

September 2010

WISO

Diskurs

Expertisen und Dokumentationen
zur Wirtschafts- und Sozialpolitik

Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Union

Rechtliche Rahmenbedingungen
und politischer Handlungsbedarf

Gesprächskreis
Migration und Integration





Expertise im Auftrag des Gesprächskreises Migration
und Integration der Friedrich-Ebert-Stiftung

Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit in der Europäischen Union

Rechtliche Rahmenbedingungen
und politischer Handlungsbedarf

Frank Lorenz

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	4
Tabellenverzeichnis	5
Abkürzungsverzeichnis	6
Zusammenfassende Thesen	7
1. Einleitung	8
2. Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Deutschland, Frankreich und Großbritannien	10
3. Zuwanderung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach dem deutschen Aufenthaltsrecht	12
3.1 Rechtliche Bestimmungen	12
3.2 Empirische Daten	13
4. Erbringung von Dienstleistungen	16
4.1 Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit	16
4.2 Möglichkeiten nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie	16
4.3 Einschränkungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz	17
4.4 Fehlendes empirisches Material	18
5. Möglichkeiten zur Niederlassung von Selbstständigen	20
5.1 Grundsätze der Niederlassungsfreiheit	20
5.2 Missbrauch der Niederlassungsfreiheit im Wechselspiel mit der Dienstleistungsfreiheit	22
5.3 Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit gegenüber der Dienstleistungsfreiheit	22
6. Zwischenfazit 1	24

Diese Expertise wird von der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung veröffentlicht. Die Ausführungen und Schlussfolgerungen sind vom Autor in eigener Verantwortung vorgenommen worden.

7. Sozialversicherungsrechtliche Bedingungen der Mobilität	25
8. Veränderungen durch die Aufhebung der Freizügigkeitsbeschränkungen – das Sonderproblem grenzüberschreitender Leiharbeit	27
9. Veränderungen durch die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie	30
9.1 Auswirkungen auf den deutschen Arbeitsmarkt	30
9.2 Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen	33
9.3 Auswirkungen auf das deutsche Arbeits- und Sozialrecht	34
10. Zwischenfazit 2	35
11. Möglichkeiten zur Herstellung gleicher Arbeits- und Entlohnungsbedingungen	36
12. Fazit und politische Handlungsempfehlungen	38
Literaturverzeichnis	41
Der Autor	43

Vorbemerkung

Die Personenfreizügigkeit, die die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit umfasst, die Dienstleistungsfreiheit, die Warenverkehrsfreiheit und die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs sind die vier Grundfreiheiten der Europäischen Union. Deutschland hat allerdings für die neuen mittel- und osteuropäischen Mitgliedsländer der EU, mit Ausnahme Maltas und Zyperns, Übergangsfristen für die Gewährung der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbart. Übergangsfristen gibt es auch für die Gewährung der Dienstleistungsfreiheit in bestimmten Branchen, wie z. B. dem Bau- und Reinigungsgewerbe. Für acht dieser Länder enden diese Befristungen zum 30.4.2011, für Bulgarien und Rumänien spätestens am 1.1.2014.

In diesem Gutachten werden die unterschiedlichen Möglichkeiten erörtert, für Bürger aus den neuen osteuropäischen Staaten in Deutschland eine abhängige Beschäftigung aufzunehmen, eine Dienstleistung zu erbringen oder sich selbstständig zu machen. Insbesondere die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern kann ohne begleitende Schutzmaßnahmen zu einem Lohndumping und schlechteren Arbeitsbedingungen führen. Die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohnes für die Bereiche, die

keinen branchenspezifischen Mindestlohn haben, ist deshalb geboten. Es bestehen weiterhin erhebliche Unklarheiten über das Ausmaß und die Wirkungen der unterschiedlichen Formen der Zuwanderungen aus den neuen EU-Staaten. Mehr Informationen und gesicherte Daten würden helfen, Missbrauchsfälle zu erkennen und zukünftig zu verhindern.

Die Gewerkschaften und die Betriebsräte sind gefordert, sich auf die neuen Zuwanderergruppen und die Lebensbedingungen der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einzustellen. Wichtig ist es z. B., sie über ihre Rechte zu informieren und ihnen auch den Zugang zu gewerkschaftlichen Leistungen im Zielland zu gewähren. Vor allem müssen Politik, Arbeitgeber und Gewerkschaften das Prinzip „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ umsetzen.

Dieses Gutachten soll helfen, die komplexen rechtlichen Zuwanderungsregelungen besser zu verstehen. Es entwickelt Vorschläge, wie faire und soziale Arbeitsbedingungen zu gewährleisten sind.

Günther Schultze

Leiter des Gesprächskreises Migration
und Integration der Friedrich-Ebert-Stiftung

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Arbeitsgenehmigungen für eine erstmalige oder erneute Beschäftigung bzw. Fortsetzung einer Beschäftigung und Ablehnung nach Staatsangehörigkeiten im Jahr 2009	14
Tabelle 2: Arbeitserlaubnisverfahren der Zentralen Auslands- und Fachvermittlung (ZAV) nach Staaten im Jahr 2009	14
Tabelle 3: Jahresdurchschnittlich beschäftigte Arbeitnehmer im Rahmen von Werkverträgen auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarung	15
Tabelle 4: Zahl der beschäftigten Werkvertragsarbeitnehmer am 12.7.2010 nach Bundesländern	15
Tabelle 5: Umfang der Entsendungen / EWR-Staaten, für welche die Dienstleistungsfreiheit im Bausektor noch nicht umgesetzt ist, und Staaten außerhalb des EWR	32

Abkürzungsverzeichnis

AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ALG II	Arbeitslosengeld II
AO	Abgabenordnung
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
ArGV	Arbeitsgenehmigungsverordnung
ASAV	Anwerbestoppausnahmereverordnung
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BeschV	Beschäftigungsverordnung
BeschVerfV	Beschäftigungsverfahrensverordnung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BZA	Bundesverband Zeitarbeit
DL-RL	Dienstleistungsrichtlinie
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
EG	Europäische Gemeinschaft
EGB	Europäischer Gewerkschaftsbund
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
FKS	Finanzkontrolle Schwarzarbeit
FreizügG/EU	Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern
GewO	Gewerbeordnung
GKV	Spitzenverband Gesetzliche Krankenversicherung
IGR	Interregionaler Gewerkschaftsrat
MOE	Mittel- und Osteuropa
SGB	Sozialgesetzbuch
SOKA-BAU	Sozialkassen für das Baugewerbe und der Bauwirtschaft
ULAK	Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft
ZAV	Zentrale Auslands- und Fachvermittlung
ZVK	Zusatzversorgungskasse

Zusammenfassende Thesen

(1) Die bisher bestehenden Beschränkungen der Freizügigkeit im deutschen Aufenthalts- und Arbeitserlaubnisrecht werden zunehmend aufgehoben, so vor allem im Hinblick auf die beigetretenen MOE-Staaten. Damit schließt sich die Bundesrepublik einem in anderen EU-Mitgliedsstaaten zu beobachtenden Trend an.

(2) Die Aufhebung der Freizügigkeitsbeschränkungen dürfte aber nur begrenzt dazu führen, dass es zu einem Anstieg der Zahl der Migrantinnen und Migranten kommt, d. h. derjenigen Beschäftigten, die in einen anderen EU-Mitgliedsstaat wechseln, um dort dauerhaft eine Beschäftigung aufzunehmen. Dem stehen nach wie vor sprachliche, kulturelle und qualifikatorische Hindernisse sowie erhebliche Defizite in der Teilhabe am politischen Prozess entgegen.

(3) Es ist vielmehr im Zusammenspiel der Aufhebung der Freizügigkeitsbeschränkungen mit den Erleichterungen für grenzüberschreitende Dienstleistungen damit zu rechnen, dass die unfreiwillige Mobilität durch Entsendung nach Deutschland im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses im Herkunftsstaat zunehmen wird. Verlässliche Zahlen über die gegenwärtige Entsendung nach Deutschland fehlen.

(4) Die zu erwartende Zunahme von Entsendungen nach Deutschland führt zu Handlungsbedarfen vor allem im Arbeits-, Wirtschafts- und Steuerrecht, um Einnahmeausfälle für den Fiskus und die Sozialversicherungsträger zu vermeiden und zugleich sowohl die Rechte der entsandten Beschäftigten im Zielland zu sichern als auch die Gefährdung von Arbeitsplätzen im Zielland durch Lohndumping zu verhindern.

(5) Nur wenn dies gelingt, kann Mobilität in Europa ein Beitrag zur Stärkung der Bürgerrechte und damit zugleich zur Akzeptanz der europäischen Idee sein.

1. Einleitung

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen gehört als eine der vier Grundfreiheiten des Europäischen Vertrags zu den verfassungsrechtlichen Säulen des bestehenden Gemeinschaftsrechts. Mit der Aufhebung der Beschränkungen für die Freizügigkeit von Staatsangehörigen aus den MOE-Beitrittsstaaten zum 1.5.2011 gewinnt sie noch einmal an Bedeutung.

Aufgrund des Verbots der Schlechterstellung von Arbeitnehmern aus dem EU-Ausland und der Weiterentwicklung des nationalen Rechts bestanden in den vergangenen Phasen der Freizügigkeitsbeschränkungen Möglichkeiten zur Zuwanderung und zur Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus den 2004 beigetretenen Staaten. Dazu gehören neben der nicht beschränkten Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit, die nur für einzelne Wirtschaftszweige beschränkt wurde, die Werkvertragskontingente und die Zuwanderung gemäß Aufenthaltsrecht. Das Aufenthaltsrecht wurde in den letzten Jahren im Sinne der erleichterten Möglichkeiten zur Zuwanderung von Erwerbstätigen aus den MOE-Staaten liberalisiert. Diese Zuwanderungs- bzw. Beschäftigungsmöglichkeiten wurden in unterschiedlicher Weise genutzt. Daten zur Inanspruchnahme liegen allerdings nur eingeschränkt vor.

Dies gilt auch für die Mobilität, von der Beschäftigte aus eigenem Antrieb Gebrauch machen. Die Europäische Kommission hatte das Jahr 2006 zum „Europäischen Jahr der Mobilität der Arbeitnehmer“ erklärt. Mit dieser Initiative sollten die Bürger und Bürgerinnen auf die innerhalb der EU vorhandenen Arbeitsmöglichkeiten und über ihre Rechte und Ansprüche aufgeklärt werden. So wird die Mobilität von Arbeitnehmern nach jüngsten Erhebungen des Eurobarometers von 60 Prozent der repräsentativ befragten Personen

durchaus als positiver Beitrag zur Europäischen Union aufgefasst, die tatsächliche Inanspruchnahme liegt jedoch weit darunter. Gaben in der Befragung noch drei Prozent an, schon einmal in einem anderen Land gearbeitet zu haben, sind es tatsächlich nur weniger als ein Prozent der Erwerbsbevölkerung, die dauerhaft grenzüberschreitend tätig sind (Europäische Kommission 2010: 8f.; Bertold/Neumann 2003: 4). Allerdings können sich 23 Prozent einen Umzug infolge von Arbeitslosigkeit im Heimatland vorstellen. Hierbei handelt es sich freilich um die Freizügigkeit im eigentlichen Sinne, d.h. um den Wechsel des Wohnortes zur Aufnahme der Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat.

Zugleich sind zum 1.1.2005 die rechtlichen Grundlagen für die hieraus folgende Koordinierung der Sozialversicherungssysteme mit der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 neu gefasst worden. Bisher entwickelte sich das Freizügigkeitsrecht eingedenk der Zuständigkeitsverteilung zwischen den Mitgliedstaaten einerseits und der Europäischen Union andererseits zunächst unabhängig von den anderen Grundfreiheiten, vor allem der Dienstleistungsfreiheit. Auseinandersetzungen betrafen daher vor allem den Export von Sozialleistungen in den jeweiligen Aufenthaltsstaat – diese Konflikte sind auch heute noch in Bezug auf Leistungen wie das ALG II oder die Riester-Rente präsent. Sie verdecken zum Teil jedoch die grundlegendere Problematik der Ökonomisierung der Sozialleistungssysteme der EU-Mitgliedstaaten. Betraf dies noch in den 1990er Jahren des 20. Jahrhunderts die Fragestellung, ob z.B. Unionsbürger in anderen Mitgliedstaaten Gesundheitsdienstleistungen in Anspruch nehmen können oder von ihrer Krankenversicherung dazu veranlasst werden können, sind die heute diskutierten Ansätze struktureller Natur. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass z.B. das Gesundheits-

wesen als Teil des gemeinsamen Binnenmarktes von der Lissabon-Strategie der Union erfasst ist und daher eine zunehmend marktwirtschaftlich orientierte Steuerung des Systems Platz greift. Insoweit geht die Verknüpfung der Grundfreiheiten untereinander in ihren Folgewirkungen weit über die mobilitätsbedingte Koordinierung der Sozialleistungssysteme hinaus und wirft die Frage nach mitgliedstaatlicher Steuerfähigkeit auf.

Dies gilt ebenso für die Auswirkungen, die die hier als Annex-Freizügigkeit (Lorenz 1996: 7) bezeichnete Mobilität entsandter Beschäftigter auf das Arbeits- und Sozialrecht hat. Es handelt sich hierbei um eine Form der Mobilität, die nicht freiwillig ist, sondern aus den Bedingungen des jeweiligen Arbeitsverhältnisses folgt. Hier sind verschiedene Gestaltungen denkbar: Es gibt Beschäftigte, die nur dann und wann zu Auslandsaufenthalten eingesetzt werden; es gibt Beschäftigte – namentlich in höheren Gehaltskategorien –, für die eigene Entsendungsvereinbarungen geschlossen werden und schließlich treffen wir zunehmend auf Beschäftigte, die z. T. unter Umgehung zwingender gesetzlicher Regelungen zwar

in einem Mitgliedsstaat eingestellt werden, aber nur mit dem alleinigen Ziel, im Ausland eingesetzt zu werden. Schon bisher ließ sich konstatieren, dass die historisch bedingte Verschiedenheit der Arbeitsrechtssysteme der EU-Mitgliedstaaten eine Harmonisierung nur in struktureutralen Rechtsgebieten wie z.B. dem Arbeitsschutz oder (schon eingeschränkter) im Diskriminierungsschutz zulässt. Nunmehr führt die Zunahme entsandter Beschäftigter u.a. auf Grund neuer Rechtsinstrumente wie der EU-Dienstleistungsrichtlinie nicht unbedingt zum Export des jeweiligen kollektiven Arbeitsrechts und seiner Durchsetzungsmöglichkeiten, sondern relativiert diese vielmehr durch ihre Konfrontation mit der Dienstleistungs- und der Niederlassungsfreiheit. Ob diese Entwicklung von Dauer ist, wird davon abhängen, in welchem Maße es sowohl auf der europäischen und mitgliedstaatlichen Ebene als auch durch nichtstaatliche Akteure (hierzu Krebber 2008: 141) gelingt, Regulierungsfähigkeit und -willen zu entwickeln. Hierzu soll die vorliegende Untersuchung einen Beitrag leisten.

2. Beschränkungen der Freizügigkeit in Deutschland, Frankreich und Großbritannien

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist eine der im Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten und in Art. 45 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verankert. Hiermit ist das Recht gemeint, sich zur Bewerbung um tatsächlich angebotene freie Stellen und zur Ausübung einer abhängigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates aufzuhalten und dabei die gleichen Rechte zu haben wie Staatsangehörige dieses Mitgliedsstaates (Fuchs 2008: 63). Mit dem am 1.5.2004 erfolgten Beitritt der mittelosteuropäischen Staaten (MOE-Staaten) Polen, Tschechien, Slowakei, Slowenien, Ungarn, Lettland, Litauen, Estland, Malta und Zypern und des am 1.7.2007 erfolgten Beitritts Bulgariens und Rumäniens befürchteten die meisten der bisherigen EU-15 Staaten eine extreme Zunahme der Zuwanderung aus diesen MOE-Staaten und sahen daher ein Bedürfnis zur Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit¹.

Im Zuge des Beitritts wurden mit Ausnahme der Staaten Malta und Zypern Übergangsregelungen für die Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in den Beitrittsverträgen festgeschrieben. Die Übergangsfristen sind in drei Phasen (2 Jahre + 3 Jahre + 2 Jahre) aufgeteilt und auf maximal sieben Jahre beschränkt. Die Übergangsregelungen sehen vor, dass die Bestimmungen einer so genannten „Stillstandsklausel“ eingehalten werden müssen. Bestandteile dieser Klausel sind:

- die Fortgeltung der bisherigen nationalen Bestimmungen zur Zuwanderung;
- die Erteilung einer Arbeitsberechtigung, wenn ein Angehöriger bereits länger als 12 Monate zum nationalen Arbeitsmarkt zugelassen ist;

- die Bevorzugung gegenüber neu einreisenden Drittstaatsangehörigen bei der Erteilung einer Arbeitserlaubnis.

Die Mitgliedstaaten konnten zunächst im Mai 2006 und nochmals im Mai 2009 erklären, ob sie ihre Arbeitsmärkte für Arbeitskräfte aus den EU-8 bzw. EU-10 öffnen oder die Beschränkungen beibehalten möchten. Zum 30.4.2011 werden alle Arbeitsbeschränkungen für die EU-8 Staaten aufgehoben. Für Bulgarien und Rumänien werden die Beschränkungen zum 1.1.2014 aufgehoben.

Insgesamt lassen sich die Vorgehensweisen der EU-15 Staaten in drei Kategorien aufteilen:

- (1) Länder, die die Beschränkungen nach Mai 2009 beibehalten haben: Deutschland und Österreich.
- (2) Länder, die die Beschränkungen schrittweise zwischen 2006 und 2009 aufgehoben haben: Belgien, Dänemark, Frankreich, Luxemburg und die Niederlande.
- (3) Länder, die die Arbeitsmärkte offen gelassen bzw. Beschränkungen aufgelöst haben: Finnland, Griechenland, Irland, Italien, Portugal, Spanien, Schweden, Großbritannien.

Im Folgenden wird aus jeder Kategorie ein Beispiel anhand der Vorgehensweise je eines Mitgliedstaats aufgezeigt.

Deutschland

Die Bundesrepublik Deutschland hat von der Möglichkeit der Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht. Die Umsetzung erfolgte durch die Einführung des § 284 SGB III.² Gemäß § 284 Abs. 1 SGB III dürfen die Staatsangehörigen der EU-10 und ihre freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen eine Beschäfti-

1 Vgl. nur Koalitionsvertrag zwischen der CDU, CSU und der SPD (11. November 2005: 11).

2 § 284 SGB III verweist hinsichtlich der Erteilung der Arbeitsberechtigung auf § 12 a Arbeitsgenehmigungsverordnung, der zum größten Teil durch das am 1.1.2005 in Kraft getretene Aufenthaltsgesetz abgelöst wurde.

gung nur mit Genehmigung der Bundesagentur für Arbeit (BA) ausüben und von Arbeitgebern nur beschäftigt werden, wenn sie eine Genehmigung (Arbeitsgenehmigung-EU) besitzen.

Nach § 284 Abs. 4 SGB III darf diesen Staatsangehörigen eine Arbeitserlaubnis-EU für eine Beschäftigung, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, nur erteilt werden, wenn dies durch zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist oder aufgrund einer Rechtsverordnung zulässig ist. Für die Beschäftigungen, die durch Rechtsverordnung zugelassen werden, ist diesen Staatsangehörigen gegenüber Staatsangehörigen aus Drittstaaten vorrangig eine Arbeitserlaubnis-EU zu erteilen, soweit dies der EU-Beitrittsvertrag vorsieht. Wird die Beschäftigung durch die BA genehmigt, finden auf Angehörige der Beitrittsstaaten und ihre Familienangehörigen die Freizügigkeitsregelungen des FreizügG/EU Anwendung.

Die Dienstleistungsfreiheit ist für Staatsangehörige der EU-10 insoweit eingeschränkt, dass diese bis zum Ablauf der Übergangsregelungen nicht nach Deutschland verliehen werden dürfen. In geschützten Branchen (insbesondere Baugewerbe, dem Baugewerbe verwandte Wirtschaftszweige) ist eine Entsendung von Arbeitnehmern aus den EU-10 nach Deutschland nur im Wege von Werkvertragsabkommen möglich. Am 25.4.2008 teilte die Bundesregierung mit, sie beabsichtige, die Beschränkungen für die EU-8 Staaten bis 2011 aufrechtzuerhalten.

Laut EU stellte Deutschland zwischen 2004 und 2006 trotz der Beschränkungen rund 500.000 Genehmigungen aus und lag damit gleichauf mit den anderen großen Staaten³. Österreich zählt zusammen mit Deutschland zu den Initiatoren der Festschreibung der Übergangsregelungen in den Beitrittsverträgen. Aufgrund der geographischen Nähe zu den Beitrittsländern befürchtete auch Österreich, am stärksten zum Ziel von Zu-

wanderung aus Ostmitteleuropa zu werden. Neben Deutschland ist Österreich das einzige Land, dessen Beschränkungen über das Jahr 2009 hinaus gelten. Arbeitskräfte aus den EU-10 müssen eine Arbeitserlaubnis beantragen. Zudem existieren in bestimmten Bereichen Einschränkungen für Arbeitgeber dahingehend, lediglich österreichische Arbeitnehmer zu beschäftigen (Wirtschaftskammer Österreich 2010).

Frankreich

Anfang März 2006 beschloss die französische Regierung eine schrittweise kontrollierte Aufhebung der Beschränkungen der Freizügigkeit für Arbeitnehmer aus den EU-8 Staaten. Die Teilöffnung begann in Bereichen mit knappen Arbeitskräften wie Sozial- und Gesundheitswesen, Hotel- und Gaststättengewerbe, Verkehr- und Baubereich. Im Dezember 2006 wurden auch Arbeitnehmer aus Bulgarien und Rumänien für diese Bereiche zugelassen (Ministère du Travail, de la Solidarité et de la Fonction Publique 2005). Am 1.7.2008 öffnete Frankreich den Arbeitsmarkt komplett für Arbeitnehmer aus den EU-8 Staaten.

Großbritannien

Großbritannien setzte keine Übergangsregelungen für EU-8 Arbeitskräfte ein. Diese Politik der offenen Grenzen führte zu einer geschätzten Arbeitsmigration von 450.000 bis 600.000 Menschen im Jahre 2006 (siehe Fußnote 3). Am 24.10.2006 beschloss die britische Regierung, diese Politik nicht für die neu eintretenden Länder Bulgarien und Rumänien fortzusetzen. Demnach wurde lediglich Selbstständigen aus diesen beiden Staaten eine Arbeitserlaubnis ausgestellt (UK Border Agency 2008).

3 Freizügigkeit der Arbeitnehmer in EU-27, veröffentlicht auf <http://www.euractiv.com/de/soziales-europa/freizuegigkeit-arbeitnehmer-eu-27/article129654>; updated 29 january 2010.

3. Zuwanderung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach dem deutschen Aufenthaltsrecht

3.1 Rechtliche Bestimmungen

Die Arbeitsaufnahme von Ausländern ist in Deutschland nicht schrankenlos zulässig. Bei der Zulassung zum deutschen Arbeitsmarkt ist zwischen Arbeitnehmern aus den neuen EU-Mitgliedstaaten (Arbeitsgenehmigungsverfahren) und aus den sogenannten Drittstaaten (Zustimmungsverfahren) zu unterscheiden. So dient das Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz = AufenthG) der Steuerung und Begrenzung des Zuzugs von Ausländern in die Bundesrepublik.

§ 2 AufenthG bestimmt:

- Ausländer ist jeder, der nicht Deutscher i.S.d. Art. 116 Abs. 1 GG ist.
- Erwerbstätigkeit ist die selbstständige Tätigkeit und die Beschäftigung i.S.v. § 7 SGB IV (§ 7 Abs. 1 SGB IV lautet: *„Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers...“*).

Das Gesetz findet gemäß § 1 Abs. 2 AufenthG u. a. keine Anwendung auf Ausländer, deren Rechtsstellung von dem Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) geregelt ist:

- Das FreizügG/EU regelt die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger) und ihrer Familienangehörigen.
- Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung in der BRD aufhalten wollen, sind gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt.

- Das Recht auf Einreise und Aufenthalt kann nach Maßgabe des § 4 a FreizügG/EU zu einem Daueraufenthaltsrecht erstarken.

Mit Ausnahme von bestimmten privilegierten Personen bzw. Beschäftigungen unterliegt die Beschäftigung von Ausländern in der BRD der behördlichen Zustimmungspflicht. Ein Aufenthaltstitel, der einem Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, kann nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit (BA) erteilt werden, es sei denn, es ist durch Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt. Die Zustimmung kann gemäß § 39 Abs. 1 AufenthG erteilt werden, wenn dies in zwischenstaatlichen Vereinbarungen, durch ein Gesetz oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist.

Bei den Unionsbürgern müssen zwei Gruppen unterschieden werden:

(1) Staatsangehörige der EU-15

Für diese folgt das Recht auf Zugang zu einer Beschäftigung unmittelbar aus Art. 45 Abs. 1, 3 AEUV (ex Art. 39 EGV):

„Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.

Sie gibt – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht ... sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben...“

(2) Staatsangehörige der EU-10

- Eingeschränkte Freizügigkeitsrechte für die Staatsangehörigen der seit dem 1.5.2004 beigetretenen EU-8-Staaten aus dem mittel- und osteuropäischen Raum:

- Übergangsbestimmungen ermöglichen den EU-15-Staaten, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer der EU-8-Staaten für max. sieben Jahre (2+3+2-Modell) erheblich einzuschränken:
 - Während dieser Übergangszeit dürfen Staatsangehörige der EU-8 eine Beschäftigung grundsätzlich nur mit Genehmigung der BA ausüben und von Arbeitgebern nur beschäftigt werden, wenn sie eine solche Genehmigung besitzen (§ 284 Abs. 1 SGB III).
 - Rechtliche Grundlagen sind die Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) und die Anwerbestoppausnahmereverordnung (ASAV).
 - Über das Günstigkeitsprinzip (§ 284 Abs. 6 SGB III) finden das AufenthG und die Beschäftigungsverfahrensverordnung (BeschVerfV) Anwendung, soweit diese günstigere Regelungen enthalten.
 - Die Arbeitserlaubnis-EU wird nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes für eine bestimmte berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb befristet erteilt.
 - Die Arbeitsberechtigung-EU wird unabhängig von der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes sowie ohne Beschränkungen erteilt und öffnet einen freien Zugang zum Arbeitsmarkt.
- Bulgarien und Rumänien, seit dem 1.1.2007 beigetreten:
 - Gleiche Einschränkungen.

Drittstaatsangehörige sind Angehörige der Staaten, die nicht der Europäischen Union bzw. dem Europäischen Wirtschaftsraum angehören. Ihr Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt bestimmt sich nach den Regelungen des AufenthG sowie der hierzu erlassenen Beschäftigungsverordnung (BeschV) und der Beschäftigungsver-

ordnung (BeschVerfV). Für die Einreise und den Aufenthalt bedürfen Drittstaatsangehörige grundsätzlich einer Erlaubnis, die in Form eines Aufenthaltstitels erteilt wird. Die Genehmigung zur Aufnahme einer Beschäftigung wird nicht gesondert, sondern als Nebenbestimmung des Aufenthaltstitels von der Ausländerbehörde erteilt, wenn die BA der Beschäftigung zugestimmt hat.

3.2 Empirische Daten

Die Tabellen 1 und 2 geben die Zahl der Arbeitsgenehmigungen und die Arbeitserlaubnisse für Arbeitnehmer aus den MOE-Staaten an.

Statistisches Material liegt auch im Zusammenhang mit der Zulassung von Arbeitnehmern vor, die auf der Grundlage zwischenstaatlicher Abkommen über die Entsendung und Beschäftigung von Arbeitnehmern ausländischer Unternehmen zur Erbringung von Werkleistungen entsandt werden (Werkvertragsabkommen) (siehe Tabelle 3). Der erheblich größere Anteil von Werkvertragsarbeitnehmern aus Polen gegenüber denjenigen aus anderen Nationen dürfte u.a. auf die größere geografische Nähe und ggf. geringere sprachliche Barrieren zurückzuführen sein. Diese Abkommen enthalten Höchstzahlen, so genannte Beschäftigungskontingente. Zur Überwachung dieser Kontingente wird monatlich die Zahl der beschäftigten Werkvertragsarbeitnehmer erhoben.⁴

2009 wurden jahresdurchschnittlich insgesamt 16.208 Werkvertragsarbeitnehmer, darunter 9.239 Werkvertragsarbeitnehmer aus den neuen EU-Mitgliedstaaten, nach Deutschland entsandt und beschäftigt. In der ersten Jahreshälfte 2010 waren durchschnittlich insgesamt 16.500 Werkvertragsarbeitnehmer, darunter 10.064 aus den neuen EU-Mitgliedstaaten, beschäftigt.⁵

Die regionale Verteilung der beschäftigten Werkvertragsarbeitnehmer ist Tabelle 4 zu entnehmen.

⁴ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Antwort auf die Kleine Anfrage des Abgeordneten Ottmar Schreiner u. a. und der Fraktion der SPD betreffend „Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt durch Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie und die Anwendung der Entsenderichtlinie“, BT-Drs. 17/2508.

⁵ Quelle: a. a. O.

Tabelle 1:

Arbeitsgenehmigungen für eine erstmalige oder erneute Beschäftigung bzw. Fortsetzung einer Beschäftigung und Ablehnung nach Staatsangehörigkeiten im Jahr 2009

(ohne Saisonkräfte, Schaustellergehilfen, Haushaltshilfen und Werkvertragsarbeitnehmer)

Staaten	erstmalige Beschäftigung	erneute Beschäftigung	Fortsetzung Beschäftigung	Ablehnung Beschäftigung
Insgesamt	48.616	23.691	17.406	12.258
Bulgarien	5.154	2.833	1.325	2.460
Estland	234	74	63	78
Slowenien	291	74	77	97
Lettland	726	148	120	282
Litauen	1.294	388	259	496
Polen	22.585	10.102	7.890	3.979
Rumänien	10.128	6.240	4.702	3.301
Slowakei	2.061	1.443	728	358
Tschech. Rep.	2.159	896	915	409
Ungarn	3.584	1.446	1.290	727

Quelle: Bundesagentur für Arbeit.

Tabelle 2:

Arbeitserlaubnisverfahren der Zentralen Auslands- und Fachvermittlung (ZAV) nach Staaten im Jahr 2009

Staaten	Saison- arbeitnehmer	davon Hotel- und Gaststätten- gewerbe	davon Landwirt- schaft	Schausteller	Haushalts- hilfen
Insgesamt	286.946	10.982	275.964	7.882	1.571
Bulgarien	3.045	766	2.279	/	86
Kroatien	4.248	1.214	3.034	76	/
Slowenien	118	7	111	/	/
Polen	184.241	4.531	179.710	3.266	1.081
Rumänien	89.172	2.942	86.230	4.190	238
Slowakei	3.601	802	2.799	99	31
Tschech.Rep.	686	258	428	54	20
Ungarn	1.835	462	1.373	158	115

Quelle: Bundesagentur für Arbeit.

Tabelle 3:

Jahresdurchschnittlich beschäftigte Arbeitnehmer im Rahmen von Werkverträgen auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarung

EU-Mitgliedstaaten	2009	1-6/2010
Lettland	7	25
Polen	5.678	6.309
Slowakische Republik	288	341
Slowenien	55	18
Tschechische Republik	112	105
Ungarn	880	926
Bulgarien	286	393
Rumänien	1.934	1.947
Insgesamt	9.239	10.064

Quelle: Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

Tabelle 4:

Zahl der beschäftigten Werkvertragsarbeitnehmer am 12.7.2010 nach Bundesländern

Insgesamt	20.121
davon	
Schleswig-Holstein	115
Hamburg	1.003
Niedersachsen	921
Bremen	70
Nordrhein-Westfalen	4.283
Hessen	3.593
Rheinland-Pfalz	801
Baden-Württemberg	3.522
Bayern	4.668
Saarland	135
Berlin	238
Brandenburg	143
Mecklenburg-Vorpommern	20
Sachsen	244
Sachsen-Anhalt	223
Thüringen	142

Quelle: Bundesministerium für Arbeit und Soziales.

4. Erbringung von Dienstleistungen

4.1 Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit ist als eine der vier Grundfreiheiten des Binnenmarktes in Art. 56 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, in Kraft seit 1.12.2009) (ex Art. 49 EGV) verankert. Die Dienstleistungsfreiheit garantiert grundsätzlich das Recht, befristet selbstständig in anderen Mitgliedstaaten entgeltlich tätig zu sein. Art. 57 Abs. 3 AEUV (ex Art. 50 EGV) enthält den Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Dies bedeutet, dass eine Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist.⁶ Die Bestimmung des Art. 56 AEUV (ex Art. 49 EGV) wird vom EuGH zudem als eine Erweiterung des Diskriminierungsverbots ausgelegt, die die Beseitigung von Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs fordert – sogenanntes Beschränkungsverbot.⁷

Als „*Dienstleistungserbringer*“ wird jede natürliche Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, sowie jede in einem Mitgliedstaat niedergelassene juristische Person im Sinne des Art. 54 AEUV (ex Art. 48 EGV) verstanden.

Von der Niederlassungsfreiheit unterscheidet sich die Dienstleistungsfreiheit insofern, als der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen die Tätigkeit lediglich *vorübergehend* – ohne eine längerfristige Niederlassung bzw. eine feste Infrastruktur – in einem anderen Mitgliedstaat ausübt.

4.2 Möglichkeiten nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie

Die Kommissionsstrategie, die darauf abzielt, jede Begrenzung der Dienstleistungserbringung abzubauen, wurde durch die EU-Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) (DL-RL)⁸ manifestiert. Sie ist Teil der sog. Lissabon-Strategie, die von den europäischen Staats- und Regierungschefs im Jahre 2000 beschlossen wurde. Ziel war und ist es, die Konkurrenzfähigkeit der europäischen Wirtschaft im weltweiten Wettbewerb nachhaltig zu stärken (Schliesky 2008: 6). Sie hat jedoch zugleich eine intensive Debatte um die Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit ausgelöst. Ein Streitpunkt war und ist die Wirkungsweise auf die nationalen Arbeitsmärkte und die sozialen Bedingungen.⁹

Die Richtlinie ist im Dezember 2006 in Kraft getreten und war von den Mitgliedstaaten bis zum 28.12.2009 in nationales Recht umzusetzen. Die Richtlinie konkretisiert die Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) betreffend die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit.

Nach Art. 4 Nr. 1 DL-RL bezeichnet „*Dienstleistung*“ jede von Art. 57 AEUV (ex Art. 50 EGV) erfasste selbstständige Tätigkeit. Dienstleistungen in diesem Sinne sind Tätigkeiten, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und

6 EuGH, Urteil v. 12.12.1996, Rs. C-3/95 – (Broede, Slg. 1996: I-6511).

7 EuGH, Urteil v. 3.12.1974, Rs. C-33/74 – (Van Binsbergen, Slg. 1974: 1299).

8 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

9 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Thema „Binnenmarkt für Dienstleistungen – Anforderungen des Arbeitsmarktes und Erfordernisse des Verbraucherschutzes (Initiativstellungnahme) INT/289“ (30.5.2007: 1).

Kapitalverkehr oder über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Als Dienstleistungen gelten danach insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten. Damit geht der Dienstleistungsbegriff der Richtlinie weit über das traditionelle volkswirtschaftliche Verständnis von Dienstleistungen hinaus (Lorenz/Wannöffel 2009: 13).

Regelungsgegenstand der Richtlinie sind alle primärrechtlich von Art. 57 AEUV erfassten Tätigkeiten, soweit nicht einer der Ausnahmetatbestände des Art. 2 Abs. 2 DL-RL einschlägig ist (Schliesky 2008: 64).

Die Ausnahmetatbestände des Art. 2 Abs. 2 DL-RL sind:

- Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse;
- Finanzdienstleistungen;
- Netze der elektronischen Kommunikation;
- Verkehrsdienstleistungen;
- Leiharbeitsagenturen;
- Dienstleistungen des Gesundheitswesens;
- Audiovisuelle Dienste und Rundfunk;
- Glücksspiele;
- Ausübung öffentlicher Gewalt;
- Soziale Dienstleistungen;
- Sicherheitsdienste, Notare und Gerichtsvollzieher.

Zudem ist der Anwendungsbereich der Richtlinie u. a. durch Art. 1 Abs. 6 DL-RL beschränkt, der normiert, dass die Vorgaben der Richtlinie *„das Arbeitsrecht, d. h. gesetzliche oder vertragliche Bestimmungen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, einschließlich des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit am Arbeitsplatz (...)“* unberührt lassen.

4.3 Einschränkungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)

Grundsätzlich ist mit Entsendung ausländischer Arbeitnehmer gemeint, dass ausländische Leistungsanbieter innerhalb Deutschlands Dienst- oder Werkleistungen erbringen und dabei Arbeitnehmer einsetzen, deren Arbeitsbedingungen sich nach dem Recht des Staates richten, in dem der Leistungsanbieter seinen Sitz hat. Da diese Arbeitsbedingungen, insbesondere Löhne, Urlaubs-

ansprüche und Arbeitszeiten, oft unter dem deutschen Niveau liegen, kommt es zu einem Wettbewerb mit deutschen Unternehmen, die diese aufgrund ihrer Bindung an deutsches Arbeits- und Sozialrecht nicht bestehen können. Die Entsendung ausländischer Arbeitnehmer führt daher zu dem Problem des Imports ausländischer Dumpinglöhne und Dumpingarbeitsbedingungen.

Ziele der am 23.4.2009 in Kraft getretenen Neufassung des *„Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen“* (AEntG) sind daher nach § 1 die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer sowie die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen.

Bis zur Neufassung stand die Abkürzung AEntG für *„Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen“*. Es hatte ursprünglich den Zweck, die Baubranche vor den Folgen ausländischer Billigkonkurrenz zu schützen. Durch die Aufnahme neuer Branchen in das AEntG erhält das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) die Möglichkeit, in Absprache mit den Tarifvertragsparteien der im AEntG genannten Branchen deren Mindestlohn-tarifverträge im Wege der Erstreckungsverordnung auch für diejenigen (aus- und inländischen) Arbeitgeber verbindlich zu machen, die bis dahin an diese Mindestlohn-tarifverträge nicht gebunden waren. Ziele der Neufassung sind daher nach § 1 die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer sowie die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen.

Das AEntG schreibt Unternehmen mit Sitz im Ausland vor, bestimmte in Deutschland geltende arbeitsrechtliche Mindeststandards zu beachten, wenn sie in Deutschland Dienstleistungen erbringen und dabei Arbeitnehmer beschäftigen (§§ 3, 8 AEntG). Auch deutsche und ausländische Verleiher von Leiharbeitskräften haben die tariflichen Mindestentgelte zu zahlen, wenn Leiharbeitneh-

merinnen und Leiharbeitnehmer mit Tätigkeiten beschäftigt werden, die in den Geltungsbereich eines entsprechenden, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags oder eines durch Rechtsverordnung allgemeingültigen Tarifvertrags fallen (§ 8 Abs. 3 AEntG).

Der Schutz des AEntG hat im Wesentlichen zwei Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen:

(1) Erstens muss der Arbeitgeber Dienstleistungen erbringen, die zu den im AEntG ausdrücklich genannten Branchen gehören. Bis zum Jahre 2007 war dies nur die Baubranche, inzwischen sind es gemäß § 4 AEntG acht Branchen:

- Bauhauptgewerbe und Baunebengewerbe, einschließlich der Erbringung von Montageleistungen auf Baustellen außerhalb des Betriebses;
- Gebäudereinigung;
- Briefdienstleistungen;
- Sicherheitsdienstleistungen;
- Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken;
- Wäschereidienstleistungen;
- Abfallwirtschaft einschl. Straßenreinigung und Winterdienst;
- Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach SGB II und SGB III.

Zudem wurde als neunte Branche die Pflegebranche (Alten- und Krankenpflege) in das AEntG aufgenommen. Für diese gelten verfahrensrechtliche Besonderheiten, die in Abschnitt 4 des AEntG enthalten sind. Im Wesentlichen geht es darum, Mindestlöhne ohne vorherige Erstreckungserklärung gemäß § 7 AEntG festsetzen zu können. Hierfür kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales eine Kommission einrichten, die Mindestbedingungen und Mindestlöhne vorschlagen kann, über die dann durch Rechtsverordnung entschieden wird.

(2) Zweitens muss es für diese acht Branchen einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag geben oder – falls es einen solchen nicht gibt – eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für

Arbeit und Soziales, d. h. eine Erstreckungsverordnung, der zufolge ein Tarifvertrag unter bestimmten Voraussetzungen auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden Arbeitsverhältnisse Anwendung finden soll (§ 7 AEntG).

Für die Prüfung der Einhaltung der aus dem AEntG folgenden Arbeitgeberpflichten sind die Behörden der Zollverwaltung zuständig, § 16 Abs. 1 AEntG. Um diesen eine effektive Kontrolle zu ermöglichen, verpflichtet § 19 Abs. 1 S. 1 AEntG den Arbeitgeber dazu, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit aufzuzeichnen. Gemäß § 18 Abs. 1 AEntG sind ausländische Arbeitgeber, die einen allgemeinverbindlichen oder für erstreckbar erklärten Tarifvertrag anwenden müssen, verpflichtet, vor Beginn jeder Werk- oder Dienstleistung eine schriftliche Anmeldung bei der Zollverwaltung vorzulegen. Eine besondere Meldepflicht besteht für Arbeitgeber, die Arbeitskräfte von ausländischen Zeitarbeitsfirmen entleihen (§ 18 Abs. 3 AEntG).

Diese Meldepflichten galten auch nach dem alten AEntG. Entgegen der EuGH-Rechtsprechung verstoßen diese nach Auffassung des BAG nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV (ex Art. 49 EGV).¹⁰ Zudem ist in § 14 AEntG eine bürgerähnliche Mithaftung des Auftraggebers für die Erfüllung der durch § 8 AEntG vorgeschriebenen tariflichen Mindeststandards festgeschrieben. Diese war vorher in § 1a AEntG festgeschrieben und ist nach der Rechtsprechung des BVerfG mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar.¹¹

4.4 Fehlendes empirisches Material

Der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) hatte in seiner Stellungnahme zur DL-RL im Jahre 2007 moniert:

„Es ist ein großes Manko der Debatte um die EU-Dienstleistungsrichtlinie, dass es keine aussagekräftigen Analysen zur Wirkung auf nationale soziale Bedingungen, Beschäftigung und Verbraucherinteressen gibt. Die fehlende statistische Grundlage zur Quan-

¹⁰ Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.7.2004 – 9 AZR 343/03, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2005, 114; EuGH, Urteil vom 25.10.2001 – Rs. C-493/99, Slg. I-2001. 8163.

¹¹ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05, (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht; 2007: 609).

*tifizierung des grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Niederlassungsverkehrs war einer der Kritikpunkte des EWSA. Auch über die zu erwartenden strukturellen Veränderungen der Arbeitsmärkte in den Mitgliedstaaten gibt es kaum verlässliche Daten. ...*¹²

Dieses ungelöste Problem der statistischen Abbildung der Dienstleistungswirtschaft im grenzüberschreitenden Verkehr ist auch heute noch allgegenwärtig. Laut Bundesregierung gibt es zur Zahl der nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen keine eigene Statistik (BT Drucksache 17/728). Ihre Anzahl lasse sich lediglich anhand der Meldungen nach dem Formular E-101 abschätzen. Diese Meldung ist nötig, um den Sozialversicherungsschutz im Ursprungsland beizubehalten. Danach gab es im Jahr 2005 168.000 Meldungen für nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer, im Jahr 2006 195.000 und im Jahr 2007 217.000. Daten zur Dauer der Beschäftigung und für andere Jahre liegen nach Angabe der Bundesregierung derzeit nicht vor. Nach Angabe der Regierung sei zu erwarten, „...dass die Entsendung von Arbeitnehmern tendenziell weiter zunehmen wird.“ Die Wirtschaftskrise dürfe sich aber negativ auf die Entsendung von Arbeitnehmern nach Deutschland ab dem Jahr 2009 auswirken.

Im Übrigen sieht die mit Gesetz vom 6.9.2005 eingefügte Regelung des § 150 Abs. 3 SGB VI für Entsendungen nach Deutschland eine zentrale Speicherung der Daten vor, die sich aus den Entsendebescheinigungen der Träger eines anderen EU-Mitgliedstaates ergeben. Die Datenspeicherung erfolgt durch die Datenstelle der Deutschen Rentenversicherung (Würzburg). Die dadurch geschaffene Datei steht den deutschen Sozialversicherungsträgern und den Behörden der Zollverwaltung zu Prüfzwecken zur Verfügung. Sie soll die zeitnahe Feststellung erleichtern, ob eine Entsendung den sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen entspricht, unter denen, nach der Verordnung (EWG) Nr. 574/72, die mit Wirkung vom 1.5.2010 durch die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 abgelöst worden ist, eine Entsendung nach Deutschland möglich ist.

Im umgekehrten Fall der Entsendung war eine zentrale Speicherung der Daten bisher nicht vorgesehen. Zukünftig soll aufgrund der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 eine zentrale Speicherung für ggf. notwendige Auskünfte gegenüber den zuständigen ausländischen Trägern durch den GKV-Spitzenverband Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung-Ausland erfolgen, soweit dem betreffenden Staat nicht bereits routinemäßig alle Entsendungen dorthin angezeigt werden.

12 Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Binnenmarkt für Dienstleistungen – Anforderungen des Arbeitsmarktes und Erfordernisse des Verbraucherschutzes“ (Initiativstellungnahme) INT/289 (30.5.2007: 2).

5. Möglichkeiten zur Niederlassung von Selbstständigen

5.1 Grundsatz der Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit ist eine weitere im EG-Vertrag garantierte Grundfreiheit. Sie ist in Art. 49 AEUV (ex Art. 43 EGV) verankert und umfasst das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Gründung und Leitung von Unternehmen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates.

Der EuGH definiert die Niederlassung als die „*tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedsstaat auf unbestimmte Zeit*“¹³:

- Es muss sich also in Abgrenzung zum vorübergehenden Kriterium bei der Dienstleistungsfreiheit um eine dauerhafte (wirtschaftliche) Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat handeln, d. h. die Tätigkeit muss auf unbestimmte Zeit ausgeübt werden und darf nicht nur vorübergehenden Charakter haben. Dabei ist nicht nur die Dauer der Tätigkeit zu berücksichtigen, sondern auch ihre Häufigkeit, regelmäßige Wiederkehr oder Kontinuität.
- Die tatsächliche Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit muss mittels einer festen Einrichtung (z. B. Produktionsstätte, Lager- oder Büroräume) erfolgen. Damit ist klargestellt, dass eine bloße Registrierung oder Anmeldung, z. B. bei Handwerkskammern, Gewerbeämtern, Meldebehörden oder Finanzämtern, verbunden mit einer „Schlafstätte“, nicht ausreicht.

Nach den von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Frage der Abgrenzung von selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.¹⁴ Auch das Tragen eines unternehmerischen Risikos sowie das Handeln in eigenem Namen und für eigene Rechnung und die unternehmerische Entscheidungsfreiheit charakterisieren eine selbstständige Tätigkeit. Die Maßstäbe für die Abgrenzung sind im Sozialrecht, Arbeitsrecht und Steuerrecht ähnlich. Die ursprünglich in § 7 Abs. 4 SGB IV enthaltene gesetzliche Vermutung, wonach bei Vorliegen der vier Merkmale für eine abhängige Beschäftigung: (1) persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit; (2) fehlende Möglichkeit der freien Gestaltung der Arbeitstätigkeit; (3) fehlender Einsatz von eigenem Kapital; (4) fehlendes Unternehmerrisiko auf das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung geschlossen werden konnte, ist 2002 entfallen¹⁵. Damit kann sie auch auf Ausländer, die angeben sich in Deutschland niederlassen zu wollen, nicht mehr angewandt werden.

Demzufolge können sich in Deutschland insbesondere Handwerker, freiberuflich Tätige, Gewerbetreibende und Kaufleute aus dem EU-Ausland niederlassen und tätig werden. Die Zahl der Gewerbeanmeldungen ausländischer Staatsangehöriger nimmt zu. Darüber hinaus kam es zu einem starken Anstieg von Gründungen durch

13 EuGH, Urteil v. 15.07.1991, Rs. C-221/89 – Factortame, Slg. 1991, I-3905; 9.3.1999, Rs. C-212/97 – Centros, Slg. 2002, I-9919; v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 – Überseering, Slg. 2003, I-10155; v. 30.9.2003, Rs. C-167/01 – Inspire ArtSlg. 2003, I-10155; v. 1.6.2010, Rs. C-571/07 – Pérez – Gómez.

14 Vgl. Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 23.7.2008 – OVG 2 N 195/07; OVG Münster Beschl. v. 22.3.2003 – 17 A 2600/02; VG Berlin Urteil v. 8.10.2009 – 29 A 31.07: in allen Fällen ging es um illegale Ausländerbeschäftigung im Bereich der Prostitution mit Prostituierten aus den neuen EU-Mitgliedstaaten und die Haftung des „Arbeitgebers“ für deren Abschiebungskosten – in allen Fällen wurde die Selbstständigkeit der Tätigkeit abgelehnt.

15 „2. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ vom 23.12.2002.

Migranten aus den EU 10-Staaten von ca. 38.000 im Jahre 2005 auf über 45.000 im Jahre 2007 gegenüber ca. 22.000 (2005) bzw. ca. 20.000 Anmeldungen (2007) von Migranten aus den EU 15-Staaten ohne Deutschland (Hillmann/Sommer 2010). Dies dürfte sich aus der EU-Erweiterung und der damit gewonnenen Niederlassungsfreiheit erklären. Zu beachten sind allerdings die berufs- und gewerberechtlichen Regulierungen, wie sie auch für Inländer gelten.

Diese Regulierungen umfassen auch die Pflicht des Betroffenen, die berufliche Qualifikation nachzuweisen, wenn Rechts- und Verwaltungsvorschriften den Berufszugang und/oder die Berufsausübung von einem solchen Nachweis abhängig machen. Im Handwerk ist der Nachweis der Qualifikation auf die zulassungspflichtigen Handwerke der Anlage A der Handwerksordnung beschränkt. Die Anerkennung der in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Qualifikationen erfolgt nach den geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften (EG-Richtlinien über die Anerkennung beruflicher Qualifikationen) auf Antrag des Betroffenen bei der zuständigen Behörde in Deutschland.

Für die EU 10-Staaten sehen die Bestimmungen des Beitrittsvertrags hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit keine Übergangsregelungen vor. Daher stehen Staatsangehörigen und Unternehmen aus den neuen Mitgliedstaaten grundsätzlich die gleichen Rechte zu wie sie für Staatsangehörige und Unternehmen der alten Mitgliedstaaten gelten. Allerdings ist es Unternehmen aus den neuen Mitgliedstaaten aufgrund der Einschränkungen im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht gestattet, außer dem „Schlüsselpersonal“ weitere Arbeitnehmer aus dem Herkunftsmitgliedstaat mitzubringen. Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist grundsätzlich verboten und nach EU-Recht nur unter engen Voraussetzungen gerechtfertigt. Die Mitgliedstaaten dürfen andere EU-Bürger nicht daran hindern, sich als Selbstständige auf ihrem Staatsgebiet niederzulassen.

Auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit hat der EuGH wichtige Akzente gesetzt. Nach deutschem Gesellschaftsrecht war eine Gesellschaft in Deutschland dann rechtsfähig, wenn sie ihren tatsächlichen Sitz in Deutschland hatte und die gesetzlichen Gründungsvoraussetzungen z.B. in Bezug auf das für die Haftung maßgebliche Stammkapital oder die Zuverlässigkeit der einzelnen Gesellschafter erfüllte. Beginnend mit seiner „Daily Mail“-Entscheidung¹⁶ aus dem Jahre 1988 hat der EuGH mit seiner Rechtsprechung in den Urteilen „Centros“¹⁷, „Überseering“¹⁸ und „Inspire Art“¹⁹ erklärt, dass auch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates (z.B. Großbritannien oder Niederlande) wirksam gegründete Gesellschaft stets auch im Staat ihres tatsächlichen Sitzes, z.B. in Deutschland als rechts- und parteifähig anzusehen sei, und zwar unabhängig davon, ob im Sitzstaat z.B. strengere Haftungsregelungen bestehen.

Mit der Dienstleistungsrichtlinie geht der europäische Gesetzgeber mehrere Schritte weiter: Die laut deren Art. 14 Nr. 1 verbotenen Anforderungen der Mitgliedstaaten gehen sowohl über die bisherige Rechtsprechung des EuGH als auch über das derzeitige deutsche Gesellschaftsrecht hinaus. Nach Art. 14 Nr. 2 der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten alle Anforderungen beseitigen, durch die Dienstleistungserbringer dazu verpflichtet werden, ihre vorherige Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat aufzugeben. Solche Regelungen existieren aber in einigen Mitgliedstaaten, wie z.B. in Deutschland. Danach ist der Wegzug von Gesellschaften aus Deutschland nur möglich, wenn sie ihre Rechtsform wechseln. Bisher war diese sogen. Wegzugsfreiheit laut dem EuGH kein Bestandteil der Niederlassungsfreiheit, was er jüngst mit seinem Urteil „Cartesio“²⁰ noch einmal bestätigt hat. Zudem müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 14 Nr. 3 der Richtlinie Anforderungen abschaffen, die einen Dienstleister darin beschränken, ob er z.B. eine

16 EuGH, Urteil vom 27.9.1988, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483.

17 EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

18 EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919.

19 EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155.

20 EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-210/06, Der Betrieb 51-52/2008, 15.

Haupt- oder Zweigniederlassung errichten will. Auch das Verbot des Erfordernisses einer Hauptniederlassung geht über die bisherige Interpretation der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften und ihrer zulässigen Beschränkungen hinaus.

5.2 Missbrauch der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

Nach Angaben des Bundesministeriums für Finanzen gibt es seit dem Beitritt der neuen EU 10-Staaten konkrete Hinweise dahingehend, dass die bestehenden Regelungen zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in verschiedenen Fällen durch Scheinselbstständigkeit oder Vortäuschen von Entsendungen umgangen und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer illegal überlassen wurden und auch Lohndumping praktiziert wurde (Bundesministerium der Finanzen 2006). Geschädigte sind in solchen Fällen insbesondere die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die unterhalb des vorgesehenen Sozialniveaus beschäftigt werden und keinen Versicherungsschutz genießen. Zudem leidet auch die heimische Wirtschaft darunter, die sich nicht gegen eine Konkurrenz wehren kann, die bestehende Gesetze missachtet.

Um diesem Missbrauch entgegenzuwirken, hatte die Bundesregierung im März 2005 beschlossen, eine „*Task Force zur Bekämpfung des Missbrauchs der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit*“ einzurichten. Unter gemeinsamer Federführung des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales sollte durch geeignete Maßnahmen sichergestellt werden, dass die bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit eingehalten werden.

Die Maßnahmen waren nach Angabe des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) folgende:

- kritische Überprüfung und Änderung bestehender Rechtsvorschriften;
- partnerschaftlicher Dialog mit den neuen Mitgliedstaaten;
- Intensivierung der Kontrollen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit;

- verstärkte Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern;
- verstärkte Zusammenarbeit und Sensibilisierung der Mitgliedstaaten und der europäischen Kommission (Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2007).

Allerdings liegen zum Erfolg bzw. Misserfolg oder zur Durchsetzung dieser Maßnahmen keine Informationen vor.

5.3 Abgrenzung der Niederlassungsfreiheit gegenüber der Dienstleistungsfreiheit

Die Abgrenzung zwischen Niederlassung und Dienstleistung ist nach der Rechtsprechung des EuGH eine Einzelfallentscheidung anhand konkreter Kriterien. Ein Unterscheidungskriterium ist die Dauerhaftigkeit der Niederlassung im Gegensatz zum vorübergehenden Charakter der Dienstleistung. Weitere sind nicht nur die Dauer der Erbringung der Leistung, sondern auch ihre Häufigkeit, ihre regelmäßige Wiederkehr oder ihre Kontinuität. Zu berücksichtigen ist auch das Kriterium der stabilen und kontinuierlichen Integration in das Wirtschaftsleben des Mitgliedstaates, das bei einer Dienstleistung fehlt.

Angesichts der grundlegenden Bedeutung der Unterscheidung zwischen Niederlassung und grenzüberschreitender Erbringung von Dienstleistungen ist es erstaunlich, dass die Abgrenzungskriterien nicht eindeutig in den Definitionen der Dienstleistungsrichtlinie (DL-RL) festgelegt sind. Die Aufzählung verschiedener sekundärer Niederlassungsformen in Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie führt eher zu Unklarheiten und weckt den Verdacht, dass der Begriff der Niederlassung als „*feste Einrichtung*“ aufgeweicht und ausgedehnt werden soll.

Durch die Verwässerung der Abgrenzung dieser Grundfreiheiten in der Dienstleistungsrichtlinie wird eine unklare Rechtslage geschaffen und Missbrauchsmöglichkeiten werden eröffnet. Die Unterscheidung zwischen der Errichtung einer Niederlassung in Form einer Agentur einerseits und der vorübergehenden Erbringung einer Dienstleistung im Aufnahmemitgliedstaat durch Nutzung eines Büros andererseits kann anhand

der Dienstleistungsrichtlinie nicht mehr eindeutig vorgenommen werden. Seinen Ermessensspielraum für konkretisierende Regelungen hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie bisher nicht genutzt, sondern vielmehr die sich daraus ergebenden Unklarheiten und Lücken bestehen lassen. Notwendig wäre, dass gesetzliche Mindestkriterien für die Abgrenzung von Niederlassung und Dienstleistung aufgestellt werden.

Die unscharfe Abgrenzung zwischen Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit und die weitgehende Liberalisierung der Niederlassungsregeln in der Dienstleistungsrichtlinie laden zum Missbrauch ein: „Scheindienstleister“ können unterhalb der Schwelle der Niederlassungsfreiheit bleiben, obwohl sie tatsächlich in einer festen Einrichtung geschäftlich tätig sind. Die Folgen eines solchen Missbrauchs sind mannigfaltig:

- dem Fiskus entgehen Steuereinnahmen;
- die Sozialversicherungsträger können keine Beiträge erheben;

- Auflagen z.B. zum Verbraucher- und Anliegerschutz laufen ins Leere, weil sie sich nur an „echte“ Niederlassungen richten;
- die Vertretung von Beschäftigten ist nicht möglich, weil keine Betriebsräte eingerichtet werden können.

Einen Ansatzpunkt für eine Regelung im deutschen Recht stellt der steuerrechtliche Begriff der Betriebsstätte dar. Nach § 12 der Abgabenordnung (AO) gelten z.B. Bauausführungen oder Montagen u.a. als Betriebsstätten, wenn die einzelne Bauausführung oder Montage die Dauer von sechs Monaten übersteigt. Der Betreiber einer solchen Betriebsstätte ist automatisch im Inland steuerpflichtig. Sinnvoll wäre eine entsprechende gesetzliche Vermutung zugunsten einer festen Einrichtung im Sinne der Niederlassungsfreiheit auch in anderen Branchen; der vermeintliche Dienstleistungserbringer müsste dann den Beweis antreten, dass er nur eine vorübergehende Dienstleistung erbringt.

6. Zwischenfazit 1

Für die Bewertung der gegenwärtigen Situation und der zukünftigen Aufhebung der Freizügigkeitsbeschränkungen können die bisherigen Erfahrungen mit der polnischen Arbeitsmigration herangezogen werden. Diese war Gegenstand einer wissenschaftlichen Untersuchung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages (Lasota/Helmbach 2008). Waren 2002 noch 294.000 Arbeitsmigranten aus Polen tätig und Deutschland damit das größte Aufnahmeland in der EU, stieg deren Zahl zwar einerseits bis Ende 2007 auf 490.000 an; gleichzeitig waren aber in Großbritannien zu diesem Zeitpunkt ca. 690.000 Migranten aus Polen tätig. Die Auswanderung von Arbeitskräften aus Polen in die EU hat zwar zunächst vor allem zu einer Senkung der Arbeitslosenquote von 19,5 Prozent im Jahre 2004 auf 6,5 Prozent im Jahre 2008 geführt. Gleichwohl ist aber festzustellen, dass insbesondere jüngere Menschen abwandern und diejenigen, die in Polen eine akademische Ausbildung absolviert haben, im EU-Ausland kaum eine ihrer Ausbildung entsprechende Anstellung finden, sondern häufig einfache Arbeiten verrichten. Dadurch wird in Polen selbst eine Knappheit insbesondere in Bezug auf qualifizierte Arbeitskräfte ausgelöst, die mittelfristig zu

einem Anstieg der Vergütung in Polen selbst führen wird. Die Verringerung des Lohngefälles gegenüber Polen dürfte wiederum dazu führen, dass vermehrt Migration z.B. aus Bulgarien und Rumänien zu erwarten ist, wo noch ein erhebliches Lohngefälle besteht. Zugleich ist damit zu rechnen, dass aus diesen Herkunftsländern die gleichen Umgehungsstrategien angewandt werden, wie sie bisher in der Vergangenheit beobachtet werden konnten. Dies betrifft v.a. die Scheinselbstständigkeit sowie damit verbunden die Umgehung von Beschränkungen in der Niederlassungsfreiheit durch missbräuchliche Nutzung der Dienstleistungsfreiheit. Insbesondere in den kritischen Branchen wie dem Baugewerbe und der häuslichen Pflege ist daher mit einem Anstieg der halblegalen und illegalen Migration von Arbeitskräften aus Bulgarien und Rumänien zu rechnen. Die mit der Dienstleistungsrichtlinie einhergehenden Verringerungen der Kontrolldichte wie der Aufhebung der gewerberechtlichen Meldepflicht und unscharfen Abgrenzungen zwischen Dienstleistung und Niederlassung, aber auch bezüglich der ausgenommenen Branchen leisten hierzu einen weiteren negativen Beitrag.

7. Sozialversicherungsrechtliche Bedingungen der Mobilität

Anstatt Maßnahmen zur Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten einzuführen, sieht das Gemeinschaftsrecht die Koordinierung der einzelstaatlichen Systeme vor. Die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit basiert auf der 1971 verabschiedeten Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates. Durch diese Verordnung sollte allen Arbeitnehmern mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats die Gleichbehandlung und die Inanspruchnahme der Leistungen der sozialen Sicherheit unabhängig von ihrem Beschäftigungs- oder Wohnort gewährleistet werden. Seit 1971 wurde diese Verordnung vielfach geändert – einerseits, um sie der Entwicklung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften anzupassen, und andererseits, um die Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung des EuGH darin einzubeziehen. Die Notwendigkeit einer allgemeinen Überarbeitung der Rechtsvorschriften wurde schließlich 1992 vom Europäischen Rat erkannt. Diese Erkenntnis mündete in die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

Die Systeme der sozialen Sicherheit sind das Ergebnis lange zurückreichender Traditionen und tief in den nationalen Kulturen und Gepflogenheiten verwurzelt. Im Rahmen der Koordinierung bleibt es daher Sache jedes Mitgliedstaates zu entscheiden, welche Leistungen er unter welchen Voraussetzungen anbieten möchte. Gleichwohl müssen bestimmte gemeinsame Grundsätze aufgestellt werden, damit gewährleistet wird, dass die Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, durch die Anwendung der verschiedenen rechtlichen Systeme nicht benachteiligt werden.

Im Jahre 2007 war der Bundesregierung durchaus bewusst, dass durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit die soziale Sicherheit insbesondere

hinsichtlich der bereits erworbenen Anwartschaften der Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer und der Selbstständigen gefährdet wird. In einem Artikel vom 23.8.2007 führte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales Folgendes aus:

„Die Wanderarbeitnehmerverordnung ist ein wichtiges Beispiel für ein Handlungsfeld der europäischen Sozialpolitik. Denn nur durch verbindliche Regelungen auf europäischer Ebene kann sichergestellt werden, dass das Recht auf Freizügigkeit, eine der großen europäischen Grundfreiheiten, im Hinblick auf die soziale Absicherung der Arbeitnehmerinnen, Arbeitnehmer und der Selbstständigen bei ihren erworbenen Anwartschaften angemessen flankiert wird.“ (BMAS 2007)

Gemäß der Verordnung haben alle Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Die Verordnung gilt für alle Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaats, für die die Rechtsvorschriften eines der Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen. Demnach sind nicht nur Arbeitnehmer, Selbstständige, Beamte, Studierende und Rentner, sondern auch Nichterwerbstätige durch die Koordinierungsregeln geschützt. Die Verordnung gilt für alle klassischen Zweige der sozialen Sicherheit wie Krankheit, Mutterschaft, Arbeitsunfälle, Berufskrankheiten, Leistungen bei Invalidität und Arbeitslosigkeit, Familienleistungen, Leistungen bei Alter sowie Sterbegeld. Der sachliche Geltungsbereich wurde in dieser Verordnung um die gesetzlichen Vorruhestandsregelungen erweitert. Dadurch erhalten die Leistungsberechtigten solcher Regelungen die Garantie, dass die Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat gezahlt werden und dass sie dort hinsichtlich

der Leistungen bei Krankheit und der Familienleistungen abgesichert sind. Schließlich ist der Grundsatz der Zusammenrechnung der Zeiten wichtig. Nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats zurückgelegte Versicherungszeiten, Beschäftigungszeiten, Zeiten selbstständiger Tätigkeit und Wohnzeiten werden in allen anderen Mitgliedstaaten berücksichtigt. Demnach muss ein Mitgliedstaat diese Zeiten, die in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegt wurden, für die Begründung eines Leistungsanspruchs heranziehen.

Versicherte unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Dies ist der Mitgliedstaat, in dem die Person eine Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit ausübt (*lex loci laboris*). Wenn eine Person, die gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten beschäftigt ist, einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit in ihrem Wohnort ausübt, unterliegt sie den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. Falls sie nicht den wesentlichen Teil ihrer Tätigkeiten in ihrem Wohnstaat ausübt, unterliegt sie den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz oder Wohnsitz hat. Bei einer selbstständigen Erwerbstätigkeit unterliegt die Person den Rechtsvorschriften des Wohnstaats, wenn sie in diesem einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt. Falls sie einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeiten nicht in dem Mitgliedstaat erbringt, in dem sie

wohnt, unterliegt sie den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeiten befindet.

Wenn sich bei der Auslegung oder Durchführung der Verordnung Schwierigkeiten ergeben, müssen die Träger der sozialen Sicherheit Verbindung miteinander aufnehmen, um gemeinsam eine Lösung für die betreffende Person zu finden. Instrumente zur Koordinierung sind:

- eine Verwaltungskommission, die alle Verwaltungs- und Auslegungsfragen behandeln soll, die sich aus der Verordnung, der Durchführungsverordnung, der in deren Rahmen geschlossenen Abkommen oder Vereinbarungen ergeben – dieser gehören je ein Regierungsvertreter jedes Mitgliedstaats an sowie ein Vertreter der Europäischen Kommission;
- ein der Verwaltungskommission angeschlossener Fachausschuss – dieser soll die einschlägigen fachlichen Unterlagen, Untersuchungen und Arbeiten zusammentragen;
- ein Rechnungsausschuss, der die von den Mitgliedstaaten jährlich für Gesundheitsleistungen erstatteten durchschnittlichen Kosten ermittelt;
- ein beratender Ausschuss, der Stellungnahmen und Vorschläge für die Verwaltungskommission ausarbeitet.

8. Veränderungen durch die Aufhebung der Freizügigkeitsbeschränkungen – das Sonderproblem grenzüberschreitender Leiharbeit

Durch die Aufhebung der Freizügigkeitsbeschränkungen ergeben sich folgende Änderungen:

- Eine Arbeitserlaubnis ist nicht mehr erforderlich.
- Werkvertragsabkommen zwischen Deutschland und den neuen Mitgliedsländern werden hinfällig.
- Arbeitnehmer können in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden,
 - um dort eine bestimmte Arbeit im Rahmen eines Vertrages zwischen dem Leistungsersteller und -empfänger zu erbringen,
 - um in einem anderen Konzernteil des Unternehmens mit dem der Arbeitsvertrag besteht zu arbeiten,
 - um in einem anderen Unternehmen im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses zu arbeiten.
- Die Vorschriften zur Bezahlung von entsandten Beschäftigten im Rahmen von Werkvertragsabkommen gelten nicht mehr. Aus den neuen Beitrittsländern entsandte Arbeitnehmer können völlig legal schlechter bezahlt werden als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer, soweit keine andere Regelung (z.B. AEntG) dies verhindert.

Ein Sonderproblem besteht bei der grenzüberschreitenden Leiharbeit. Nach jahrelangen politischen Auseinandersetzungen konnte die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie) am 5. Dezember 2008 in Kraft treten. Sie ist von der Bundesrepublik Deutschland bis spätestens 5. Dezember

2011 in deutsches Recht umzusetzen. Große Divergenzen zur deutschen Rechtslage im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) bestehen nicht, da der Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission im Jahr 2002 bei der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes im Rahmen des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt bereits berücksichtigt worden ist. So ist der in Artikel 5 Abs. 1 der Richtlinie geregelte Gleichstellungsgrundsatz, wonach die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen grundsätzlich mindestens den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen einer vergleichbaren Stammarbeiterin oder eines vergleichbaren Stammarbeiters im Betrieb des Entleihers entsprechen müssen, zwar im AÜG bereits vorgesehen, enthält aber wie auch die Richtlinie die weitreichende Möglichkeit, hiervon durch Tarifverträge der Leiharbeitsbranche abzuweichen.

Das AÜG findet auch Anwendung auf Überlassungen aus dem Ausland nach Deutschland und unterstellt sie dem Erfordernis einer deutschen Verleiherlaubnis, und zwar unabhängig davon, welchen Beschränkungen der Verleiher in seinem Herkunftsstaat unterliegt.²¹ Generell keine Erlaubnis erhalten nach § 3 Abs. 2 AÜG Verleiher, deren Betrieb außerhalb des EWR gelegen ist. Verleiht ein deutscher Unternehmer jedoch Arbeitskräfte ins Ausland, ist dies nach dem AÜG uneingeschränkt zulässig (Riederer v. Paar, Einleitung Rn. 617, in Schüren 2010). Auf Grund der

21 Bayerisches Oberstes Landgericht, Urteil v. 26.2.1999, 3 ObOWi 4/99 (Der Betrieb 1999: 1019).

besonderen Kontrollproblematik bei grenzüberschreitender Leiharbeit enthalten § 3 Abs. 2 bis 5 AÜG weitere Versagungsgründe. Dabei ist zu differenzieren einmal nach der Staatsangehörigkeit des Antragstellers und weiterhin nach dem Sitz der Betriebsstätte, von der aus die Verleihtätigkeit betrieben wird. Die Abgrenzung zwischen der Arbeitnehmerüberlassung einerseits und der Erbringung von Arbeitsleistungen im Rahmen von Werkverträgen andererseits gewinnt bei der Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland eine besondere Bedeutung, da mit Drittstaaten außerhalb der EU (z. B. der Türkei)²², aber auch mit EU-Mitgliedstaaten, für die Einschränkungen hinsichtlich der Freizügigkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten (so die neuen EU-Beitrittsstaaten)²³, Werkvertragsabkommen bestehen. In deren Rahmen können bestimmte Kontingente von Beschäftigten aus dem Ausland zur Erfüllung von Werkverträgen arbeitserlaubnisfrei in der Bundesrepublik Deutschland tätig werden. Hierbei kommt es jedoch häufig zum scheinbaren Abschluss von Werkverträgen mit Subunternehmern, bei denen es sich tatsächlich um eine illegale Arbeitnehmerüberlassung handelt. Das ist immer dann der Fall, wenn die ausländischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Weisungen auch in nicht fachbezogenen Themen unmittelbar vom deutschen „Auftraggeber“ erhalten.

Aufgrund eines von der Europäischen Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens hat der Europäische Gerichtshof²⁴ entschieden, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen habe, indem nach § 3 Abs. 2 AEntG der ausländische Verleiher nicht nur die Überlassung einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers an einen Entleiher in Deutschland als solche, sondern auch jede Änderung seines Einsatzortes anmelden muss. Mit

dem am 1. Juli 2007 in Kraft getretenen Änderung des § 3 Abs. 2 AEntG²⁵ ist für die Meldung einer Änderung des Einsatzortes einer ausländischen Leiharbeiterin oder eines ausländischen Leiharbeitnehmers nun nicht mehr der ausländische Verleiher, sondern der Entleiher zuständig. Dies sichert zumindest die Kontrolle durch die Agentur für Arbeit.

In Anwendung der vom EuGH als maßgeblich angesehenen Gründungstheorie²⁶ ist bei ausländischen Gesellschaften, deren Tätigwerden in Deutschland sich auf die Entsendung von Leihararbeitnehmern beschränkt, allein entscheidend, ob sie nach dem Recht ihres Herkunftsstaates ordnungsgemäß gegründet worden sind (Schüren § 3 Rn. 212 in Schüren 2010). Ist die Agentur für Arbeit als Genehmigungsbehörde auf Grund der vom Antragsteller beigebrachten Unterlagen nicht in der Lage die Einhaltung der Vorschriften des Herkunftsstaates zu überprüfen, steht es frei in ihrem Ermessen, die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nicht zu erteilen.

Zur Vermeidung des Verleihs durch Briefkastenfirmen enthält § 3 Abs. 4 AÜG für die Gleichstellung von Gesellschaften und juristischen Personen aus dem EWR-Ausland mit deutschen Antragstellern ein zweistufiges Prüfraster: Nach der ersten Stufe muss die juristische Person oder Gesellschaft nach dem Recht eines EWR-Staates gegründet sein und ihren satzungsmäßigen Sitz oder ihre Hauptverwaltung bzw. Hauptniederlassung in Deutschland oder in einem EWR-Staat haben. Ist aber nur der satzungsmäßige Sitz in Deutschland oder einem EWR-Staat gelegen, die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung aber außerhalb, tritt in der zweiten Stufe das zusätzliche Erfordernis der tatsächlichen und dauerhaften Verbindung mit der Wirtschaft Deutschlands oder eines EWR-Staates hinzu. Diese Verbindung kann auch durch eine unselbstständige

22 Assoziierungsabkommen EWG/Türkei v. 12.9.1963, BGBl. II, 510; Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation v. 19.9.1980, (InfAuslR 1982: 33).

23 Hierzu § 284 SGB III; inzwischen besteht volle Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen aus den zum 1.1.2004 beigetretenen EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme der Sektoren Bau, Gebäudereinigung und Innendekoration, so dass Werkvertragsabkommen nur noch dort eine Rolle spielen können.

24 EuGH, Urteil vom 18.11.2007, Rs. C-490/04.

25 Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (BGBl. I: 576).

26 EuGH, Urteil v. 5.11.2002, Rs. C-208/00 (Überseering), (Neue Juristische Wochenschrift 2002: 3614).

Zweigniederlassung oder Betriebsstätte umgesetzt werden. An die „Dauerhaftigkeit“ der Verbindung sind zur Vermeidung von Missbräuchen durchaus hohe Anforderungen zu stellen. Abzugrenzen ist eine dauerhafte insbesondere von einer vorübergehenden Tätigkeit, auch wenn letztere zeitlich zunächst nicht eingegrenzt ist. Die Tätigkeit aus einem Container heraus ist z. B. i. d. R. keine dauerhafte Tätigkeit.

Im Bereich der sogen. Haushaltshilfe, bei der häufig tatsächlich verdeckte Pflegeleistungen angeboten werden, lassen sich diese Abgrenzungsschwierigkeiten besonders deutlich beobachten: Nach Untersuchungen der Diakonie Württemberg (Flothow 2010: 2) werben derzeit mehr als 65 Vermittlungsagenturen mit Angeboten für 24-Stunden-Betreuungen durch Frauen aus den osteuropäischen EU-Staaten. Legal ist dies im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung nur, wenn die entsendende Firma in ihrem Herkunftsland im Bereich der Pflege und Betreuung tätig ist und dabei wesentliche Einkünfte in diesem Bereich in ihrem Herkunftsland erzielt. Es handelt sich dann um ein sogen. Mischunternehmen, das von den Liberalisierungen der Dienstleistungsrichtlinie profitiert, da dort nur echte Leiharbeitsagenturen ausgenommen sind. Stellt man dem gegenüber, dass nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit 2009 1.571 Arbeitserlaubnisse für Haushaltshilfen aus den MOE-Staaten (davon 1.081 für Haushaltshilfen aus Polen) erteilt worden sind, so dürfte dies im krassen Gegensatz zur tatsächlichen Lage stehen.

Eine weitere besonders problematische Branche in Zusammenhang mit Leiharbeit ist das Baugewerbe. Deswegen verbietet § 1b AÜG die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe. Dieses Verbot ist aber schon jetzt in räumlicher Hinsicht gemäß dem territorialen Geltungsbereich des AÜG auf Überlassungen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland und in die Bundesrepublik hinein beschränkt (Hamann § 1 Rn. 58 in Schüren 2010), so dass Überlassungen von Bauarbeiterinnen und Bauarbeitern aus der Bundesrepublik hinaus in das EU-Ausland ohne weiteres möglich sind. Überdies ist die Überlassung in Baubetriebe zulässig, wenn zwar von Deutschland aus verliehen wird, aber im EU-Ausland, in dem der Entleiher ansässig ist, kein Verbot der Überlassung in Baubetriebe besteht.²⁷

Auch hier fehlt es an verlässlichen Zahlen. Die Zahl der Erlaubnisinhaber mit Geschäftssitz außerhalb Deutschlands betrug im Dezember 2008 280. Damit ist die Zahl im Vergleich zu Ende 2004 (267 Verleiherlaubnisse) nahezu konstant geblieben. Im Vergleich zu der Gesamtzahl der Erlaubnisinhaber Ende 2008 (15.964) ist die Zahl der im Ausland ansässigen Erlaubnisinhaber damit gering. Genaue Erkenntnisse darüber, in welchem Umfang die im Ausland ansässigen Erlaubnisinhaber von der Verleiherlaubnis Gebrauch machen und Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeiter nach Deutschland überlassen, liegen aber nicht vor. Schätzungen besagen, dass branchenunabhängig maximal 0,5 Prozent der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter (ca. 3.400) bei Verleihern mit Geschäftssitz im Ausland beschäftigt waren²⁸.

27 Dienstanweisung 1.1.1 der Bundesagentur für Arbeit zu § 1 AÜG.

28 11. Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, http://www.bmas.de/portal/41574/property=pdf/2010_01_13_aueg-bericht.pdf

9. Veränderungen durch die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie

Die Dienstleistungsrichtlinie erlaubt strengere Vorschriften gegenüber Unternehmen, die sich in einem EU-Mitgliedstaat niederlassen wollen, als gegenüber Dienstleistungserbringern, die nur temporär in einem anderen Mitgliedstaat tätig sein wollen. Für Unternehmen, die sich in Deutschland niederlassen wollen, gilt deutsches Recht. Gegenüber Dienstleistungserbringern, die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit temporär in Deutschland arbeiten, gelten hingegen weniger Vorschriften. Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von in Deutschland ansässigen Unternehmen sind die zu befürchtende Folge. Unternehmenssitzverlagerungen in niedrig reglementierte EU-Länder werden begünstigt. Die zu befürchtende Folge ist ein Arbeitsplatzverlust in Deutschland.

9.1 Auswirkungen auf den deutschen Arbeitsmarkt

Nach Angabe der Bundesregierung sollen die Auswirkungen der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie auf den deutschen Arbeitsmarkt im Vergleich zu den Ende Juni 2007 rund 26,9 Millionen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, darunter rund 1,2 Millionen mit Staatsangehörigkeiten aus den EU-10 Ländern, gering ausfallen. Zu den Auswirkungen der Richtlinie auf den Arbeitsmarkt hat die Bundesregierung bisher keine Studien in Auftrag gegeben.

Dabei geht das Institut für Mittelstandsforschung in einer Prognose aus dem Jahre 2006 davon aus, dass je nach Grad der Öffentlichkeitsarbeit zwischen 19.390 und 129.267 Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland jährlich von den Möglichkeiten der DL-RL Gebrauch machen

(Holz 2007). Unterstellt, dass diese Dienstleistungserbringer ihre Aufträge nicht allein erledigen werden, ist je nach Branche von zwei bis acht entsandten Beschäftigten je Dienstleistungserbringer auszugehen. Daher dürfte eine Beschäftigtenzahl von durchschnittlich fünf entsandten Beschäftigten realistisch sein. Dies hätte zur Folge, dass jährlich ca. 100.000 bis 650.000 Beschäftigte aus dem EU-Ausland zusätzlich nach Deutschland entsandt werden.

Diese Beschäftigten werden unter Berücksichtigung des weiten Anwendungsbereichs der Dienstleistungsrichtlinie sowohl handwerksähnliche als auch z.B. industrienaher Dienstleistungen erbringen. Das löst nicht nur arbeitsmarktpolitische sondern auch gewerkschaftliche bzw. betriebliche Handlungsnotwendigkeiten aus. Ein erheblicher Teil dieser Arbeitnehmer wird nämlich auch im Zusammenhang mit (Schein-)Dienst- oder Werkverträgen als sogen. Drittbeschäftigte infolge der Fremdvergabe von Arbeitsleistungen unmittelbar in deutschen Betrieben tätig werden. Dabei muss man sich vor Augen führen, dass im Jahre 2004 insgesamt ca. 385.000 Leiharbeiter²⁹ in der Bundesrepublik tätig waren. Nach aktuellen Angaben des Bundesverbandes Zeitarbeit (BZA) waren es im Juni 2009 526.000 Leiharbeiter, eine Größenordnung, die von der Anzahl zusätzlich entsandter Beschäftigter aus dem EU-Ausland durchaus überschritten werden kann.

In Deutschland gibt es außerhalb der derzeitigen Mindestlohnbranchen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz kein Meldesystem für entsandte Arbeitskräfte – im Gegensatz z.B. zu Belgien. Damit entfällt zugleich auch bei legalen Tätigkeiten ausländischer Entsendefirmen jede wirksame Sicherstellung der Entrichtung von Einkommensteuern und Sozialabgaben nach

²⁹ Haas (2009), Jeder dritte Leiharbeiter ohne Job, (Süddeutsche Zeitung; 7.8.2009).

Inlandsrecht bei länger dauernden Entsendungen. Die fehlende Anmeldung der einzelnen Entsendekräfte in vielen Sektoren ist daher mit hohen – und vermeidbaren – Einnahmeverlusten des Staates und der sozialen Sicherungssysteme verbunden. Doch selbst im Bereich der meldepflichtigen Entsendung erfolgt bisher keine systematische Prüfung, ob durch eine lang andauernde Entsendung hiesige Steuer- und Abgabepflichten bestehen, da die Anmeldung bisher in erster Linie nur für Zwecke der Mindestlohnkontrolle ausgewertet wird. Dieses Problem könnte durch engere Behördenzusammenarbeit und Datenaustausch national gelöst werden.

Es ist davon auszugehen, dass mit Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie dieses Problem größer werden wird. Deshalb ist eine Meldepflicht für jeden Arbeitnehmer, jede Arbeitnehmerin, die nach Deutschland entsandt wird, notwendig.

Da selbst in den Mindestlohnbranchen bisher keine statistische Erfassung der entsandten Beschäftigten erfolgt, ist die Zahl der jeweils entsandten Beschäftigten bisher unbekannt, obwohl diese Zahl wichtig wäre, um zielgerichteter politisch agieren zu können und insbesondere Fehlentwicklungen im Bereich der Finanzierung der sozialen Sicherheit und der Steuereinnahmen rechtzeitig entgegensteuern zu können³⁰. Allein auf Grund des Meldeverfahrens der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) und der Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG (ZVK), SOKA-BAU bei Entsendungen nach Deutschland im Baugewerbe existieren dort entsprechende Zahlen (siehe Tabelle 5).

Mit der Umsetzung der Erfordernisse der Dienstleistungsrichtlinie in das deutsche Gewerbebereich ist der deutsche Gesetzgeber sogar noch darüber hinaus gegangen und hat die Anzeigepflicht gem. § 14 GewO für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung abgeschafft. Dies geht weit über die Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie hinaus. Zwar können zu Geneh-

migungsregelungen i. S. v. Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie auch Anzeigepflichten gehören; dies ist aber nur dann der Fall, wenn sie die Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Dienstleistungserbringung sind (Schlachter/Ohler 2008). Genau dies ist aber bei der Anzeigepflicht nach § 14 GewO, bei der es sich um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt, gerade nicht der Fall; die Gewerbetätigkeit ist auch ohne Anzeige rechtmäßig³¹. Die Frage ist, wie bei fehlender Anzeigepflicht etwaige Umgehungstatbestände erkannt werden sollen.

Das Merkmal „entsandte Beschäftigte“ sollte in der monatlichen Industriestatistik erfasst werden. Im Rahmen des Bürokratieabbaus ist es sehr schwierig, eine Ausdehnung der Berichtspflichten der Unternehmen gegenüber den statistischen Ämtern über die nationale Ebene zu erreichen. Daher ist hier auch die europäische Ebene in der Pflicht.

In den durch Arbeitnehmerentendegesetz und Mindestlöhne regulierten Branchen nimmt die Umgehung der Mindestlöhne und der sonstigen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften durch organisierte Scheinselbstständigkeit zu. Manchmal werden die Betroffenen über ihren Status getäuscht, indem ihnen daheim normale Arbeitsverhältnisse in Deutschland versprochen werden, aber sie nach ihrer Ankunft als Selbstständige angemeldet werden. Dabei wird ihre Sprachunkundigkeit ausgenutzt. Hier hat sich bereits eine neue inländische Dienstleistungsbranche etabliert, deren Geschäftszweck allein in der Beihilfe zur Umgehung der hiesigen Vorschriften durch Erledigung bürokratischer Formalitäten zur Eintragung selbstständiger Gewerbe, Stellung von Deckadressen und Organisation von Schein-ARGes von „Selbstständigen“ besteht und die mit dubiosen „Arbeitsagenten“ aus Herkunftsländern bisher entsandter Arbeitskräfte und inländischen Hauptunternehmern zusammenarbeitet. Auch bei reinen Inlandssachverhalten sind diese „Dienstleister“ bereits aktiv.

30 Vgl. daher auch den entsprechenden Antrag der Bundesländer Rheinland-Pfalz und Berlin für eine Entschließung des Bundesrates für eine soziale Revision der Entsenderichtlinie vom 02.07.2010, BR-Drs. 412/10.

31 Verwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 11.6.1997, 5 A 118/96 (NVwZ-RR 1998: 427).

Tabelle 5:

Umfang der Entsendungen / EWR-Staaten, für welche die Dienstleistungsfreiheit im Bausektor noch nicht umgesetzt ist, und Staaten außerhalb des EWR

Land	Arbeitgeber absolut		Arbeitnehmer* absolut		Baustellen absolut	
	2008	2007	2008	2007	2008	2007
Bosnien-Herzegowina	102	98	3.257	3.457	1.180	1.389
Bulgarien	34	54	1.227	2.215	85	142
Kanada	1	1	2	3	2	1
Kroatien	138	135	5.103	5.115	1.515	1.572
Lettland	2	1	7	4	12	2
Mazedonien	17	16	493	500	53	64
Montenegro	0	1	0	10	0	1
Polen	271	308	16.110	20.436	3.541	4.732
Rumänien	76	82	5.534	6.733	269	383
Schweiz	94	76	692	830	382	412
Serbien	71	55	1.395	988	305	203
Slowakei	44	48	1.180	1.445	112	120
Slowenien	8	10	69	90	20	26
Tschechien	54	69	903	1.166	642	815
Türkei	33	34	1.534	1.884	134	163
Ungarn	106	116	2.767	3.004	590	670
Sonstige Länder	3	2	97	26	7	1
Summe EWR ohne Dienstleistungsfreiheit	1.054	1.106	40.370	47.906	8.849	10.696
Gesamtsumme	2.183	2.200	53.456	59.775	15.063	17.067

*Jeder Arbeitnehmer wird zahlenmäßig zu einem Arbeitgeber nur einmal erfasst. Sofern ein Arbeitnehmer einen Arbeitgeber wechselt, wird in diesem Fall der Arbeitnehmer bei dem ersten und auch bei dem nachfolgenden Arbeitgeber gezählt.

Quelle: http://www.soka-bau.de/soka_bau/europaverfahren/europaverfahren_statistik/.

Durch die im Rahmen der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie neu eingeführte rein elektronische Abwicklung der Gewerbeanmeldung dürfte dieses Phänomen einen starken Auftrieb erhalten. Es sollte deshalb bei allen neu angemeldeten Selbstständigen nach kurzer Tätigkeit eine Regelüberprüfung durchgeführt werden, ob nicht doch in Wirklichkeit eine abhängige Beschäftigung vorliegt. Hierzu ist das jetzige Statusfeststellungsverfahren zu ändern, das bisher in der Regel nur auf Antrag des Beschäftigten oder des Arbeitgebers eingeleitet wird. Die Feststellung eines Beschäftigtenstatus führt immer zum Entstehen einer inländischen Sozialversicherungs- und Lohnsteuerpflicht. Künftig sollte dieses Verfahren von Amts wegen und routinemäßig durchgeführt werden. Hierzu müssen bei der Rentenversicherung und den anderen beteiligten Institutionen viele neue Stellen geschaffen werden, die sich aber durch vermehrte Einnahmen nach der Anlaufzeit selbst finanzieren würden und unterm Strich deutlich mehr Einnahmen als Ausgaben generieren.

9.2 Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen

Der Bundesregierung liegen hierzu nach eigener Angabe keine empirischen Ergebnisse vor (BT-Drs. 17/2508). Dabei gibt es durchaus ernst zu nehmende Hinweise dafür, dass Arbeitnehmerschutzrechte und die Dienstleistungsfreiheit in einem Spannungsverhältnis stehen.

So hat der EuGH mit seinen Entscheidungen in den Urteilen „*Laval*“³² und „*Viking*“³³ gewerkschaftliche Arbeitskämpfmaßnahmen unter dem Vorbehalt der Gewährung des freien Dienstleistungsverkehrs (*Laval*) bzw. der Niederlassungsfreiheit (*Viking*) gestellt (Schubert 2008: 289). Die Möglichkeit von Gewerkschaften, sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten für die Interessen von Beschäftigten einzusetzen, wird dadurch

empfindlich eingeschränkt. Arbeitskämpfe gegen drohende Standortverlagerungen ins EU-Ausland oder zur Erlangung gleichwertiger Arbeitsbedingungen für in den Betrieb entsandte Beschäftigte stünden unter dem Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit der Dienstleistungs- und/oder Niederlassungsfreiheit. Ein derartiges Prüfraster war den deutschen Arbeitsgerichten fremd. Sie haben Arbeitskämpfmaßnahmen bisher nur darauf untersucht, ob sie unangemessen in verfassungsrechtlich geschützte Eigentums- und Berufsausübungsrechte der Arbeitgeber eingreifen³⁴.

Das macht es erforderlich, durch gesetzliche Regelungen zur Herstellung bzw. Wahrung kollektiver Rechte in die Bundesrepublik entsandter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beizutragen. Hierzu sind mehrere Ansätze denkbar, aber auch notwendig:

Schon nach derzeitiger Rechtslage wäre es möglich, durch einen allgemeinen branchenunabhängigen gesetzlichen Mindestlohn eine *ordre-public*-Regelung zu schaffen, die von den nach Deutschland entsendenden Arbeitgebern zwingend beachtet werden müsste sowie weitere Branchen unter den Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes zu fassen (Lorenz 2006: 91).

Nach einer verbreiteten Literaturmeinung (Däubler 2006: Einleitung, Rn. 661 ff.) ist es zwar zulässig, ausländische Beschäftigte zu organisieren und z. B. auch grenzüberschreitende Tarifverträge abzuschließen. Soweit dies von deutschem Territorium ausgeht, wäre für die Arbeitskämpffähigkeit der damit verfolgten Ziele deutsches Recht maßgeblich, doch fehlt es hier an einer ausdrücklichen Klarstellung im Tarifvertragsrecht. Deswegen besteht auch hier Handlungsbedarf. Bei Fehlen einer Klarstellung im europäischen Primärrecht stünden diese Möglichkeiten unabhängig von ihrer aus Art. 9 Abs. 3 GG herzuleitenden verfassungsrechtlichen Gewährleistung unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten des EG-Vertrages.

32 EuGH, Urteil vom 18.12.2007, Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767.

33 EuGH, Urteil vom 18.12.2007, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779.

34 Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 3.4.1990 – 1 AZR 123/89 (Arbeit und Recht 1991: 93).

Neben diesem tarifrechtlich geprägten Ansatz ist – gerade zur Erfassung der problematischen Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit – eine Erweiterung des Betriebsbegriffes gem. § 1 BetrVG auch auf vorübergehende Einrichtungen und eine Neufassung des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs in § 5 Abs. 1 BetrVG, der nicht auf die arbeitsvertraglichen Gegebenheiten, sondern allein auf die tatsächliche Betriebszugehörigkeit abstellt, ernsthaft zu erwägen.

Gekoppelt werden muss diese Definition mit einer gesetzlichen Fassung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffes, um die Vertretung auch entsandter Beschäftigter zu ermöglichen. Nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ist ein Betriebsrat in jedem Betrieb einzurichten. Hier besteht Handlungsspielraum, da die Definition des Betriebes bisher allein durch die Rechtsprechung erfolgte.

9.3 Auswirkungen auf das deutsche Arbeits- und Sozialrecht

Nach Ansicht der Bundesregierung sind keine Auswirkungen der DL-RL und ihrer innerstaatlichen Umsetzung auf das deutsche Arbeits- und Sozialrecht ersichtlich oder zu erwarten, da diese

Gebiete von der Richtlinie ausgenommen seien. Die in Artikel 1 Abs. 6 und 7 der DL-RL verwendete Formulierung „unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts“ habe keinen eigenen Regelungsgehalt und schränke die Herausnahme des Arbeits- und Sozialrechts nicht ein (BT-Drs. 17/2508).

Unmittelbare Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie und der Erweiterung der Dienstleistungsfreiheit sind tatsächlich nur in geringem Ausmaß zu erwarten. Sehr viel schwerer wiegen aber die indirekten Auswirkungen, mit denen zu rechnen ist. So liefert die Dienstleistungsrichtlinie keine Abgrenzungskriterien zwischen Scheinselbstständigkeit und Selbstständigkeit – vielmehr untersagt sie den Mitgliedstaaten, Regelungen zu treffen, die die Aufnahme einer grenzüberschreitenden selbstständigen Tätigkeit beschränken könnten. Damit werden aber die arbeits- und sozialrechtlichen Schutzgesetze von vornherein ausgehebelt, weil es an der für deren Geltung notwendigen Arbeitnehmereigenschaft fehlt. Ohnehin sind nach der gegenwärtigen Gesetzeslage die von einem ausländischen Dienstleistungserbringer nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer wegen des Territorialitätsprinzips des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) keine Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG, ebenso wenig natürlich Scheinselbstständige.

10. Zwischenfazit 2

Schon unter den gegenwärtigen Voraussetzungen, d.h. vor Inkrafttreten der ungehinderten Mobilität von Beschäftigten aus den MOE-Staaten und unmittelbar nach Ablauf der Umsetzungsfrist der EU-Dienstleistungsrichtlinie, besteht offensichtlich keine Klarheit über das tatsächliche Ausmaß der Wahrnehmung freiwilliger und im Arbeitsverhältnis angeordneter Migration. Dies liegt v.a. darin begründet, dass die institutionellen und gesetzlichen Voraussetzungen für eine Erfassung der Wanderungsströme fehlen. Seitens des Gesetzgebers wird konkreter Handlungsbedarf für die unmittelbar bevorstehende Entwicklung offenbar nicht gesehen; insoweit verweist die Bundesregierung u.a. auf den Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie, der das Arbeits- und Sozialrecht unmittelbar nicht erfasst. Soweit eine mittelbare Erfassung in Frage kommt, sind gesetzgeberische Aktivitäten momentan nicht feststellbar. Mit seinen bisherigen Maßnahmen in Bezug auf die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern hat der Gesetzgeber ausschließlich auf Kontrolldefizite reagiert und die Befugnisse der Kontrollbehör-

den erweitert. Es ist allerdings fraglich, ob derartige reaktive Maßnahmen ausreichend sind, um den zukünftigen Entwicklungen zu begegnen. Zugleich darf nämlich nicht außer Acht gelassen werden, dass eine Zunahme grenzüberschreitender Mobilität sowohl von den Beschäftigten, die sich bewegen bzw. von ihrem Arbeitgeber bewegt werden, als auch von den inländischen Beschäftigten akzeptiert werden muss. Eine derartige Akzeptanz lässt sich aber nur dann erreichen, wenn nicht nur die Mobilität im Sinne der Freizügigkeit als europäisches Bürgerrecht verstanden wird, sondern auch die sozialen und politischen Bedingungen, unter denen diese Mobilität stattfindet, verbessert und angeglichen werden. Neben den materiellen Bedingungen der Arbeit zählt hierzu auch die politische Teilhabe. So richtig wie es ist, für diejenigen, die die Freizügigkeit wahrnehmen, ein Wahlrecht zu den allgemeinpolitischen Gremien zu fordern (Berthold/Neumann 2003: 14), so richtig muss es auch sein, diese Teilhabe für die betriebsverfassungsrechtlichen Gremien und den Zugang zu gewerkschaftlichen Rechten im Zielland der Entsendung zu fordern.

11. Möglichkeiten zur Herstellung gleicher Arbeits- und Entlohnungsbedingungen

Im Vorgriff auf die Einführung der vollständigen Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit zum 1.5.2011 bzw. für Bulgarien und Rumänien zum 1.1.2014 müssen Rahmenbedingungen für faire Mobilität und soziale Sicherheit geschaffen werden. Die bisher bestehenden gesetzlichen Instrumentarien wie das Arbeitnehmer-Entsendegesetz sind in ihren Wirkungen zumindest lückenhaft. Nicht zuletzt aus diesem Grund setzt sich der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) dafür ein, dass Deutschland dem Beispiel 18 anderer EU-Mitgliedstaaten folgt und einen gesetzlichen Mindestlohn einführt, der nach den aktuellen Vorstellungen des DGB bei 8,50 Euro in der Stunde liegen sollte. Allerdings haben die bisherigen Erfahrungen mit der Durchführung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes insbesondere in der Baubranche auch gezeigt, dass die Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen einer effizienten Kontrolle bedarf. Zum 1.1.2004 wurden durch eine Änderung des § 2 AEntG die Zollbehörden für die Überwachung allein zuständig³⁵. Seither verfügen die 6.500 Beschäftigten der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) über umfassende polizeiliche Rechte zur Überprüfung der Einhaltung der Tarifverträge, die im Anwendungsbereich des AEntG für verbindlich erklärt werden. Die Kontrollen erfolgen auch routinemäßig ohne einen konkreten Verdacht. Soweit Tätigkeiten im Zusammenhang mit Arbeitnehmerüberlassung durchgeführt werden, hindern etwaige Hausrechte des Entleihers die Kontrollen der FKS in keiner Weise. Die Ausweitung der vom AEntG erfassten Branchen muss freilich auch dazu führen, dass die Anzahl der bei der FKS tätigen Kontrolleure

erheblich ausgeweitet wird. Allerdings handelt es sich sowohl bei der Anwendung des AEntG als auch bei der eines gesetzlichen Mindestlohns um rein kurative Maßnahmen.

Für einen prophylaktischen Ansatz müssen insbesondere zunächst institutionelle Ansätze aufgegriffen werden, die in einigen Grenzregionen der EU schon bestehen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Mobilität, soweit es sich nicht allein um vom Beschäftigten selbst veranlasste Mobilität, sondern es sich um Mobilität im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses handelt, die Folge von Lohnunterschieden in den Mitgliedstaaten und unterschiedlicher Entwicklungen in der Binnenwirtschaft und den Arbeitsmärkten ist. Es gilt daher, die dort bestehenden Divergenzen zu erfassen und mit Hilfe grenzüberschreitender Institutionen Maßnahmen zu entwickeln, um die bestehenden Unterschiede anzugleichen. Hierzu bestehen in einer Reihe von Grenzregionen bereits derzeit 44 interregionale Gewerkschaftsräte (IGR), die in den betreffenden Grenzregionen alle regionalen Gewerkschaftsorganisationen der nationalen EGB-Mitgliedsverbände vertreten und die direkten grenzüberschreitenden Kooperationen zwischen sektoralen Strukturen und Unternehmen fördern (Europäischer Gewerkschaftsbund 2009). Um nicht nur tarifpolitisch, sondern auch strukturpolitisch handlungsfähig werden zu können, erscheint es sinnvoll, ergänzend tripartite und bi- oder trilaterale Wirtschaftsausschüsse zur Diskussion grenzüberschreitender Problemlagen und Entwicklungserfordernisse einzurichten, die auch die Aufgabe der Erstellung von Regionalentwick-

35 3. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003, BGBl. I 2848.

lungskonzepten und eines Arbeitsmarktmonitorings übernehmen können (DGB Bezirk Sachsen 2010: 6).

Bis heute bedienen sich Eurostat und die nationalen Statistikstellen der Zahlungsstromstatistik. Dies bedeutet, dass der Export oder Import von Dienstleistungen nur statistisch relevant wird, wenn er auch einen entsprechenden grenzüberschreitenden Bezahlvorgang auslöst. Problematisch ist, dass bei vielen Dienstleistungen der Zahlungsvorgang innerhalb eines Mitgliedstaates abgewickelt wird und eine Erfassung dann ausbleibt. Die Europäische Union sollte eine wissenschaftlich orientierte Basiserhebung durchführen

lassen, wie die einzelnen Dienstleistungswirtschaftszweige in den europäischen Mitgliedsländern ihre Kooperationsbemühungen mit Unternehmen in anderen Ländern ausgestalten. Davon ausgehend und darauf fortrechnend sollte für die Zukunft eine solide Abbildung des wirklichen Volumens des Dienstleistungsmarkts der Europäischen Union erarbeitet werden.

Dies muss ergänzt werden mit einer Erfassung der entsandten Beschäftigten selbst auch in denjenigen Branchen, die nicht von den jeweiligen nationalen Entsende-Gesetzen in Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG erfasst werden.

12. Fazit und politische Handlungsempfehlungen

(1) Um Entsendetatbestände und ihre arbeitsmarkt- und sozialpolitischen, fiskalischen und wirtschaftlichen Folgewirkungen zu erfassen, ist eine statistische Erfassung der Entsendefälle notwendig. Diese kann sich z. B. aus der Gewerbebeanmeldung ergeben.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes findet zur Zeit keine statistische Erfassung der Entsendungen nach Deutschland statt. Auch auf europäischer Ebene fehlen entsprechende Erhebungen. Da mit einer kurzfristigen Erweiterung des Anwendungsbereichs des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes nicht zu rechnen ist, müssen andere Wege der Erfassung in Angriff genommen werden. Eine Möglichkeit ist die gewerberechtliche Erfassung bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen, die auch die Anzahl der hierzu entsandten Beschäftigten beinhalten kann. Eine derartige Meldepflicht ist europarechtskonform, soweit sie nicht als Zulassungsvoraussetzung wirkt.

(2) Die Abgrenzung zwischen Selbstständigen und abhängig Beschäftigten sollte im Zielland der Entsendung nach dessen Maßstäben überprüft werden können. Die Definition des Herkunftslandes sollte ein Indiz für die Abgrenzung, aber nicht das alleinige Entscheidungsmerkmal sein.

Der EuGH hat entschieden, dass eine Bescheinigung E 101, die nicht von den Behörden des Ausstellungsstaats zurückgezogen oder für ungültig erklärt wird, den zuständigen Träger und die Gerichte des Mitgliedstaats, in den die Arbeitnehmer entsandt worden sind, bindet³⁶. Diese Rechtsprechung ist nur dann akzeptabel, wenn die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten gewährleistet, dass auch bei Verdachtsmomenten in Bezug

auf die Unrichtigkeit der Bescheinigung schon bei kürzeren Aufenthalten eine zuverlässige Überprüfung der tatsächlichen Voraussetzungen im Herkunftsstaat erfolgen kann.

(3) Entsandte Arbeitnehmer müssen über ihre Rechte im Zielland informiert werden.

Eine Unterrichtungspflicht der entsandten Beschäftigten über ihre Rechte im Zielland ist zwar in Art. 3 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG vorgesehen, eine Verpflichtung dazu besteht jedoch nicht. Um die Einhaltung der Vorschriften über zwingende Arbeitsbedingungen und Schutzregelungen durchzusetzen, ist es aber geboten, dass den hierher entsandten Beschäftigten diese Informationen möglichst in ihrer Landessprache zur Verfügung stehen. Eine Möglichkeit wäre eine konsequente Umsetzung von Art. 4 Abs. 2 der EU-Nachweis-Richtlinie 91/533/EWG, die den entsendenden Arbeitgeber verpflichtet, die im Zielland geltenden Arbeits- und Sozialbestimmungen bei Entsendungen den Beschäftigten mitzuteilen. Derzeit ist diese Verpflichtung auf Entsendungen begrenzt, die länger als einen Monat andauern. Dies steht freilich günstigeren Regelungen in den Mitgliedstaaten nicht entgegen.

(4) Entsandten Arbeitnehmern muss die Möglichkeit gegeben werden, sich an die für sie zuständigen Gewerkschaften des Ziellandes zu wenden.

Entsandte Arbeitnehmer sind, soweit sie gewerkschaftlich organisiert sind, Mitglieder der Gewerkschaft ihres Herkunftsstaates. Durch entsprechende organisationspolitische Maßnahmen wäre es aber möglich, ihnen auch Zugang zu gewerkschaftlichen Leistungen im Zielland zu gewähren.

³⁶ Zuletzt mit Urteil vom 26.1.2006, Rs. C-2/05, Rijkdienst voor Sociale Zekerheid gegen Herbosch Kiere NV.

(5) Die zuständigen Gewerkschaften des Ziellandes sollten in die Lage versetzt werden, entsandten Arbeitnehmern Rechtsschutz zu gewähren.

Für die gerichtliche Durchsetzung von Lohnforderungen im Zielland kann durchaus auch der Gerichtsstand des jeweiligen Arbeitsortes nutzbar gemacht werden. Das setzt aber voraus, dass den entsandten Beschäftigten im Zielland auch Rechtsschutz gewährt werden kann. Hierzu können in einer Kooperation der Arbeitsbehörden des Ziellandes und der zuständigen Gewerkschaften Beratungsbüros für entsandte Arbeitnehmer eingerichtet werden.

(6) Zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit sollte im inländischen Gewerbe- und Steuerrecht eine gesetzliche Definition der „festen Einrichtung“ erfolgen.

Mit der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG ist die Abgrenzung zwischen einer Niederlassung und einer gegebenenfalls länger andauernden Dienstleistung noch schwieriger geworden. Neben den tatsächlichen Kontrollproblemen, die durch elektronische Anmeldeverfahren noch verschärft werden, tritt noch die Möglichkeit zeitlich unbegrenzter, aber angeblich noch vorübergehender Dienstleistungen hinzu. Eine Lösung kann ähnlich wie in der Abgabenordnung nur in der gesetzlichen Vermutung einer Niederlassung gefunden werden, wenn sich der mögliche Schein-Dienstleister über einen bestimmten Zeitraum hinaus im Zielland aufhält und dort z. B. Leitungspersonal angesiedelt hat.

(7) Entsandten Arbeitnehmern müssen ggf. nach einem bestimmten Zeitablauf den inländischen Arbeitnehmern vergleichbare Rechte im kollektiven Arbeitsrecht in Bezug auf die tarifliche Gestaltung ihrer Arbeitsbedingungen und ihre Interessenvertretung im Betrieb gewährt werden.

Je länger eine Entsendung andauert, desto eher nähert sich die soziale Lage der entsandten Beschäftigten derjenigen der im Inland tätigen Arbeitnehmer an, jedoch ohne dass sie vergleichbare Rechte für sich in Anspruch nehmen können. Diese Situation korrespondiert

mit derjenigen der Migranten, die trotz langjährigem Aufenthalt nur äußerst begrenzt an der politischen Willensbildung im Aufenthaltsstaat teilhaben können. Im Betriebsverfassungsgesetz sieht § 7 Satz 2 unabhängig von der Staatsangehörigkeit das aktive Wahlrecht überlassener Beschäftigter vor, wenn die Überlassung länger als drei Monate andauert. Vergleichbare Regelungen sind bei entsandten Beschäftigten im Hinblick auf ihre betriebsverfassungsrechtliche und tarifvertragsrechtliche Stellung denkbar. Letztere würden dann auch z. B. Arbeitskämpfmaßnahmen für die Rechte entsandter Beschäftigter ermöglichen. Eine entsprechende Klarstellung hierzu im Tarifvertragsgesetz wäre hilfreich.

(8) Die konsequente Umsetzung des Prinzips des „Gleichen Lohns für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ muss nach den gegenwärtigen europarechtlichen Rahmenbedingungen auch durch eine Ausweitung der vom Arbeitnehmer-Entsendegesetz erfassten Branchen erreicht werden. Hier besteht insbesondere in der Leiharbeit Handlungsbedarf. Flankierend muss ein gesetzlicher Mindestlohn weiterverfolgt werden.

Einzelne Entscheidungen des EuGH stellen die koalitionsmäßige Durchsetzung von Arbeitnehmerrechten unter den Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Diese Rechtsprechung ist kritikwürdig, weil sie unterstellt, dass die europarechtlichen Instrumente wie die Entsende-Richtlinie nicht etwa einen Mindestschutz, sondern einen nach oben begrenzten Schutz gewährleisten, der nicht durch innerstaatliche Regelungen ausgedehnt werden kann. Deswegen stehen die nationalen Regelungen zu Mindestarbeitsbedingungen wieder im Brennpunkt. Da es sich bei Entsendungen auch um Fälle der Leiharbeit handeln kann, ist deren Erfassung durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz auch z. B. bei konzerninterner Leiharbeit unabdingbar. Die Nutzung dieser Möglichkeit darf aber nicht den Blick darauf verschließen, sich auch für die Erstreckung der Befugnisse der inländischen Gewerkschaften für in ihr Land entsandte Beschäftigte einzusetzen.

(9) Bei der Mobilität in Form von Freizügigkeit im eigentlichen Sinne, d.h. dem Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat zum Zweck der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz, spielen Sprachkenntnisse und vorhandene soziale Beziehungen eine wesentliche Rolle. Die vom Arbeitgeber veranlasste Entsendung von ArbeitnehmerInnen in einen anderen Mitgliedstaat ist wie das Pendeln über mitgliedstaatliche Grenzen hinweg allerdings zumeist Folge des Lohngefälles und unterschiedlicher Kriterien für die Bestimmung des Lohnes. Daher ist die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Gewerkschaften zu verstärken, um gemeinsame Kriterien für die Lohnfindung zu entwickeln. Hierbei ist auch die Form der Finanzierung von Sozialversicherungsleistungen zu betrachten.

Gerade in Grenzregionen sind durch die Zusammenarbeit in interregionalen Gewerkschaftsräten positive Erfahrungen gesammelt worden. Diese Erfahrung gilt es zu vertiefen und insbesondere im gemeinsamen Monitoring arbeitsmarkt- und sozialpolitisch relevanter Daten unter Beteiligung der jeweils zuständigen Behörden und Arbeitgeberorganisationen auszubauen, um daraus sowohl konkrete Handlungsschritte für regionale Maßnahmen als auch für Kriterien für Lohn- und Gehaltsentwicklungen zu definieren. Soweit dabei Sozialversicherungsleistungen nicht über Vergütungsbestandteile sondern steuerfinanziert werden, muss dies besonders berücksichtigt werden, ohne die sozialpolitische Souveränität der Mitgliedstaaten zu beschränken.

Literaturverzeichnis

- Berthold, Norbert; Neumann, Michael (2003): Zehn Jahre Binnenmarkt: Wie frei ist der europäische Arbeitnehmer wirklich?, Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre, Wirtschaftsordnung und Sozialpolitik Nr. 67, Würzburg.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2007): „Soziale Sicherung in Europa“, http://www.bmas.de/portal/18880/2007_08_23_soziale_sicherung_ein_europa.html
- Bundesministerium für Finanzen (2006): Handbuch, Vorschriften für die Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen im Bereich der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit.
- Däubler, Wolfgang (2006) (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden.
- Deutscher Gewerkschaftsbund Bezirk Sachsen (2010): Faire Mobilität und soziale Sicherheit im Dreiländereck Sachsen – Nordböhmen – Niederschlesien.
- Europäischer Gewerkschaftsbund (2009): Interregionale Gewerkschaftsräte (IGR) – Tarifverhandlungen – Grenzübergreifende Zusammenarbeit – Abschlussbericht, Brüssel.
- Europäische Kommission (2010): Eurobarometer Spezial 337 – Mobilität von Arbeitnehmern – Zusammenfassender Bericht, Juni 2010, Brüssel.
- Flothow, Johannes (2010): Osteuropäische Haushaltshilfen – den europäischen Pflege- und Betreuungsmarkt gerecht gestalten, Stuttgart, http://www.europakongress2010.de/fileadmin/media/dokumentation/WS11_FairCare-Text-Vorlage_Workshop_Europakongress.pdf.
- Fuchs, Maximilian (2008): Arbeitsmigration im Spannungsfeld von nationalstaatlicher und europarechtlicher Regelung, in: Konzen, Horst; Krebber, Sebastian; Raab, Thomas; Veit, Barbara; Waas, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Rolf Birk zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen.
- Hillmann, Felicitas; Sommer, Elena (2010): Gewerbeanmeldungen – Gründungen ausländischer Staatsangehöriger, in: Nationalatlas aktuell 6, Leipzig.
- Holz, Michael (2007): Tendaussagen zur voraussichtlichen Inanspruchnahme der Einheitlichen Ansprechpartner nach der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi), Bonn.
- Husmann, Manfred (2009): Auswirkungen des EG-Primärrechts auf den Erwerb von Sozialleistungen, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2009.
- Krebber, Sebastian (2008): Globalisierungsbedingter Verlust der Bindungswirkung staatlicher Regulierung und die sich entwickelnden Alternativen, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht 2008.
- Lasota, Maciej; Helmbach, Margot (2008): Polen vier Jahre nach dem EU-Beitritt – Auswirkungen des EU-Beitritts auf den polnischen Arbeitsmarkt, Bericht Nr. 29/08 des Fachbereichs Europa der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages vom 28. November 2008.
- Lorenz, Frank (1996): Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), Gesetzestext und Materialien, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden.

- Lorenz, Frank (2006): EU-Dienstleistungsrichtlinie und gesetzlicher Mindestlohn – rechtliche Bewertungen und mögliche Schlussfolgerungen, Arbeit und Recht (AuR) 3-4/2006.
- Lorenz, Frank; Wannöffel, Manfred (2009): Unter Ausschluss der Öffentlichkeit?, Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in nationales Recht – Eine Herausforderung für Politik und Gewerkschaften, Bonn.
- Ministère du Travail, de la Solidarité et de la Fonction Publique (2005): Les politiques du marché du travail, Paris.
- Schlachter, Monika; Ohler, Christoph (Hrsg.) (2008): Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Handkommentar, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Schliesky, Utz (2008): Das Ende der deutschen Verwaltung? Die Europäische Dienstleistungsrichtlinie – Anstoß zur Verwaltungsmodernisierung und Zwang zur Verwaltungsreform, in: Schliesky, Utz (Hrsg.): Die Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie in der deutschen Verwaltung, Kiel.
- Schubert, Claudia (2008): Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht im Konflikt, Recht der Arbeit (RdA) 2008.
- Schüren, Peter (Hrsg.) (2010): Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, Verlag C.H. Beck, München (zitiert: Bearbeiter in Schüren 2010).
- UK Border Agency (2008): Working in the UK , <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/workingintheuk>.
- Wirtschaftskammer Österreich (2010): EU Top Thema Mai 2010 – Fragen und Antworten zum Auslaufen von Übergangsregeln im Bereich der Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit gegenüber acht neuen EU-Mitgliedstaaten am 30.4.2011, Wien.

Der Autor

Dr. Frank Lorenz

ist Arbeits- und Europarechtler und Partner der Kanzlei
silberberger.lorenz in Düsseldorf.



Neuere Veröffentlichungen der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik

Projekt Zukunft 2020

**Zukunft 2020 – ein Modell für ein soziales
Deutschland**

WISO Diskurs

Wirtschaftspolitik

Wirtschaftspolitische Konsequenzen aus der Krise

WISO Diskurs

Wirtschaftspolitik

Soziales Wachstum gegen die Schuldenkrise

WISO Diskurs

Wirtschaftspolitik

**Wieder Wohlstand für alle – Politik für eine
integrierte Arbeitsgesellschaft**

WISO direkt

Nachhaltige Strukturpolitik

**Kultur- und Kreativwirtschaft: Postmaterielles
Wachstum – materielles Elend**

WISO direkt

Europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik

**Letzter Ausweg gemeinsame Anpassung –
die Eurozone zwischen Depression und Spaltung**

WISO direkt

Steuerpolitik

**Welche Steuerpolitik gehört zum
„sozialdemokratischen Modell“?**

WISO direkt

Arbeitskreis Mittelstand

**Fachkräftemangel im Mittelstand:
Was getan werden muss**

WISO Diskurs

Gesprächskreis Verbraucherpolitik

**Biokraftstoffe – Lösung, Problem oder nur
Teil der Landschaft?**

Bilanzen, Potenziale und Szenarien bis 2050

WISO Diskurs

Arbeitskreis Innovative Verkehrspolitik

**Eckpfeiler einer zukünftigen nachhaltigen
Verkehrspolitik**

WISO Diskurs

Gesprächskreis Sozialpolitik

**Rückkehr zur lebensstandardsichernden und
armutsfesten Rente**

WISO Diskurs

Gesprächskreis Arbeit und Qualifizierung

**Die psycho-sozialen Herausforderungen
der modernen Arbeitswelt**

WISO direkt

Gesprächskreis Arbeit und Qualifizierung

**Perspektiven der Erwerbsarbeit:
Facharbeit in Deutschland**

WISO Diskurs

Arbeitskreis Arbeit-Betrieb-Politik

**Die Mitbestimmung im Kontext europäischer
Herausforderungen**

WISO direkt

Arbeitskreis Dienstleistungen

**Arbeitsplatz Hochschule
Zum Wandel von Arbeit und Beschäftigung
in der „unternehmerischen Universität“**

WISO Diskurs

Gesprächskreis Migration und Integration

**Wirkungen der Zuwanderungen aus den
neuen mittel- und osteuropäischen EU-Staaten
auf Arbeitsmarkt und Gesamtwirtschaft**

WISO Diskurs

Frauen- und Geschlechterforschung

**Wem werden Konjunkturprogramme gerecht?
Eine budgetorientierte Gender-Analyse der
Konjunkturpakete I und II**

WISO Diskurs

Volltexte dieser Veröffentlichungen finden Sie bei uns im Internet unter

www.fes.de/wiso