stellungnahme

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zu

Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen

Revision der Entsenderichtlinie

07.06.2016

Deutscher Gewerkschaftsbund

Abteilung Arbeitsmarktpolitik

Alexandra Kramer
Referatsleiterin Europäische Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

1. Hintergrund

Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern innerhalb der Europäischen Union ist in der sogenannten Entsenderichtlinie[1] geregelt. Die Richtlinie wurde seit 1996 nicht überarbeitet. Aufgrund massiver Probleme in der Praxis sehen die Gewerkschaften in Europa seit vielen Jahren dringenden Handlungsbedarf, die Richtlinie zu verbessern, um Missbrauch und Lohn- und Sozialdumping wirksam zu bekämpfen. Verschärft hatte sich die Situation durch eine Serie von EuGH-Urteilen (Laval, Rüffert, KOM gegen Luxemburg[2]), die die Richtlinie zum Maximalstandard umgedeutet hatte, über den die Mitgliedstaaten nicht hinausgehen dürfen. Anstatt die dringend erforderlichen Verbesserungen endlich anzugehen und die Rechtsprechung des EuGH zu korrigieren, hat die Europäische Kommission im März 2012 die sog. Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie[3] vorgeschlagen, die in der Praxis die Durchsetzung und Umsetzung der Entsenderichtlinie verbessern soll. Die Richtlinie wurde 2014 verabschiedet und muss von den Mitgliedstaaten bis Juni 2016 umgesetzt werden. Der DGB hatte das Verhandlungsergebnis deutlich kritisiert. Aus Sicht des DGB wird die Durchsetzungsrichtlinie die Situation entsandter Beschäftigter nicht verbessern, sondern schafft Raum für weitere Rechtsunsicherheit[4].

---

[1] Richtlinie 96/71/EG vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen

[2] C-341/05; C-346/05; C-319/06

[3] Richtlinie 2014/67/EU vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen

[4] Pressemitteilung vom 16.04.2014; http://www.dgb.de/presse/++co++e79f0004-c551-11e3-80b5-52540023ef1a

Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker hatte 2014 angekündigt, in seiner Amtszeit Verbesserungen für entsandte Beschäftigte zu schaffen. In seinen politischen Leitlinien[5] versprach er, dass er Missbrauch und Sozialdumping bekämpfen werde und in der Europäischen Union „gleiche Arbeit am gleichen Ort gleich vergütet werden müsse". Er werde daher eine gezielte Überprüfung der Entsenderichtlinie auf den Weg bringen. Umgesetzt werden sollte das Versprechen mit dem sog. Mobilitätspaket, das ursprünglich im Dezember 2015 vorgelegt werden sollte. Das Paket sollte neben dem Vorschlag zur Revision der Entsenderichtlinie auch einen Vorschlag zur Überarbeitung der Verordnung (EU) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit enthalten. Da die Überarbeitung der Verordnung aber als ein wichtiges Element im Rahmen der Verhandlungen mit Großbritannien über dessen Verbleib in der EU eingeschätzt worden ist, hat die Kommission hierzu am 8. März 2016 noch keinen Vorschlag, sondern lediglich einen Entwurf für eine Richtlinie zur Änderung der Entsenderichtlinie vorgelegt. Der Vorschlag der Kommission beschränkt sich bewusst und gezielt auf nur bestimmte Bereiche. Dabei geht es explizit um die Frage der Umsetzung des Prinzips „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort", die zeitliche Begrenzung von Entsendungen, die Anwendung der Richtlinie auf alle Branchen, die Frage des Entgelts bei Unteraufträgen und die Anwendung der Leiharbeitsrichtlinie auf entsandte Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer.

Am 22.04.2016 hat der Bundesrat in einer Stellungnahme[6] beschlossen, den Vorschlag der Kommission zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG zu begrüßen, da er der Verbesserung der Lage entsandter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dient. Er hält die Reichweite der Änderungen jedoch nicht für ausreichend und fordert u.a. die Richtlinie auf eine breitere Rechtsgrundlage (Art. 153 AEUV) zu stellen und den Charakter der Richtlinie als Mindeststandard wieder herzustellen.

Vor allem in den mittel- und osteuropäischen Mitgliedstaaten gibt es großen Widerstand gegen die Überarbeitung der Entsenderichtlinie. Dies hat dazu geführt, dass alle Parlamente dieser Länder sowie – wenn auch aus anderen Gründen – das dänische Parlament mit der sog. Subsidiaritätsrüge[7] gegen den Vorschlag der Kommission vorgegangen sind. Sie vertreten die Auffassung, dass der Kommissionsvorschlag zur Revision der Entsenderichtlinie nicht mit dem Subsidiaritätsgrundsatz vereinbar sei. Bis zum Stichtag 10. Mai 2016 waren genügend Stimmen für eine sog. gelbe Karte zusammen gekommen. Die Kom-

[5] Ein neuer Start für Europa: Meine Agenda für Jobs, Wachstum, Fairness und demokratischen Wandel, Politische Leitlinien für die nächste Europäische Kommission; 15. Juli 2014

[6] Beschluss des Bundesrates vom 22.04.16; Drucksache 114/16 (Beschluss)

[7] Die Subsidiaritätsrüge wurde mit dem Vertrag von Lissabon eingeführt und soll die Stellung der nationalen Parlamente aufwerten (Art. 12 EUV). Das Verfahren wird im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (Subsidiaritätsprotokoll) geregelt. Danach können mitgliedstaatliche Parlamente gegenüber der Kommission darlegen, dass ein geplanter Rechtsakt nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip zu vereinbaren ist.

mission ist nun gezwungen, ihren Vorschlag zu überprüfen. Nach Abschluss der Überprüfung der Subsidiaritätsrügen kann die Kommission an ihrem Vorschlag festhalten, ihn abändern oder ihn zurückziehen.

2. Allgemeine Einschätzung und Zusammenfassung der DGB Position

Der DGB begrüßt zunächst, dass die Kommission die Überarbeitung der Entsenderichtlinie endlich mit dem Ziel angeht, Lohndumping zu bekämpfen und dem Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort" europaweit Geltung zu verschaffen. Die Erfahrungen in der Praxis machen ein Handeln dringend erforderlich: Lohn- und Sozialdumping sind an der Tagesordnung, die Kontrollen sind unzureichend, die grenzüberschreitende Verfolgung von Ansprüchen ist schwierig und Billiganbieter fördern den unfairen Wettbewerb. Leider bleiben die Vorschläge der Kommission hinter den Erwartungen des DGB zurück und können allenfalls als erster Schritt in die richtige Richtung gewertet werden.

Der DGB kritisiert, dass **die Sozialpartner vor Veröffentlichung des Vorschlags nicht konsultiert** wurden. Im Zuge der Diskussion um einen Neustart für den Sozialen Dialog hatte die Europäische Kommission angekündigt, die Sozialpartner bei allen arbeitsmarktrelevanten Initiativen einzubinden. Die Tatsache, dass der Vorschlag ohne die formelle Anhörung der Sozialpartner von der Kommission verabschiedet wird, stellt die Bemühungen der Kommission zur Stärkung des Sozialen Dialogs in Frage. Zudem wird damit die Chance vertan, wichtige Bedürfnisse und Erfordernisse der Praxis in die Vorschläge einfließen zu lassen.

Die Vorschläge der Kommission zur Entlohnung sind grundsätzlich zu begrüßen, aber nicht ausreichend, um das Prinzip **„Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort"** umzusetzen. Die Umsetzung dieses Prinzips ist eine zentrale Forderung des DGB. Ungleichbehandlungen von entsandten und dauerhaft in Deutschland arbeitenden Beschäftigten haben vielfältige Ursachen. Sie ergeben sich beispielsweise daraus, dass nicht alle Tarifverträge auf entsandte Beschäftigte anwendbar sind, durch regelmäßig erfolgte Abzüge bei der Entlohnung (z.B. von Reise- oder Unterkunftskosten) sowie durch missbräuchliche Praktiken von Entsendeunternehmen, wie z.B. vorenthaltene Lohnzahlungen oder Manipulationen bei der Arbeitszeit. Nach Auffassung des DGB besteht daher nicht nur bei der Frage der Entlohnung und von Lohnbestandteilen für entsandte Beschäftigte, sondern auch bei der Möglichkeit der Anwendung von nicht-allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen und der Bekämpfung von Missbrauch dringender Handlungsbedarf.

Der DGB fordert, dass im Rahmen der Revision klargestellt wird, dass die **Entsenderichtlinie kein reines Binnenmarktinstrument ist, sondern ein Instrument zum Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern**. Dies erfordert eine **Ausweitung der Rechtsgrundlage** unter Einbeziehung der sozialpolitischen Rechtsgrundlagen (Art. 153, 155 AEUV). Mit der Überarbeitung der Richtlinie muss zudem die durch die Serie von EuGH

Urteilen (Laval, Rüffert, KOM gegen Luxemburg) entstandene Fehlinterpretation der Entsenderichtlinie als Maximalstandard korrigiert werden und der **Charakter als Mindeststandard wiederhergestellt werden**.

Der DGB bedauert, dass die Kommission in ihrem Vorschlag zur Überarbeitung der Entsenderichtlinie weder den weit verbreiteten **Missbrauch durch Scheinentsendungen und Briefkastenfirmen**, noch das Problem der **unzureichenden Kontrollen** angehen will. Die Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie wird aus Sicht des DGB keinen nennenswerten Beitrag zur Bekämpfung der Probleme leisten. Es ist daher wichtig, dass in der Entsenderichtlinie selbst z.B. Kriterien zur Abgrenzung von Scheinentsendungen verankert werden.

In diesem Zusammenhang kritisiert der DGB auch, dass die Kommission den Vorschlag der Entsenderichtlinie **nicht, wie angekündigt, im Rahmen des Mobilitätspakets zusammen mit einem Vorschlag zur Überarbeitung der Verordnung (EU) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Sozialversicherung** vorgelegt hat. Für eine Stärkung der Rechte entsandter Beschäftigter, die Bekämpfung von Lohndumping und Wettbewerbsverzerrungen ist nicht nur die Überarbeitung der Entsenderichtlinie erforderlich, sondern eine Überarbeitung der genannten Verordnung mit dem Ziel, die weit verbreitete Praxis von Missbrauch von Arbeitgeberseite im Bereich der Sozialversicherung zu bekämpfen. Im Rahmen der Überarbeitung der VO (EU) Nr. 883/2004 fordert der DGB insbesondere das **System der Ausstellung und Kontrolle der sog. A 1 Bescheinigungen[8] fälschungssicherer zu machen**. Mittelfristig fordert der DGB die **Einrichtung eines europäischen Sozialversicherungsregisters**.

Der DGB begrüßt grundsätzlich den Ansatz der Kommission, **Entsendungen zeitlich zu begrenzen**, um die weit verbreitete Praxis von Dauer- bzw. Kettenentsendungen einzuschränken. Aus Sicht des DGB ist jedoch der vorgesehene Zeitraum von 24 Monaten viel zu lang und die vorgesehene Regel, nach der Entsendeeinsätze erst ab einer Dauer von sechs Monaten zusammengerechnet werden, für die Praxis völlig untauglich. Es muss zudem zweifelsfrei klargestellt werden, dass für entsandte Beschäftigte bei Überschreitung der zulässigen Entsendezeit das Recht des Aufnahmemitgliedstaats gilt, wenn dieses für den Beschäftigten günstiger ist. Keinesfalls dürfen dabei die Rechte der Beschäftigten eingeschränkt werden, die in ein Land mit niedrigeren Arbeits- und Sozialstandards entsandt werden.

Neben der Revision der Entsenderichtlinie und der Überarbeitung der Verordnung (EU) Nr. 883/2004 sind aus Sicht des DGB **dringend Änderungen auf primärrechtlicher Ebene** erforderlich, um das vorhandene Missverhältnis zwischen (sozialen) Grundrechten und wirtschaftlichen Grundfreiheiten zu beseitigen. Seit vielen Jahren fordern der Europäische Gewerkschaftsbund (EGB) und DGB die **Einführung einer Sozialen Fortschrittsklausel in den Europäischen Verträgen** zur Absicherung des Sozialen Fortschritts und zur Verankerung eines Rückschrittsverbots. Mit der Fortschrittsklausel soll in den Verträgen

[8] Bescheinigung über die Sozialversicherung des entsandten Arbeitnehmers im Herkunftsland

sichergestellt werden, dass den sozialen Grundrechten im Konfliktfall Vorrang vor den wirtschaftlichen Freiheiten einzuräumen ist.

Der DGB kritisiert entschieden **die Entscheidung der mittel- und osteuropäischen Parlamente mit dem Mittel der Subsidiaritätsrüge gegen die Überarbeitung der Entsenderichtlinie** vorzugehen. Ziel der Entsenderichtlinie ist es, für einen Bereich der grenzüberschreitenden Mobilität, Mindestarbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer festzulegen –zum Arbeitnehmerschutz und zur Förderung fairer Wettbewerbsbedingungen. Es handelt sich damit um einen Regelungsbereich, der von den Mitgliedstaaten per se nicht national geregelt werden *kann* und damit auch nicht den Grundsatz der Subsidiarität verletzt. Aus Sicht des DGB missbrauchen die betroffenen Mitgliedstaaten vielmehr ein wichtiges demokratisches Instrument zur Stärkung der Rechte nationaler Parlamente, um politisch gegen eine Initiative der Kommission vorzugehen. Damit fördern diese Mitgliedstaaten nicht nur weiter die Ausbeutung ihrer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und den unfairen Wettbewerb, sondern schaden langfristig dem demokratischen und sozialen Europa. Der DGB erwartet, dass die Kommission ihren Vorschlag – ohne weitere Verzögerungen und Zugeständnisse an die Initiatoren der Rüge – in den Gesetzgebungsprozess bringt. Der DGB fordert die Bundesregierung und die Mitglieder des Europäischen Parlaments auf, sich im Rahmen der Verhandlungen im Rat und im Europäischen Parlament für eine Verbesserung der Kommissionsvorschläge einzusetzen. Mit Blick auf die zunehmende Europaskepsis und den wachsenden Rechtspopulismus in Europa ist ein Zeichen zur Stärkung des Sozialen Europas und der Arbeitnehmerrechte dringend erforderlich.

3. DGB Position zu den Änderungsvorschlägen der Europäischen Kommission

3.1. Umsetzung des Prinzips „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit"

Zentrale Forderung des DGB ist die **Umsetzung des Prinzips „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort" für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer**. Es ist daher grundsätzlich zu begrüßen, dass das Thema durch die Initiative der Kommission erstmals auf der Agenda steht und zentraler Gegenstand der Überarbeitung der Entsenderichtlinie sein soll. Zur wirksamen Umsetzung des Prinzips sind aus Sicht des DGB die Vorschläge der Kommission aber zu verbessern und weitere Maßnahmen und Ergänzungen sind erforderlich.

3.1.1. *Entlohnung* statt „Mindestlohnsätze"

Zur Umsetzung des Prinzips sieht der Vorschlag der Kommission vor, den in Art. 3 Abs.1 c verwendeten Begriff „Mindestlohnsätze" durch den Begriff „Entlohnung" (Englisch „remuneration") zu ersetzen. In Abs. 1 wird der Begriff Entlohnung definiert: *„Für die Zwecke dieser Richtlinie umfasst die Entlohnung alle die Entlohnung ausmachenden Bestandteile, die gemäß den nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, für allgemein verbindlich*

erklärten Tarifverträgen (….) in dem Mitgliedstaat vorgeschrieben ist, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt ist.“ Die ursprüngliche Formulierung, dass der Begriff, *„durch die Rechtsvorschriften und/ oder Praktiken des Mitgliedstaats bestimmt, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt ist“*, wurde gestrichen. Stattdessen wird in Erwägungsgrund 12 festgelegt *„Es fällt in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, Entlohnungsvorschriften im Einklang mit ihren Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten festzulegen*", mit der entscheidenden Einschränkung *„Jedoch muss die Anwendung nationaler Entlohnungsvorschriften auf entsandte Arbeitnehmer durch die Notwendigkeit des Schutzes entsandter Arbeitnehmer gerechtfertigt sein und sie darf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung nicht unverhältnismäßig einschränken*". Die klare Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, Entlohnungsvorschriften zu bestimmen, muss zwingend im Text der Richtlinie selbst erhalten bleiben und darf nicht nur in den Erwägungsgründen aufgeführt werden.

Der **DGB begrüßt die Änderung des Begriffs „Mindestlohnsätze“ (minimum rates of pay) durch den weiteren Begriff „Entlohnung“ (remuneration) als Schritt in die richtige Richtung**. Damit folgt die Europäische Kommission der Rechtsprechung des EuGH im Fall C-396/13[9]. Allerdings ist dieser Begriff in der deutschen Übersetzung des Entwurfs enger als der im englischen Originalentwurf verwendete Begriff „remuneration“. Letzter kann auch Zuschläge und Tagegelder, die als Ausgleich für entstehende Nachteile aufgrund der Entsendung erfolgen, umfassen und Eingruppierungsbestimmungen, Sonderzahlungen usw. enthalten. Dies sollte in der deutschen Übersetzung des Richtlinienentwurfs korrigiert werden.

Es ist außerdem sicherzustellen, dass zumindest die nach ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätze des EuGH zur Anrechnung bzw. Nichtanrechnung von Entgeltbestandteilen unangetastet bleiben. Keinesfalls angerechnet werden dürfen z.B. Wegegelder, Überstundenzuschläge, vermögenswirksame Leistungen, Urlaubs- und Weihnachtsgelder sowie Erschwernis- und Spätschichtzulagen. Gleiches gilt für Ausgaben für Arbeits- und Betriebsmittel.

Daneben ist es erforderlich, den regelmäßig vorgenommenen Abzug von Reisekosten, Verpflegung und Unterkunft von den jeweils zutreffenden Arbeitsentgelten zu untersagen. Echte Entsendungen sind keine individuelle Migration, sondern immer Dienstreisen, deren Kosten der Arbeitgeber grundsätzlich zu tragen hat. Dies gilt umso mehr mit Blick auf die missbräuchliche und weit verbreitete Praxis von völlig überzogenen Abzügen für z.T. menschenunwürdige Unterkünfte. Gleiches gilt für die Praxis, nur für einen meist deutlich geringeren Heimatlohn im Herkunftsland Steuern und Sozialversicherungsbeiträge im Herkunftsland abzuführen und die Differenz zur geschuldeten Entlohnung im Arbeitsland als sozialversicherungs- und steuerfreie Entsendezulage zu gewähren.

Es ist zu begrüßen, dass **die Mitgliedstaaten weiterhin für die Festlegung/ Definition der Lohnbestandteile zuständig** sein sollen. Um mögliche Rechtsunklarheiten

[9] Sähköalojen ammattiliitto ry ./. Elektrobudowa Spółka Akcyjna

diesbezüglich zu vermeiden, fordert der DGB die Wiederaufnahme der Regelungen in den Text selbst unter ersatzloser Streichung der Einschränkung im 2. Satz des Erwägungsgrunds 12 , die vorsieht, dass nationale Entlohnungsvorschriften durch die Notwendigkeit des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt und an der Dienstleistungsfreiheit gemessen werden müssen. Aus Sicht des DGB ist der Verweis auf die Dienstleistungsfreiheit in diesem Zusammenhang aus europarechtlicher Sicht ohnehin nicht erforderlich. Um die uneingeschränkte Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu Definition und Festlegung der Lohnbestandteile zu gewährleisten, ist diese wieder in Artikel 3 der Richtlinie zu verankern, wie dies im ursprünglichen Text der Richtlinie mit Blick auf die Mindestlohnsätze vorgesehen war.

3.1.2. Anwendbare Tarifverträge

Darüber hinaus sind in Deutschland derzeit nur solche allgemeinverbindlichen Tarifverträge auf entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anwendbar, die sich auf die (wenigen) Regelungsgegenstände des § 5 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) beziehen. Von den insgesamt rund 71.900 gültigen Tarifverträgen sind derzeit nur 490 allgemeinverbindlich. Von diesen enthalten jedoch nur 20 Tarifverträge Regelungsbereiche, die international zwingend gelten. Damit profitieren entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer derzeit nur von einem verschwindend geringen Teil der für "inländische" Beschäftigte gültigen Tarifregelungen. Aus Sicht des DGB muss daher zur Umsetzung des Prinzips „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort" und zur Verhinderung von Lohndumping und Wettbewerbsverzerrungen den Mitgliedstaaten grundsätzlich auch **die Anwendung von nicht für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen ermöglicht werden**. Hierfür sollte in Art. 3 Abs. 8 sowie in dem neuen Zusatz in Art. 3 Abs. 1 (Definition „Entlohnung") verankert werden, dass auch Tarifverträge *mit einem breiten Anwendungsbereich* auf entsandte Arbeitnehmer angewendet werden können. Die konkrete Ausgestaltung sollte je nach nationalen Praktiken und Gepflogenheiten auf Ebene der Mitgliedstaaten erfolgen.

3.1.3. Veröffentlichung der Lohnbestandteile auf einer Internetseite

Der DGB sieht schließlich keine Notwendigkeit einer neuen Regelung in der Entsenderichtlinie, die vorschreibt, die die Entlohnung ausmachenden Bestandteile auf einer einzigen offiziellen Internetseite gemäß Art. 5 der Durchsetzungsrichtlinie[10] zu veröffentlichen. Art. 5 Abs. 2 b) der Durchsetzungsrichtlinie sieht bereits vor, dass die anzuwendenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auf einer nationalen Website veröffentlicht werden. In jedem Fall kann eine solche Regelung allenfalls deklaratorischen Charakter haben.

3.2. Zeitliche Begrenzung von Entsendungen und Rechtfolge bei Überschreitung der zulässigen Entsendedauer

Der Kommissionsvorschlag sieht eine Begrenzung der Entsendedauer auf 24 Monate vor. Als Rechtsfolge soll nach einer Dauer von 24 Monaten das Recht des Mitgliedstaats gelten,

[10] Richtlinie 2014/67/EU

in dessen Hoheitsgebiet ein Arbeitnehmer entsandt ist. Ab dann ist dieser als der Staat anzusehen, in dem der entsandte Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich verrichtet. Die neue Regelung sieht zudem eine Kumulationsregel vor, nach der Entsendeeinsätze ab einer Dauer von 6 Monaten zusammengerechnet werden sollen.

3.2.1. Zeitliche Begrenzung von Entsendungen

Der DGB begrüßt grundsätzlich die Begrenzung der Entsendedauer im Regelungsbereich der Entsenderichtlinie. In der Praxis sind dauerhafte bzw. immer wiederkehrende Entsendungen bis hin zu mehrjährigen Kettenentsendungen an der Tagesordnung. Aus Sicht des DGB ist **die Begrenzung auf 24 Monaten jedoch für die Praxis untauglich und sollte deutlich verkürzt werden**. So betrug nach eigener Auffassung der Kommission die durchschnittliche Dauer von Entsendungen 2014 sogar weniger als vier Monate (103 Tage).[11] In Deutschland dauern z.B. im Baubereich 90 % der Entsendungen unter sechs Monaten. Daher würde auch eine Kumulationsregel, die erst ab einer Entsendedauer von 6 Monaten gilt, ins Leere laufen. **Der DGB fordert daher eine Regelung, nach der Entsendezeiträume ab dem ersten Tag zusammengerechnet werden**. Damit die Regelung nicht nur zu einem Austausch von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern führt, ist wichtig, dass der Bezugspunkt hierfür der konkrete Arbeitsplatz bleibt. Hierbei ist der Arbeitgeber zu verpflichten, Transparenz über die Arbeitsplätze herzustellen und den Beschäftigten und den zuständigen Behörden z.B. Auskunft darüber zu erteilen, wie viele Beschäftigte wie lange vorher auf der Stelle beschäftigt waren.

3.2.2. Rechtsfolge bei Überschreitung der zulässigen Entsendedauer

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass bei einer Überschreitung der Höchstentsendezeit grundsätzlich das Recht des Aufnahmemitgliedstaates gilt. Aus Sicht des DGB ist hierbei jedoch problematisch, dass in Erwägungsgrund 8 auf die Rom-I-Verordnung[12] verwiesen wird („Für die Arbeitnehmer gelten insbesondere der Schutz und die Leistungen gemäß der ROM-I-Verordnung"). Nach Art. 8 der Rom-I-VO unterliegen Individualarbeitsverträge grundsätzlich der Rechtswahl der Parteien. In der Praxis bedeutet das, dass der Dienstleistungserbringer mit dem Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmerin die Geltung des (in der Regel ungünstigeren) Rechts des Herkunftslands vereinbaren kann. Lediglich *„zwingende arbeitnehmerschützende"* Bestimmungen des Aufnahmestaates (sog. ordre public interne) können dabei nicht ausgehebelt werden. Gegenwärtig ist noch nicht geklärt, was darunter zu verstehen ist. Damit besteht für den entsandten Beschäftigten eine entscheidende Schutzlücke, die in der Entsenderichtlinie geschlossen werden muss. Folglich ist in der Entsenderichtlinie klarzustellen, dass es sich bei den Bestimmungen des ordre public interne um Schutznormen handelt, die den Arbeitnehmer als unterlegene Partei vor dem Arbeitgeber schützen. Um dem entsandten Beschäftigten durch eine Dauerentsendung vom Dienstleistungserbringer zudem keinen Nachteil entstehen zu lassen, wenn im Einzelfall das Recht des Herkunftslands günstiger ist, ist ein Verweis auf das Günstigkeitsprinzip in Art. 3 Abs. 7

[11] Impact Assessment, S. 39; SWD(2016) 52 final

[12] Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)

der Entsenderichtlinie wichtig. Da Art. 23 Rom-I-VO ausdrücklich die Anwendung von speziellerem Recht zulässt, fordert der DGB, dass **mit Blick auf die Rechtsfolge und unter Verweis auf Art. 23 Rom-I-VO in der Entsenderichtlinie festgelegt wird, dass bei Überschreitung der zulässigen Entsendedauer das Recht des Aufnahmemitgliedstaats gilt, es sei denn, die Bedingungen des Herkunftslands sind für den Arbeitnehmer günstiger**.

Problematisch ist aus Sicht des DGB des Weiteren der **Beginn der Fiktion der Anwendung des Rechts des Aufnahmestaates**. Erwägungsgrund 8 enthält in Satz 4 die Aussage, dass der Statutenwechsel ab Beginn der Entsendung eintreten soll, wenn diese für mehr als 24 Monate geplant ist, bei tatsächlicher (nicht geplanter) Überschreitung des 24-Monatszeitraums hingegen erst ab dem ersten Tag nach Ablauf der 24 Monate. Dagegen, dass ein Statutenwechsel erst später eintritt, ist dann nichts zu sagen, wenn zunächst tatsächlich eine vorübergehende Entsendung (hier nun auf höchstens 24 Monate konkretisiert) vorgesehen ist und die Parteien später übereinkommen, die Entsendung zu verlängern. Das in Erwägungsgrund 8 niedergelegte Verständnis lässt allerdings einen Missbrauch befürchten. Denn es würde entsendenden Arbeitgebern frei stehen, regelmäßig formal eben keine 24 Monate überschreitende Entsendung vorzusehen (auch wenn dies objektiv, z.B. weil ein Projekt für 30 Monate vorgesehen ist, erforderlich wäre), um damit dem Statutenwechsel ab Beginn der Entsendung entgegenzuwirken. Die erste Variante in Artikel 2a Abs. 1 (vorgesehene Entsendungsdauer über 24 Monate) wäre dann praktisch bedeutungslos. Hier muss eindeutig klargestellt werden, dass es bei der **Berechnung der 24 Monate** auf die **objektive Betrachtung** ankommt.

Auch ist nicht einsichtig, warum der Statutenwechsel erst nach 24 Monaten eintreten soll, wenn die Parteien z.B. schon nach 12 oder 15 Monaten eine Verlängerung der (ursprünglich für kürzere Zeit geplanten) Entsendung z. B. um weitere 15 Monate vereinbaren und damit schon ab dann feststeht, dass der 24-Monatszeitraum überschritten wird.

Die vorgesehene Rechtsfolge der Anwendung des Arbeitsstatuts des Aufnahmelandes sollte auch für Missbrauchs-Fälle vorgeschrieben werden, wie Scheinentsendung oder fehlende Entsendeeigenschaft des Unternehmens, verdeckter Verleih oder Synchronisationsbeschäftigung nur für Entsendung. Sie sollte dann – ggf. rückwirkend – vom ersten Tag der Tätigkeit im Aufnahmestaat an gelten.

3.3. Regelung zu Unteraufträgen

Durch den Vorschlag für einen neu eingefügten Art. 3 Abs. 1a wird den Mitgliedstaaten insbesondere die Regelungsmöglichkeit eingeräumt, Unteraufträge – sei es im Rahmen privater oder öffentlicher Aufträge – an die gleichen Arbeits- und Entlohnungsbedingungen zu knüpfen, wie sie für inländische Unternehmen gelten. Aus Sicht des DGB ist diese Regelung grundsätzlich zu begrüßen, zumal in den Erläuterungen des Richtlinienvorschlags auch klargestellt ist, dass dies auch für Entlohnungsbedingungen gilt, die in nicht allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen geregelt sind. Problematisch ist aus Sicht des DGB, dass dies

nicht im Richtlinientext selber verankert ist. Durch die neu eingefügte Definition des Begriffs „Entlohnung" am Ende von Art. 3 Abs. 1 bezieht sich der Begriff „für die Zwecke dieser Richtlinie" nur auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften und auf für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge. Hieraus ergibt sich zumindest eine Rechtsunklarheit, die beseitigt werden muss.

Der DGB kritisiert zudem die in Erwägungsgrund 14 verankerte Einschränkung, dass diese Vorschriften die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung nicht unverhältnismäßig einschränken dürfen. Daraus könnte gefolgert werden, dass die Neuregelung z.B. keine Tariftreueregelungen zulässt, da weiterhin im Einzelfall entschieden werden muss, ob diese im Einklang mit der Dienstleistungsfreiheit stehen. Allerdings steht dies in Widerspruch zum jüngsten EuGH-Urteil in Sachen „Regio Post" (C-115/14) vom 17.11.2015. Hier hat der EuGH den vergabespezifischen Mindestlohn im Tariftreuegesetz von Rheinland Pfalz als europarechtskonform eingestuft - in Abkehr von seiner bisherigen – vom DGB kritisierten - Dogmatik nach der der Rüffert-Entscheidung. Damit hat er die Spielräume für lohnpolitische bzw. branchenspezifische Vorgaben im Vergaberecht erhöht. Der entsprechende Halbsatz ist daher aufgrund der ergangenen Rechtsprechung in Erwägungsgrund 14 zu streichen.

3.4. Leiharbeit im Rahmen von Entsendungen

Durch die Neuregelung in Art. 3 Abs. 1c müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, die Verleiher zu verpflichten, den in das Aufnahmeland entsandten Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmern die Bedingungen nach Art. 5 der EU-Leiharbeitsrichtlinie[13] zukommen zu lassen, wie es auch vergleichbare inländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erhalten.
Aus Sicht des DGB ist es richtig, dass diese Gleichbehandlung bei Entgelt- und Arbeitsbedingungen in der Richtlinie ausdrücklich von den Mitgliedsstaaten verlangt wird. Infolgedessen werden die entsandten Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer auch die höheren Branchenmindestlöhne erhalten müssen, wie dies auch in der nationalen Vorschrift des § 8 Abs.3 AEntG vorankert ist.

3.5. Entsendung in hochmobilen Sektoren

Der DGB kritisiert, dass die Kommission mit dem Vorschlag zur Überarbeitung der Entsenderichtlinie die Chance verpasst, Lösungen für die unzureichende Regulierung im Bereich der Entsendung in hochmobilen Sektoren, wie beispielsweise dem internationalen Straßenverkehr zu finden. Stattdessen hält sie in Erwägungsgrund 10 fest, dass diese Herausforderungen durch „sektorspezifische Rechtsvorschriften und andere EU-Initiativen" angegangen würden. Der DGB lehnt dieses Vorgehen ab und fordert die Streichung des Erwägungsgrunds 10. Durch den Vorschlag der Kommission, spezifische Regelungen für hochmobile Sektoren an anderer Stelle zu behandeln, ist zu befürchten, dass diese damit

[13] Richtlinie 2014/67/EU

auf unbestimmte Zeit herausgezögert würde, obwohl hier dringender Handlungsbedarf besteht. Aus Sicht des DGB ist in der Entsenderichtlinie insbesondere zu verankern, dass in hochmobilen Sektoren, in denen im Rahmen einer Entsendung grenzüberschreitend Dienstleistungen in einem anderen oder mehreren Mitgliedstaaten erbracht wird, der Ort als Ort der Entsendung anzusehen ist, an dem Dienstleistung auf den nationalen Markt wirkt. Dies muss für die gesamte Dauer der Dienstleistung und die Zeiten bis zu einer anschließenden erneuten Dienstleistung gelten.

4. Weitere Anforderungen des DGB an die Revision der Entsenderichtlinie

4.1. Mindestcharakter der Richtlinie wieder herstellen

Mit seiner Auslegung der Entsenderichtlinie als „Maximalrichtlinie" hat der EuGH mit den Urteilen Laval[14], Rüffert[15] und Kommission gegen Luxemburg[16] in den Jahren 2007/ 2008, die Richtlinie in ihr Gegenteil verkehrt. Aus einem sozialen Mindeststandard wurde ein „Höchststandard", über den die Mitgliedstaaten nicht hinausgehen dürfen. Dies widerspricht dem Willen des Gesetzgebers und muss im Rahmen der Revision der Richtlinie korrigiert werden. Obwohl sowohl Art. 3 Abs. 7 als auch Erwägungsgrund 17 der aktuellen Richtlinie festlegen, dass die in Art. 3 verankerten Arbeitsbedingungen der Anwendung von für den Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegenstehen, hat der EuGH in den genannten Entscheidungen sowohl Art. 3 Abs. 7 als auch Art. 3 Abs. 10 (Abweichung im Bereich der öffentlichen Ordnung) so restriktiv ausgelegt, dass die in Art. 3 Abs. 1 festgelegten Bedingungen Maximalstandards wurden und die Mitgliedstaaten in diesen Bereichen keine für den Arbeitnehmer günstigeren Bedingungen vorsehen dürfen. Es müsste daher in Art. 3 Abs. 1 dringend klargestellt werden, dass die Bedingungen Mindestcharakter haben.

4.2. Ausweitung der Rechtsgrundlage

Um der Tatsache gerecht zu werden, dass die Entsenderichtlinie kein reines Binnenmarktinstrument ist, sondern ein Instrument zum grenzüberschreitenden Schutz der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und zur Förderung eines fairen Wettbewerbs fordert der DGB **eine Ausweitung der Rechtsgrundlage**. Der Rechtsgrundlage sollten folglich Art. 151 und 153 AEUV (Sozialpolitik) hinzugefügt werden. Der DGB begrüßt in diesem Zusammenhang, dass im Richtlinienvorschlag in Erwägungsgrund 1 das Ziel eines fairen Wettbewerbs und der Wahrung der Arbeitnehmerrechte enthalten ist.

[14] Rs. C-341/05
[15] Rs. C-346/06
[16] Rs. C-319/06

4.3. Kontrollen verbessern, Scheinentsendungen und Briefkastenfirmen wirksam bekämpfen

Nach Auffassung des DGB wird die **nationale Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie**[17] die mit der Richtlinie gemachten Versprechen zur Bekämpfung von Missbrauch durch Scheinentsendungen und Briefkastenfirmen nicht einlösen. Anstatt die Mitgliedstaaten zu effizienten Kontrollen und Haftungsregeln zu verpflichten, werden die Möglichkeiten für die Behörden eingeschränkt. Auch der Missbrauch durch Briefkastenfirmen und Scheinentsendungen wird durch unverbindliche Definitionen und Rechtsfolgen nicht bekämpft. So hat die Bundesregierung in einem Bericht zum Stand der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie[18]– trotz der massiven Probleme in der Praxis – erklärt, „Deutschland hat bei den Punkten der Richtlinie, die bei den Verhandlungen zur Durchsetzungsrichtlinie ganz besonders im Zentrum der Diskussion standen, nach hiesiger Einschätzung keinen speziellen Umsetzungsbedarf". Dies betrifft sowohl die Kontrollmaßnahmen als auch die in Art. 4 der Richtlinie enthaltenen Definitionselemente für das Vorliegen einer Entsendung im arbeitsrechtlichen Sinne.

Aus Sicht des DGB ist es daher notwendig, in der Entsenderichtlinie selbst **eine klare Definition zu verankern, die zwischen der echten, gelegentlichen Entsendung von sonst auch im Herkunftsland beschäftigten Stammpersonal einerseits und der Scheinentsendung nur zum Zwecke des unfairen Wettbewerbs rechtssicher unterscheidet**. Erforderlich ist hierzu insbesondere eine Regelung, die vorsieht, dass Beschäftigte erst entsandt werden dürfen, wenn sie bereits einige Zeit für dieselbe Firma im Heimatland tatsächlich gearbeitet haben. Eine Einstellung zum Zwecke der Entsendung sollte ausgeschlossen sein. Zur Bekämpfung von Briefkastenfirmen sollten Firmen, die im Heimatland selbst nicht die im europäischen Ausland von ihnen angebotenen Dienstleistungen mit eigenen Kräften erbringen, von der Entsendemöglichkeit ausgeschlossen werden.

Auch missbräuchliche Praktiken durch Dienstleistungserbringer tragen wesentlich dazu bei, dass entsandte Beschäftigte in der Praxis schlechtere Arbeits- und Entlohnungsbedingungen haben, als dauerhaft in Deutschland arbeitende Beschäftigte. Dies betrifft z.B. die Nichtbezahlung oder Unterbezahlung von Überstunden, verspätete oder vorenthaltende Lohnzahlungen, Manipulationen von Arbeitszeiten etc. Die **Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten zur Verhinderung des Missbrauchs der Dienstleistungsfreiheit** durch Arbeitgeber müssen aus Sicht des DGB daher **erweitert** werden. Erforderlich ist eine Ausweitung der Zahl der Kontrollen der Unternehmen auch durch mehr Personal bei den Kontrollbehörden. Bei Verstößen müssen Sanktionen bis hin zum Entzug der Gewerbeerlaubnis und dem Ausschluss von öffentlicher Auftragsvergabe verhängt werden können. Auch müssen die Möglichkeiten zur **grenzüberschreitenden Zusammenarbeit** weiter

[17] Richtlinie 2014/67/EU vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG

[18] Unterrichtung durch das BMAS; Bericht der Bundesregierung zum Stand der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie 2014/67; Ausschussdrucksache 18(11)442

verbessert werden. Staatliche Kontrollbehörden und Kontrolleinrichtungen der Sozialversicherungsträger brauchen aus Sicht des DGB eine klare Rechtsgrundlage für die Zusammenarbeit, um schnell Missbräuche bei der Entsendung aufzudecken und zu sanktionieren.

4.4. Beratung und Unterstützung von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern

Grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind mit arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen konfrontiert, die sie nicht kennen oder wegen fehlender Sprachkenntnisse nicht verstehen. Besonders kompliziert ist die Konstellation, wenn rechtliche Regelungen aus dem Sitzland des Entsendeunternehmens und der Arbeitsortlandes gelten. Um Ausbeutung und Missbrauch der Entsendung einzugrenzen, **müssen die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer umfassend informiert und beraten werden**. Bislang besteht nur ein Recht auf Information gegenüber dem jeweiligen Entsendearbeitgeber, der häufig selbst kein Interesse an ausreichenden Informationen z.B. über Regelungen im Land des Arbeitsortes hat.

Der DGB fordert, dass in der Entsenderichtlinie ein **umfassender eigenständiger Anspruch von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf Information und Beratung** gegenüber dem Sitzland des Entsendeunternehmens wie auch gegenüber dem Arbeitsortland verankert werden muss. Da entsandte Beschäftigte innerhalb eines Jahres häufig in unterschiedlichen Mitgliedstaaten der EU eingesetzt werden, müssen nicht nur die jeweiligen Mitgliedstaaten zur Information und Beratung verpflichtet werden. Es ist Aufgabe der Europäischen Union, ein ausreichendes Angebot an Information und Beratung (face-to-face) sowie zur Vernetzung nationaler Beratungseinrichtungen zur Verfügung zu stellen.