeitgeber in Entsendefällen ein über den gesetzlichen Mindestlohn bzw. den tariflichen Branchenmindestlohn im aufnehmenden Staat hinausgehendes Entgelt gezahlt werden muss. Die Mindestlöhne sorgen bereits für einen adäquaten Schutz der entsandten Arbeitnehmer und des Wettbewerbs.

Eine Vergütungsverpflichtung über die einschlägigen Mindestlohnvorschriften hinaus – die zudem eine Annäherung an den im Arbeitsprogramm der Kommission aufgeführten Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort bedeutet – greift in die europäische Dienstleistungsfreiheit ein und beschränkt die Entfaltung des gemeinsamen europäischen Arbeitsmarkts.

Die geplante Neuregelung von Art. 3 Abs. 1 würde außerdem zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, weil nicht klar ist, was unter "Entlohnung einschließlich Überstundensätze" bzw. unter den "die Entlohnung ausmachenden Bestandteilen" zu verstehen ist. Es ist insbesondere offen, inwieweit Sachbezüge, Erschwerniszuschläge und Sonderzahlungen wie Weihnachts- und Urlaubsgeld darunter fallen.

Deshalb muss es bei der bisherigen Formulierung "Mindestlohnsätze einschließlich Überstundensätze" bleiben.

4.5 Unteraufträge

Eine unionsweite Regelung zur Garantie von bestimmten Entlohnungsbedingungen durch den Auftragnehmer in Lieferketten ist abzulehnen. Auch an die in der Neufassung geplante Regelung anknüpfende nationale Bestimmungen, die über die auch in der Durchsetzungsrichtlinie angelegte Generalunternehmerhaftung hinausgehen, dürfen nicht eingeführt werden. Hierdurch würde – wie die Erfahrungen zum deutschen Mindestlohngesetz zeigen – ein erheblicher Bürokratieaufwand im Rahmen der Absicherung des Auftraggebers entstehen.

Es ist außerdem nicht nachvollziehbar, warum nach dem Wortlaut auch nicht für allgemeinverbindlich erklärte tarifliche Entlohnungsbedingungen Gegenstand der Garantieverpflichtung des ausländischen Subunternehmers sein können und dies tariflich angeordnet werden kann. Eine solche Regelung ist mit der sowohl im europäischen als auch im deutschen Recht geltenden negativen Koalitionsfreiheit nicht zu vereinbaren. Die vom Europäischen Gerichtshof in der Rüffert-Entscheidung vom 03. April 2008 (Az.: C-346/06) zu Tariftreuverpflichtungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe aufgestellten Grundsätze gelten unverändert und lassen sich auf die Regulierung der privaten Unterauftragsvergabe übertragen. Demnach verstoßen entsprechende Vorgaben auch gegen die europäische Dienstleistungsfreiheit.

4.6 Zeitarbeit

Die in dem Richtlinienentwurf vorgesehene Garantie der Grundsätze Equal Pay und Equal Treatment durch die Mitgliedstaaten ist nicht erforderlich und sorgt für erhebliche Rechtsunsicherheit.

Sie darf jedenfalls nicht dazu führen, dass die Abweichungsmöglichkeit in Bezug auf das Arbeitsentgelt (Art. 5 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie) entfällt. Auch bei einer grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung muss es weiterhin möglich sein, dass ein für das überlassende Unternehmen und dessen entsandte Zeitarbeiter einschlägiger Tarifvertrag eine Abweichung vom Equal Pay – auch im Einsatzland – ermöglicht.

Ansprechpartner

Florian Popella

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-229

Telefax 089-551 78-233

florian.popella@vbw-bayern.de

Karolina Bihler

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-236

Telefax 089-551 78-233

karolina.bihler@vbw-bayern.de

Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich grundsätzlich sowohl auf die weibliche als auch auf die männliche Form. Zur besseren Lesbarkeit wurde meist auf die zusätzliche Bezeichnung in weiblicher Form verzichtet.

Herausgeber:

vbw

Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de

© vbw Mai 2016