

## **Materialien**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. April 2011 in Berlin

- a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen (Drucksache 17/4530)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten (Drucksache 17/5177)

## **Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen**

A. Mitteilung .....	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen .....	3
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	
Deutscher Gewerkschaftsbund .....	4
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände .....	8
Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung .....	11
Beratungsbüro für entsandte Beschäftigte .....	16
Deutsche Rentenversicherung Bund .....	18
Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung .....	21
Prof. Dr. Frank Bayreuther .....	23
Dr. Frank Lorenz .....	31

**Deutscher Bundestag**  
**17. Wahlperiode**  
Ausschuss für Arbeit und Soziales  
(11. Ausschuss)

**25. März 2011**  
Sekretariat des Ausschusses:  
☎ 32487  
Fax: 36030  
Sitzungssaal: ☎ 33308  
Fax: 36332

## Mitteilung

### Tagesordnung

**60. Sitzung des  
Ausschusses für Arbeit und Soziales  
am Montag, dem 04. April 2011, 15:15 bis 16.15 Uhr  
10557 Berlin, Paul-Löbe-Haus, Sitzungssaal 4.900**

Vorsitz: Abg. Katja Kipping (MdB)

#### **Einzigster Punkt der Tagesordnung**

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen*

a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

**Faire Mobilität und soziale Sicherung -  
Voraussetzungen für die  
Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen**

(BT-Drucksache 17/4530)

b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten**

(BT-Drucksache 17/5177)

*Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)*  
*Rechtsausschuss*  
*Ausschuss für Wirtschaft und Technologie*  
*Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz*  
*Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union*

*Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)*  
*Finanzausschuss*  
*Ausschuss für Wirtschaft und Technologie*  
*Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union*

**Katja Kipping**  
Vorsitzende

**Sachverständigenliste**

Deutscher Gewerkschaftsbund

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Bundesagentur für Arbeit

Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung

Beratungsbüro für entsandte Beschäftigte

Deutsche Rentenversicherung Bund

Prof. Dr. Frank Bayreuther

Dr. Frank Lorenz

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)479**

4. April 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. April 2011 in Berlin

- a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen (Drucksache 17/4530)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten (Drucksache 17/5177)

**Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)****1. Einleitung**

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit gehört zu den Grundfreiheiten der Europäischen Union; sie wird durch Art. 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union sowie durch Art. 15 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantiert.

Im Gegensatz zu einzelnen anderen EU-Ländern machte Deutschland beim Beitritt der mittel- und osteuropäischen Staaten zur Europäischen Union 2004 und 2007 von der Möglichkeit für Übergangsregelungen nach dem Modell 2 + 3 + 2 Gebrauch. Mit Ausnahme der Staaten Malta und Zypern beschränkte Deutschland die Arbeitnehmerfreizügigkeit und zum Teil auch die Dienstleistungsfreizügigkeit. Die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gelten nur für das Baugewerbe einschließlich ver-

wandter Wirtschaftszweige, den Bereich der Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln sowie der Tätigkeit von Innendekorateuren. Keine Einschränkungen hingegen vereinbart wurden für die Freiheit, sich in Deutschland als Selbständiger niederzulassen. Zudem galt eine so genannte Stillstandsklausel; danach durften EU-Bürger aus den mittel- und osteuropäischen EU-Staaten nach dem Beitritt bei der Zuwanderung von Erwerbstätigen nicht schlechter gestellt werden.

Aufgrund der Stillstandsklausel und auf Basis nationaler Regelungen konnten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den vergangenen Jahren eine Beschäftigung in Deutschland aufnehmen. Nach einer Arbeitsmarktprüfung erteilte die Bundesagentur für Arbeit mit steigender Tendenz Arbeitsgenehmigungen.

**Erteilte Arbeitsgenehmigungen an EU-Bürger aus den MOE-Staaten für eine erstmalige Beschäftigung (ohne Saisonbeschäftigte und Werkvertragsarbeitnehmer)**

Staaten	2006	2007	2008	2009	2010
<b>Insgesamt</b>	<b>24.937</b>	<b>37.694</b>	<b>44.460</b>	<b>48.616</b>	<b>52.023</b>
Estland	184	194	191	234	284
Slowenien	237	290	343	291	339
Lettland	348	386	472	726	1.077
Litauen	970	1.075	1.238	1.294	1.579
Polen	15.092	17.312	20.119	22.585	18.265
Slowakische Republik	2.438	2.309	1.966	2.061	2.121
Tschechische Republik	3.018	2.887	2.882	2.159	2.760
Ungarn	2.362	2.853	3.750	3.584	4.927
Rumänien		7.024	8.509	10.128	13.011
Bulgarien		3.147	4.670	5.154	7.093
Sonstige	288	217	320	400	456

Quelle: Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktgenehmigungen

Ab Januar 2009 wurde der Arbeitsmarkt für Hochschulabsolventen ohne vorhergehende Arbeitsmarktprüfung geöffnet. Zudem bestanden die Regelungen für die Saisonarbeit weiter. Im Jahr 2010 wurden rund 286.000 Saisonarbeitskräfte, davon rund 174.000 aus Polen, insbesondere in der Landwirtschaft beschäftigt. Aufgrund der weiter geltenden Regelungen für die Werkvertragskontingente wurden im Jahr 2010 jahresdurchschnittlich knapp 13.000 Arbeitskräfte aus den MOE-Staaten, vor allem im Baugewerbe beschäftigt. Dabei liegt wegen der teils nur geringen Beschäftigungszeiten die tatsächliche Zahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weit höher.

*Zwischenfazit:*

Trotz der Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit wurde in den Jahren 2006 bis 2010 rund 200.000 Arbeitserlaubnisse für die erstmalige Beschäftigung erteilt. Auch die Zahl der Saisonarbeitskräfte aus den MOE-Staaten hat nach dem EU-Beitritt nur geringfügig abgenommen. Darüber hinaus nutzten viele Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, teils als Umgehung der Beschränkungen, die Möglichkeiten der Niederlassungsfreiheit. Zudem wurden vor allem auf deutschen Baustellen Werkvertragsarbeitnehmer aus den MOE-Staaten eingesetzt.

**2. Wirkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit**

Am 1. Mai 2011 werden die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Freiheit, grenzüberschreitende Dienstleistungen in allen Branchen zu erbringen, für die 2004 beigetretenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union hergestellt. Spätestens zum 1. Januar 2014 werden die Übergangsregelungen auch für Bulgarien und Rumänien entfallen. Da-

mit wird Staatsangehörigen aus den MOE-Ländern in

Deutschland nicht nur ermöglicht, ohne weitere Voraussetzungen eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung aufzunehmen, sondern auch die grenzüberschreitende Leiharbeit sowie die Entsendung von Beschäftigten in das Baugewerbe und verwandte Branchen ermöglicht.

Der DGB erwartet nach der Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der vollständigen Öffnung für die Erbringung von Dienstleistungen, dass die Zahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten zunehmen wird.

Eine Aussage zur Zahl der Beschäftigten, die aufgrund der vollen Freizügigkeit in Deutschland zukünftig tätig werden, ist nach Auffassung des DGB nur schwerlich möglich. Studien, die sich nur auf makroökonomische Annahmen beziehen, differenzieren nicht zwischen den verschiedenen Beschäftigungsarten. Sie können nur – wie die im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung 2010 erstellte Studie von Baas/Brücker – grobe Anhaltspunkte liefern. Auch die Erfahrungen bisheriger Erweiterungsrounds sind kaum geeignet, eine Abschätzung zur Größenordnung der zuwandernden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorzunehmen. Vor allem die Umleitungseffekte wegen der ungleichzeitigen Öffnung des Arbeitsmarktes sowie die Veränderung der wirtschaftlichen Lage in den alten EU-Staaten und in Deutschland lassen kaum realistische Abschätzungen zu.

Aufgrund der Erfahrungen der Aufnahme einer Beschäftigung von MOEStaatsangehörigen in den letzten Jahren sowie der vollständigen Öffnung für die Erbringung von Dienstleistungen, ist eine Unterscheidung verschiedener Beschäftigtengruppen

und –formen hinsichtlich der Wirkungen der Freizügigkeit und der Sicherstellung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sowie der Arbeitsbedingungen erforderlich. Die wesentlichen Gruppen und Beschäftigungsformen sind:

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die nach Deutschland zuwandern,
- Pendlerinnen und Pendler mit Wohnort in einem Nachbarstaat,
- grenzüberschreitend eingesetzte Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter sowie
- entsandte Beschäftigte zur Erbringung von Dienstleistungen.

Angesichts der zu erwartenden Auswirkungen, aufgrund der Herstellung der vollständigen Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit auch in bisher beschränkten Branchen und aufgrund der Erfahrungen mit der Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie, ist vor allem eine Zunahme der prekären Beschäftigungsverhältnisse zu erwarten. Erforderlich sind insbesondere Maßnahmen zur Verhinderung von Lohndumping und ausbeuterischen Arbeitsverhältnissen. Nicht ausreichend ist die Aufnahme einzelner Branchen in das Entsendegesetz sowie die Ankündigung der Schaffung einer Lohnuntergrenze in der Leiharbeit. Zu erwarten ist, dass es nach der Regelung einer Lohnuntergrenze für die Leiharbeit zu Ausweichreaktionen der Unternehmen kommt und diese verstärkt das Instrument der Werkverträge nutzen.

#### *Sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer*

Die bisher vorhandenen und genutzten Möglichkeiten der Aufnahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung mit einer Arbeitserlaubnis-EU und des freien Zugangs zum Arbeitsmarkt nach einer 12-monatigen Beschäftigung wurde in Anspruch genommen. Da in der Regel auch die Arbeitsbedingungen als Voraussetzung für die Erteilung einer Arbeitsgenehmigung mitgeprüft wurden, konnten die Beschäftigten aus den MOE-Ländern weitgehend ohne Verwerfungen in den Arbeitsmarkt integriert werden. Vor allem fanden sie eine Beschäftigung in wirtschaftlich prosperierenden Regionen Süddeutschlands und in weiteren Ballungsräumen. Selbst wenn die Zahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach dem 1. Mai ansteigen wird, so kann – angesichts der positiven wirtschaftlichen Entwicklung – eine Arbeitsmarktintegration erwartet werden.

**Gleichwohl kann die Öffnung des Arbeitsmarktes zu Lohndumping führen, insbesondere in Branchen mit niedriger Tarifbindung. Aus Sicht des DGB ist daher die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns in Höhe von 8,50 Euro erforderlich. Der Antrag der SPD-Fraktion und der Fraktion Die Linke greifen die Forderung auf. Zudem müssen, nach Auffassung des DGB, alle Branchen in das Entsendegesetz aufgenommen werden. Eine flächendeckende Kontrolle der Einhaltung von Mindestlöhnen und weiterer Arbeitsbedingungen und Sozialgesetze ist erforder-**

**lich und kann nur durch eine deutliche Aufstockung der Zahl der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Finanzkontrolle Schwarzarbeit sichergestellt werden. Für eine effektive Kontrolle erforderlich ist, wie auch im SPD-Antrag gefordert, eine erweiterte Dokumentationspflicht der Arbeitgeber.**

Zu erwarten ist, dass ein Teil der Beschäftigten – wie bisher auch – nicht zuwandern werden; das heißt, sie behalten ihren Wohnsitz im Herkunftsland bei und werden als so genannte Fernpendler tätig. Damit haben sie in einigen Bereichen der sozialen Sicherung, wie z.B. bei den SGB-II-Leistungen keinen Anspruch. In den Beratungen der Gewerkschaften und bei den Betriebsräten werden zudem Fragen nach Ansprüchen und Verfahren zur Kranken- und Pflegeversicherung gestellt.

**Aus Sicht des DGB besteht daher ein erheblicher Bedarf an Information und Beratung sowohl für Unternehmensleitungen und Betriebs- und Personalräte als auch für die künftigen Beschäftigten selbst. Die vorhandenen Kooperationen zwischen Kammern und Gewerkschaften, insbesondere die Interregionalen Gewerkschaftsräte konnten hier zur Aufklärung beitragen, ebenso wie die EURES-Partnerschaften. Die bisherigen Strukturen reichen allerdings nicht aus für eine umfassende Beratung und Unterstützung mobiler Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.**

#### *Prekäre Beschäftigungsformen*

Der DGB rechnet angesichts der vollständigen Öffnung des Arbeitsmarktes mit einer Zunahme prekärer Beschäftigungsformen. Bereits jetzt hat die Zahl der Leiharbeitsverhältnisse den Vorkrisenstand überschritten. Mit der Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit verbunden ist auch die Möglichkeit zum grenzüberschreitenden Verleih von Arbeitskräften. Gleichzeitig müssen nach der Einführung eines allgemeinverbindlichen Mindestlohns Ausweichreaktionen der Unternehmen verhindert werden. Daher ist eine Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertragsarbeit sowie zur Entsendung erforderlich.

**Der DGB ist überzeugt, dass ein weiterer Missbrauch von Leiharbeit verhindert werden muss. Daher erforderlich ist – neben der Einführung eines Branchenmindestlohns – die Durchsetzung des Grundsatzes des Equal Pay.**

Mit der Öffnung des Baugewerbes und weiterer Wirtschaftszweige für die Erbringung von Dienstleistungen zum 1. Mai 2011 sowie der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie verbunden sein wird eine Zunahme der Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Bereits in den letzten Jahren hatten Unternehmen aus den MOE-Staaten diese Möglichkeiten in nicht beschränkten Branchen. Genutzt wurden diese Formen der Beschäftigung auch im Bereich der industrienahen Dienstleistungen sowie für Tätigkeiten, die nicht produktionsrelevant waren (z.B. Reparaturen an Gebäuden, gärtnerische Tätigkeiten). Dabei gelten – sofern die Branchen nicht in das Entsendegesetz aufgenommen sind – die grundlegenden Arbeits-

und Entlohnungsbedingungen des Sitzlandes des Unternehmens. In der Folge sind Verdrängungen einheimischer Unternehmen sowie ausbeuterische Arbeitsverhältnisse möglich. Die Zahl der bisher entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und deren Bedeutung für den Arbeitsmarkt bleibt wegen der mangelnden An- und Abmeldepflichten unklar. Verhindert werden muss zudem eine Ausweichreaktion von Unternehmen, die einen Mindestlohn in der Leiharbeit umgehen wollen. Angesichts der zu erwartenden Zunahme der Entsendung fordert der DGB neben der Aufnahme aller Branchen in das Entsendegesetz.

- die grenzüberschreitende Überprüfung von Dienstleistungsanbietern auf ihre tatsächliche Eigenschaft als „Mischbetrieb“ in Abgrenzung zu einer Leiharbeitsagentur,
- die Einführung einer Generalunternehmerhaftung in allen Branchen, sowie
- eine Ausweitung der Mitbestimmungsrechte von Betriebs- und Personalräten auf entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

Der DGB unterstützt daher die in den beiden Anträgen der Bundestagsfraktionen enthaltenen Forderungen.

Die Erfahrungen, insbesondere in der fleischverarbeitenden Industrie und im Baugewerbe weisen auf einen Missbrauch durch Scheinselbständigkeit hin. Gerade Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus den MOE-Ländern, die die deutsche Sprache nicht beherrschen, werden teilweise durch gezielte Täuschung zum Unterschreiben einer Gewerbeanmeldung gebracht. In der Folge werden sie teilweise zu sittenwidrigen Arbeitsbedingungen beschäftigt bzw. gezwungen, Vermittlungsgebühren zu entrichten.

Der DGB fordert daher ein obligatorisches Verfahren zur Feststellung des Beschäftigtenstatus. Zudem muss die Bundesregierung dafür Sorge tragen, dass sich die zuständigen Behörden, wie z.B.

Finanzämter, Gewerbeaufsichtsämter und Sozialversicherungen besser abstimmen.

### 3. Fazit:

Das Grundrecht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit ist ein wesentliches Element der Europäischen Union. Eine Einschränkung ist nur dann zu vertreten, wenn schwerwiegende Nachteile für den Arbeitsmarkt befürchtet werden. Gleichzeitig führen unterschiedliche wirtschaftliche und soziale Bedingungen zu einer Abwanderung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. In den letzten Jahren sind eine erhebliche Anzahl an qualifizierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus den osteuropäischen EU-Ländern abgewandert, teils mit schweren Folgen für den eigenen Arbeitsmarkt. Auf der anderen Seite haben die osteuropäischen Länder, vor allem Polen, wirtschaftliche Erfolge aufzuweisen und waren anders als Großbritannien von der Finanzmarktkrise nur mäßig betroffen. Dies hatte erfreulicherweise auch Auswirkungen auf die Angleichung der Arbeits- und Lebensverhältnisse. Gleichwohl ist zu erwarten, dass nach der vollständigen Öffnung des Arbeitsmarktes Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine Beschäftigung in Deutschland suchen werden. Sofern sie eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung aufnehmen, führt dies in tarifgebundenen Betrieben kaum zu Verdrängungseffekten. Anders bei einer Aufnahme einer prekären Beschäftigung. Insbesondere im Bereich der Leiharbeit, der Entsendung und der Niederlassungsfreiheit müssen rechtliche Regelungen zur Verhinderung ausbeuterischer Arbeitsbedingungen und Lohndumping geschaffen und durchgesetzt werden. Zudem erforderlich sind angesichts der vorhandenen Fremdenfeindlichkeit Maßnahmen zur Aufklärung der Bevölkerung. Der Schutz von Beschäftigten aus den MOE-Ländern erfordert darüber hinaus eine umfassende Beratung der Unternehmen, der Betriebs- und Personalräte sowie der Beschäftigten selbst.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)476**

31. März 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. April 2011 in Berlin

- a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen (Drucksache 17/4530)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten (Drucksache 17/5177)

**Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)****Zusammenfassung:**

Die BDA hat sich schon frühzeitig für die Öffnung des deutschen Arbeitsmarktes für die 2004 der Europäischen Union beigetretenen Länder Mittel- und Osteuropas (EU-8-Staaten) eingesetzt. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist für einen erfolgreichen Binnenmarkt genauso wichtig, wie die übrigen Grundfreiheiten. Sie bietet auch die Chance, zumindest einen Teil der in Deutschland ins-besondere durch den demografischen Wandel entstehenden Fachkräftelücken zu schließen.

Da der wirtschaftliche Aufholprozess in den EU-8-Staaten so dynamisch fortschreitet, ist allerdings nicht mit einem großen Ansturm auf den deutschen Arbeitsmarkt zu rechnen.

Insbesondere die Hoffnungen auf einen verstärkten Zuzug von Fachkräften und Hoch-qualifizierten muss wohl eher gedämpft werden: Da für Akademiker aus den neuen Mitgliedsstaaten bereits seit Januar 2009 eine Öffnung des deutschen Arbeitsmarkts durch den Wegfall der Vorrangprüfung besteht, dürfen auch durch die vollständige Arbeitnehmerfreizügigkeit keine besonderen Effekte zu erwarten sein. Zudem ist anzunehmen, dass wanderungswillige Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedsstaaten, die in ihren Heimatländern keine entsprechende Tätigkeit gefunden haben, bereits größtenteils in andere EU-Staaten abgewandert sind, die ihre Arbeitsmärkte früher geöffnet haben. Hinzu kommt, dass inzwischen auch Fachkräftengpässe in den EU-8-Staaten selbst bestehen.

Insgesamt rechnet die BDA nicht damit, dass es nach dem 1. Mai 2011 zu Nachteilen auf dem deutschen Arbeitsmarkt kommt. Ängste vor der Freizügigkeit sind dementsprechend ebenso unbegründet, wie die Forderung nach pauschalen Einschränkungen wie bspw. durch die Einführung eines flächendeckenden Mindestlohns.

Auch das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung bei der Bundesagentur für Arbeit (IAB), das in seinen Schätzungen und Prognosen von einer anfänglichen jährlichen Nettozuwanderung von 100.000 bis 140.000 ausgeht, rechnet nicht mit gravierenden Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt und die Gesamtwirtschaft.

**Im Einzelnen:****1. Mindestlohn und weitere Ausweitung des Entsendegesetzes ist mit Freizügigkeit nicht zu rechtfertigen**

Ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn ist ebenso abzulehnen wie die Aufnahme aller Branchen in das Entsendegesetz.

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz ist das Instrument zur Verhinderung sozialer Verwerfungen durch Entsendearbeitnehmer. Nur auf solche Situationen und Branchen sollte das Entsendegesetz angewendet werden. Missbräuchliche Anwendungen des Gesetzes, die nichts mit einem Entsendeproblem zu tun haben, wie z. B. beim Postmindestlohn zur Verhinderung von Wettbewerb geschehen, müssen unter-



bleiben. Dies würde jedoch mit der Aufnahme aller Branchen drohen. Zudem bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

Branchen, in denen ggf. Entsendeprobleme entstehen könnten – darunter auch das Baugewerbe und das Gebäudereinigerhandwerk, bei denen auch die Dienstleistungsfreiheit bisher beschränkt war – sind bereits in das Entsendegesetz aufgenommen und haben einen allgemeinverbindlichen Mindestlohn.

Zuletzt wurde für die Zeitarbeit sichergestellt, dass deren Mindestlöhne nicht durch ausländische Tarife unterlaufen werden können. Wegen der anderenfalls drohenden Gefahr einer Diskreditierung der Zeitarbeit, hatte auch die BDA die Aufnahme in das Entsendegesetz gefordert. Mit der nun im AÜG vorgesehenen Regelung, die bereits vom Bundestag verabschiedet wurde, ist ein vergleichbarer Schutz erreicht.

Mit Blick auf den 1. Mai 2011 sind darüber hinaus keine Branchen ersichtlich, die den Schutz des Entsendegesetzes benötigen. Anderenfalls hätten diese Branchen bis März 2009 die Möglichkeit gehabt, die Aufnahme in das Entsendegesetz zu beantragen.

Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn, wie er insbesondere von Gewerkschaftsseite gefordert wird, ist abzulehnen. Ein solcher birgt die Gefahr von Wettbewerbsbeschränkungen. Mindestlöhne dürfen nicht dazu missbraucht werden, die Freizügigkeit und damit den Binnenmarkt zu beschränken.

Im Übrigen beeinträchtigt jeder staatliche Eingriff in die Lohngestaltung die Tarifautonomie und setzt das bewährte System der Lohnfindung aufs Spiel. Die Höhe eines gesetzlichen Mindestlohns würde zudem zum Spielball politischer Debatten. Betroffen wären die Schwächsten des Arbeitsmarktes. Studien belegen die destruktive Wirkung gerade für Geringqualifizierte, Langzeitarbeitslose und Menschen mit Vermittlungshindernissen, die ohne einen funktionierenden Arbeitsmarkt für einfache Tätigkeiten keine Chance auf Einstieg in Arbeit haben.

## **2. Keine vergabefremden Kriterien im Vergaberecht**

Die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte im Vergaberecht verfälscht den Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot zu Lasten der öffentlichen Haushalte.

Mit der Einführung von Tariftreue- und Mindestlohnvorgaben unabhängig des AEntG besteht die Gefahr, dass zusätzliche bürokratische Belastungen für Unternehmen und Verwaltungen geschaffen werden. Die mit der Einführung weiterer Vergabekriterien zu Mindestlöhnen und Tariftreue notwendige Intensivierung der Prüfungs- und Kontrolltätigkeit belastet zudem den öffentlichen Haushalt zusätzlich. Zudem können zusätzliche Anforderungen an die Bieter im Hinblick z. B. auf ökologische Kriterien zu einer Verteuerung der Beschaffungen führen, die nicht unterschätzt werden darf.

Zahlreiche zusätzliche soziale und ökologische Vergabekriterien widersprechen dem Ziel der Korruptionsbekämpfung, da sie das Vergaberecht miss-

brauchsanfälliger und in-transparenter machen. Nicht zuletzt wird da-durch auch eine erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen.

Tariftreue- und Mindestlohnansforderungen erschweren als protektionistische Maßnahme den Wirtschaftsverkehr. Es besteht nicht zuletzt die Gefahr, dass zahlreiche Bieter aufgrund der bürokratischen und kostenmäßigen Belastungen durch Regelungen zur Tariftreue und Mindestlöhnen nicht mehr wie bisher an öffentlichen Ausschreibungsverfahren teilnehmen können. Die allgemeine Ertragslage der Unternehmen würde sich weiter verschlechtern und zwangsläufig würden auch Arbeitsplätze gefährdet.

## **3. Keine Ausweitung der Generalunternehmerhaftung**

Ebenso wie die Aufnahme aller Branchen in das Entsendegesetz geht eine generelle Regelung der Generalunternehmerhaftung fehl.

Eine Generalunternehmerhaftung ist für die betroffenen Unternehmer mit einem erheblichen finanziellen und bürokratischen Aufwand verbunden. Bereits die bestehenden Regelungen zeigen, dass die Möglichkeiten eines Generalunternehmers, sich vor Haftungsrisiken zu schützen, nur unzureichend sind.

Letztlich wälzt eine Generalunternehmerhaftung die Aufgabe der Kontrolle bestehender gesetzlicher Regelungen vom Staat auf die Unternehmen ab.

## **4. Mitbestimmung bereits umfassend**

Eine Änderung des Mitbestimmungsrechts ist vor dem Hintergrund der Freizügigkeit nicht angezeigt.

Der Einsatz von entsandten Arbeitnehmern aus MOE-Staaten in Deutschland, die ab Mai 2011 möglich wird, unterliegt den Vorschriften des Arbeitnehmerentsendegesetzes.

Eine weitergehende gesetzliche zwingende Beteiligung des Betriebsrats bei Entsendefällen, die im Übrigen in den meisten Fällen bereits vor dem 1. Mai 2011 möglich gewesen wäre, ist dagegen aus den gleichen Gründen abzulehnen, aus denen die Zuständigkeit des Betriebsrats für Zeitarbeitnehmer beschränkt ist: Es handelt sich nicht um Arbeitnehmer des Betriebs.

## **5. Umsetzung der Entsenderichtlinie verbessern**

Die Forderung nach einer Reform der Entsenderichtlinie ist verfehlt. Die soziale Dimension des Binnenmarkts wird durch ein engmaschiges Netz an EU-weiten sozialen Mindeststandards und gerade auch durch die Entsenderichtlinie in angemessener Weise gewährleistet. Heute bestehen über 70 Richtlinien sowie zahlreiche Verordnungen, die einen umfassenden Katalog von sozialen Mindeststandards bilden (zum Beispiel bei Massentlassungen, beim Betriebsübergang, bei der Arbeitszeitgestaltung oder beim Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz). Darüber hinaus sind die offene Methode der Koordinie-

zung (OMK) Sozialschutz und soziale Eingliederung sowie der Europäische Sozialfonds (ESF) weitere Bestandteile, die die soziale Dimension des Binnenmarkts stärken.

Eine Überarbeitung der Entsenderichtlinie ist nicht erforderlich. Probleme und missbräuchliche Praktiken im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern sind nicht auf Defizite der Entsenderichtlinie, sondern auf Mängel bei der praktischen Umsetzung und Durchsetzung der Vorschriften zurückzuführen. Verbesserungsbedarf besteht insbesondere dabei, die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Verwaltungen zu verbessern, um eine effektive und gezielte Bekämpfung von Missbräuchen zu gewährleisten.

Die Verbesserung der Beratung und Information von entsandten Arbeitnehmern ist grundsätzlich zu begrüßen. Dazu kann auch eine Stärkung des EURES-Systems beitragen.

Ein Beispiel, wie die bestehenden Umsetzungs- und Vollzugsprobleme im Rahmen der gegenwärtig geltenden Entsenderichtlinie verringert werden können, ist die Datenbank der europäischen Bauwirtschaft, die auf einer Website mehrsprachig über die in den EU-Mitgliedsstaaten anwendbaren Arbeitsbedingungen in der Bauwirtschaft (Mindestlöhne, Arbeitszeit, Urlaub, Urlaubskassenverfahren, Gesundheit und Sicherheit usw.) informiert. Auf diese Weise werden Baubetriebe und Arbeitnehmer, die vorübergehend in einem anderen Mitgliedsstaat arbeiten, umfassend über das Arbeitsrecht in dem betreffenden Land und die einzuhaltenden Vorschriften informiert.

#### **6. Sozialen Fortschritt nicht durch wirkungslose Klauseln unnötig behindern**

Die vorgeschlagene „soziale Fortschrittsklausel“ im EU-Primärrecht, die vorsehen soll, dass in Konflikt-

fällen die Grundfreiheiten nachrangig im Verhältnis zu sozialen Schutz- und Arbeitnehmerrechten gelten, ist kontraproduktiv. Dabei blieben letztlich gerade soziale Errungenschaften auf der Strecke. Denn sozialer Fortschritt wird immer nur auf Basis wirtschaftlichen Fortschritts realisiert, wie die Situation in den neuen mittel- und osteuropäischen Mitgliedstaaten der EU beweist – und nicht mit Hilfe von Klauseln.

Eine „soziale Fortschrittsklausel“ oder der Verweis auf die soziale Querschnittsklausel in Artikel 9 AEUV ist dagegen gerade nicht dazu geeignet, die praktische Umsetzung der Entsenderichtlinie zu verbessern oder Arbeitnehmer zu schützen und ihnen soziale Rechte einzuräumen. Die Entsenderichtlinie berührt selbstverständlich nicht das Recht, Tarifverträge auszuhandeln, abzuschließen und durchzusetzen sowie Arbeitskämpfmaßnahmen zu ergreifen. Der Europäische Gerichtshof hat in den Rechtsachen „Viking“, „Laval“, „Rüffert“ und „Kommission gegen Luxemburg“ die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Rechtsetzung im Bereich der kollektiven Rechte, zum Beispiel des Streikrechts, anerkannt und einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Recht der Gewerkschaften auf Ausübung kollektiver Rechte und den Grundfreiheiten vorgenommen. Die EU besitzt gemäß Artikel 153 Absatz 5 AEUV im Bereich des Arbeitsentgelts, des Koalitionsrechts, des Streikrechts sowie des Aussperrungsrechts keine Kompetenzen. Auch durch die Anerkennung des Rechts auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen in Artikel 28 der Charta der Grundrechte wird die Rechtsetzungskompetenz der EU nicht erweitert. Und dies aus gutem Grund: Denn die in den Mitgliedsstaaten gewachsenen Traditionen und Kulturen zu Kollektivmaßnahmen sind sehr unterschiedlich. Es besteht daher in diesem Bereich kein Handlungsbedarf.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)474**

31. März 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. April 2011 in Berlin

- a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen (Drucksache 17/4530)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten (Drucksache 17/5177)

**Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB)****1. Allgemeine Einschätzung<sup>12</sup>**

Das IAB hat in verschiedenen Studien u.a. für das Bundeswirtschaftsministerium, die EU-Kommission und die Friedrich-Ebert-Stiftung die Arbeitsmarktwirkung der Migration aus den neuen Mitgliedsländern analysiert. In Teil I Abschnitt 3 des Antrages der SPD-Fraktion wird auf die unklaren Auswirkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit hingewiesen. Ein in diesem Sinne weitergehender Absatz befindet sich auch im Antrag der Fraktion DIE LINKE (Teil I Absatz 5).

Im Folgenden wird sowohl auf die Folgen der asymmetrischen Anwendung der Übergangsfristen, das Problem der Erstellung von Wanderungsprognosen als auch auf die Schätzung der Arbeitsmarktwirkung der Migration eingegangen. Grundsätzlich ist eine Projektion der Zuwanderung u.a. wegen der möglichen Umlenkung bisheriger Migrationsströme mit erheblichen Unsicherheiten verbunden. Dies gilt auch für das Qualifikationsniveau der zukünftigen Migranten. Eine Abschätzung der Arbeitsmarktwirkung der Migration setzt deshalb einen Kranz von Annahmen voraus, die nur teilweise empirisch belegt sind. Das IAB teilt zwar die Einschätzung des SPD-Antrags, dass die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit in den Ländern, die die Arbeitsmärkte bereits geöffnet haben, zu keinen Verwerfungen auf dem

Arbeitsmarkt geführt hat. Ob dies aber auf klare Regelungen zu Lohn- und Arbeitsbedingungen zurückzuführen ist, kann aus wissenschaftlicher Sicht zum gegebenen Zeitpunkt nicht beurteilt werden. Es ist jedoch wahrscheinlich, dass der wirtschaftliche Aufschwung in Großbritannien und Irland zwischen 2004 und 2008 die Integration der Migranten in den Arbeitsmarkt erleichtert hatte.

**Folgen der Inanspruchnahme der Übergangsfristen**

Die Übergangsfristen wurden von den einzelnen Mitgliedsstaaten der EU-15 sehr unterschiedlich in Anspruch genommen. Während einzelne Länder wie Großbritannien, Irland und Schweden ihre Arbeitsmärkte bereits 2004 vollständig geöffnet haben, werden in Deutschland und Österreich die Übergangsfristen bis zum 1. Mai 2011 größtenteils aufrechterhalten. Die Osterweiterung hat deshalb nicht nur einen deutlichen Anstieg der Migration aus den neuen Mitgliedsstaaten, sondern auch eine Umlenkung der Migrationsströme bewirkt. Im Durchschnitt der Jahre 2004 bis 2009 ist die ausländische Bevölkerung aus den acht neuen Mitgliedsstaaten (NMS-8) in den EU-15-Staaten um 250.000 Personen p.a. gewachsen. Zugleich ist der Anteil der klassischen Zielländer für die Migration, Deutschland und Österreich, von rund 60 Prozent vor der Erweiterung auf 30 Prozent der Migrationsströme aus den NMS-8 gesunken, während auf Großbritannien und Irland mehr als 60 Prozent entfielen. Aufgrund dieser Umlenkungseffekte ist die Antwort auf die Frage, welche Folgen das Auslaufen der Übergangsfristen für

<sup>1</sup> Stellungnahme zu den jeweiligen Abschnitten „I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:[...]“ der beiden Anträge.

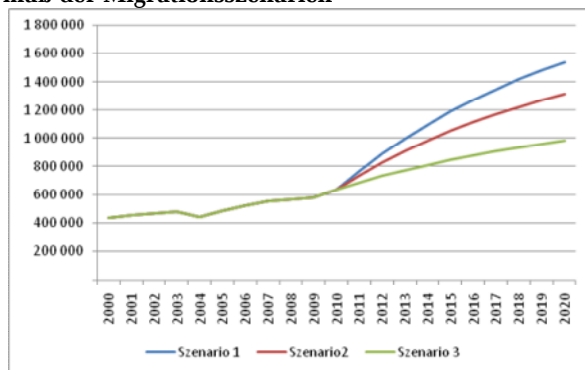
<sup>2</sup> Die Stellungnahme wurde verfasst von Timo Baas, Elke Jahn, Marion König, Joachim Möller und Kerstin Ziegler.

die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Migration aus den EU-8 nach Deutschland und Österreich haben wird und welche Arbeitsmarktwirkungen sich dort ergeben werden, mit einer erheblichen Unsicherheit verbunden.

**Projektion der Zuwanderung**

Eine ökonomische Analyse der Auswirkungen des Auslaufens der Übergangsfristen setzt eine Vorstellung über die Größenordnungen des Migrationspotenzials voraus. Da ein historischer Präzedenzfall für eine selektive Anwendung von Übergangsfristen nicht vorliegt, ist aufgrund der un-bekanntenen Umlenkungseffekte jedoch keine Prognose für einzelne Zielländer möglich. Stattdessen ist von Baas/Brücker (2010) eine Prognose für die EU-15 insgesamt erstellt worden. Nach dieser Prognose würde die Zuwanderung aus den NMS-8 in die EU-15 im Zuge der Öffnung und wirtschaftlichen Erholung wieder auf 250.000 Personen p. a. ansteigen und sich dann schrittweise abschwächen. Im Jahr 2020 würde eine ausländische Bevölkerung aus den NMS-8 von 3,9 Millionen Personen in der EU-15 erreicht werden. Unter der Annahme, dass auf Deutschland wieder wie im Jahr 2000 ein Anteil von 60 Prozent an der Zuwanderung aus den NMS-8 in die EU-15 entfiel, würde sich die Zuwanderung zunächst auf 134.000 Personen p. a. belaufen, bei einem Anteil von 45 Prozent auf 101.000 Personen p.a.. Langfristig, d. h. im Jahr 2020, würde die Zahl der in Deutschland lebenden Staatsbürger aus den NMS-8 auf 1,54 bzw. 1,31 Millionen Personen ansteigen. Blicke der Anteil Deutschlands an der Zuwanderung aus den NMS-8 in die EU-15 dagegen konstant, ergäbe sich nur eine Zuwanderung von 51.000 Personen p. a. und im Jahr 2020 eine aus den NMS-8 stammende Bevölkerung von 980.000 Personen (vgl. Abbildung 1).

**Abbildung 1: Erwerbspersonen aus den NMS-8 gemäß der Migrationsszenarien**



Quelle: Baas/Brücker 2010

Die Struktur der Zuwanderung nach Großbritannien und Irland spricht dafür, dass auch die nach dem 1. Mai 2011 nach Deutschland kommenden Personen überwiegend jung, gut qualifiziert und motiviert sind. So waren 83 Prozent der Zuwanderer nach Großbritannien unter 35 Jahren. Die Erwerbsquote dieser jungen Migranten in Großbritannien übertrifft mit 85,4% den Wert der Einheimischen.

Die Bürger aus den am 1. Mai 2004 beigetretenen NMS-8-Ländern sind generell gut ausgebildet. Sie weisen im Vergleich mit den Bürgern in Großbritannien und Deutschland im Durchschnitt ein ähnliches, wenn nicht sogar höheres Bildungsniveau auf. Der Anteil der Hochschulabsolventen ist nach dem ISCED-Standard<sup>3</sup> deutlich höher als der vergleichbare Anteil in Großbritannien und Deutschland (vgl. Tabelle 1). Es bleibt jedoch offen, inwieweit die Bildungsabschlüsse in Deutschland anerkannt und damit das Potenzial der Migranten vollständig genutzt werden kann.

**Tabelle 1: Schüler/Studenten in den einzelnen Bildungsbereichen nach ISCED**

	ISCED-Stufe 0 Vor-schulische Bildung	ISCED-Stufe 1 Primar-bereich	ISCED-Stufe 2 Sekundar-bereich I	ISCED-Stufe 3 Sekundar-bereich II	ISCED-Stufe 4 Post-sekundäre Bildung	ISCED-Stufen 5-6 Tertiär-bereich
	in Prozent aller Schüler / Studenten					
Deutschland	14,6	19,6	30,4	17,7	3,5	13,6
Vereinigtes Königreich	8,0	32,4	17,8	24,6	0,2	16,9
Tschechische Republik	13,7	21,4	20,2	22,5	4,0	18,3
Estland	16,0	24,3	15,8	18,8	2,8	22,2
Lettland	13,7	23,5	16,5	20,1	0,6	25,6
Litauen	10,6	16,4	33,4	13,7	1,1	24,8
Ungarn	14,7	18,0	20,5	24,6	3,4	18,8
Polen	9,6	26,3	16,3	20,7	3,1	24,0
Slowenien	10,4	22,9	15,5	24,0	0,5	26,7
Slowakei	11,9	18,7	25,8	24,2	0,3	19,1
Bulgarien	15,4	19,5	19,6	25,4	0,6	19,6
Rumänien	14,3	19,0	20,3	22,2	1,0	23,2

Quelle: Eurostat (Stichtag: 1.1.2008).

**Arbeitsmarkteffekte**

Auf Grundlage eines angewandten Gleichgewichtsmodells sind in derselben Studie die Folgen der Zuwanderung für Arbeitsmarkt, Gesamtwirtschaft und sektorale Struktur simuliert worden. Mit gravierenden negativen Auswirkungen auf Arbeitsmarkt und Gesamtwirtschaft ist demnach nicht zu rechnen.

Die Migration von NMS-8-Bürgern nach der Öffnung der Arbeitsmärkte im Mai 2011 führt zu einer Erhöhung des Bruttoinlandsproduktes (BIP) sowie einer Erhöhung des BIP pro Kopf. Vorübergehend treten eine geringfügige Erhöhung der Arbeitslosigkeit und – im Vergleich zu einem Referenzszenario ohne Zuwanderung – sinkende Löhne auf. Durch die starke Zuwanderung von Migranten im erwerbsfähigen

<sup>3</sup> ISCED steht für International Standard Classification of Education

Alter erhöht sich die Zahl der Erwerbspersonen wesentlich stärker als die der Bevölkerung. Daher ermitteln Baas/Brücker (2010) eine Erhöhung des Pro-Kopf-Einkommens.

Auch wenn die Anpassungsprozesse auf dem Arbeitsmarkt in der Simulationsstudie nicht unwesentlich durch die Löhne getragen werden (vgl. Tabelle 2), bedeutet dies keineswegs einen (relativen) Rückgang der Löhne der inländischen Beschäftigten insgesamt. Ein Großteil der Anpassungslast wird von den Migranten selbst – auch den bereits im Lande befindlichen – getragen, da sie eine niedrigere Entlohnung als vergleichbare Inländer erhalten. Dennoch kann es auch Gruppen im deutschen Arbeitsmarkt geben, die tendenziell zu den Verlierern gehören. Dies könnte nach Brücker et al. (2009) insbesondere Gruppen betreffen, deren Tätigkeiten relativ einfach durch EU-8-Migranten übernommen werden können. Bei der Berechnung der Lohn- und Beschäftigungseffekte unterstellen die vorliegenden Studien die Qualifikationsstruktur der bereits in Deutschland lebenden NMS-8-Migranten. Falls die Qualifikationsstruktur der Zuwanderer ab Mai 2011 davon abweichen sollte, müssten die Ergebnisse entsprechend modifiziert werden. Es erscheint plausibel, dass der unbeschränkte Arbeitsmarktzugang und der vergleichsweise hohe Bildungsstand junger NMS-8-Bürger tendenziell zu einer stärkeren Zuwanderung Besserqualifizierter führen.

**Tabelle 2: Makroökonomische Effekte der Öffnung der Arbeitsmärkte 2011**

	Szenario 1	Szenario 2	Szenario 3
	Veränderung zum Basisszenario in Prozent		
BIP	1.16	0.80	0.41
BIP pro Kopf	0.20	0.09	0.04
Konsum	1.19	0.83	0.42
Steuern	1.19	0.83	0.42
Exporte Intra-EU	1.06	0.74	0.38
Exporte Extra-EU	1.16	0.81	0.41
Importe Intra-EU	1.35	0.94	0.48
Importe Extra-EU	1.28	0.89	0.46
Löhne	-0.40	-0.28	-0.15
Erwerbspersonen	1.65	1.15	0.59
	Veränderung zum Basisszenario in Prozentpunkten		
Arbeitslosenquote	0.20	0.14	0.07

Quelle: Baas/Brücker 2010

## 2. Zu einzelnen Punkten der Anträge

### 2.1 Stellungnahme zu den Forderungen bezüglich eines Mindestlohnes, Abschnitt III.1.b. des Antrages der Fraktion der SPD sowie II.3. des Antrages der Fraktion DIE LINKE

In beiden Anträgen werden die Einführung eines flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohns sowie die Aufnahme aller Branchen in das Arbeitnehmerentsendegesetz gefordert.

#### Zur Wirkung von Mindestlöhnen auf Löhne und Beschäftigung

Bei der Beurteilung eines Mindestlohns ist zwischen Lohn- und Beschäftigungswirkungen zu unterscheiden. Unstrittig ist, dass ein wirksamer Mindestlohn die Löhne der Betroffenen erhöht und somit grundsätzlich geeignet ist, die Lohnungleichheit im Niedriglohnbereich zu reduzieren. Mögliche Beschäftigungswirkungen eines Mindestlohns dürfen allerdings nicht vernachlässigt werden. Dabei kommen zwei gegensätzliche Wirkungsmechanismen zum Tragen: Ein Mindestlohn erhöht einerseits die Lohnkosten und macht die Beschäftigung für die Unternehmen unter sonst gleichen Bedingungen weniger profitabel. Damit können Jobchancen von Beschäftigten mit niedriger Produktivität sinken und Arbeitsplätze verloren gehen. Dies könnte bspw. in der Arbeitnehmerüberlassung stärker der Fall sein als in anderen Branchen, da Leiharbeiter tendenziell eher niedrig-qualifiziert sind und oft schon vor Ihrer Beschäftigung in der Leiharbeit längere Arbeitslosigkeitsdauern hatten (Lehmer/ Ziegler 2010), somit also eine geringere Bindung zum Arbeitsmarkt aufweisen als Beschäftigte in anderen Branchen (vgl. zur Leiharbeit auch den nächsten Abschnitt). Andererseits sind auch arbeitsangebotsseitige Effekte bei Einführung eines Mindestlohns zu berücksichtigen. Ein Mindestlohn erhöht die Bereitschaft zur Arbeitsaufnahme oder führt zu einer stärkeren Bindung an den Arbeitsplatz. Dies ist dann relevant, wenn Arbeitgeber auf dem Arbeitsmarkt Marktmacht besitzen. Falls nicht eine Tarifbindung dagegen steht, können sie den Lohn unter ein Niveau drücken, das unter der Grenzproduktivität liegt. Je segmentierter, differenzierter und intransparenter – also unvollkommener – der Arbeitsmarkt ist, desto geringer werden die für den einzelnen Arbeitnehmer de facto offenstehenden Beschäftigungsmöglichkeiten und desto stärker wird tendenziell die Marktmacht der Unternehmen. In einer solchen Situation kann ein Mindestlohn einen Impuls zu mehr Beschäftigung geben, da offenen Stellen schneller besetzt werden. Darüber hinaus ist es auch möglich, dass die Motivation und Produktivität bereits beschäftigter Arbeitnehmer durch die verbesserte Entlohnung steigt.

Die Wirkungsrichtung der Beschäftigungseffekte von Mindestlöhnen hängt davon ab, ob der Nachfrage- oder der Angebotseffekt dominiert.

Die Beschäftigungswirkungen sind ungünstig, wenn eine kritische Höhe des Mindestlohns überschritten wird. Bei einer flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohnhöhe von 10 Euro muss davon ausgegangen werden, dass die negativen Auswirkungen, vor allem in Ostdeutschland, überwiegen und bestehende Beschäftigungsverhältnisse abgebaut bzw. neue verhindert werden. Bei einer moderaten Höhe eines flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohns dürfte das Risiko von Jobverlusten hingegen gering sein. Hier könnten sogar die geschilderten positiven Angebotseffekte zum Tragen kommen. So zeigt die kürzlich veröffentlichte umfassende Berkeley-Studie für die USA, dass dort ein nationaler Mindestlohn von heute \$7,25 – der in einzelnen Bundesstaaten wie in Washington mit \$8,55 noch deutlich höher liegt – offenbar keine negativen Beschäftigungswirkungen hatte.

#### Sektorale Unterschiede

Die Wirkungen eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns werden sich stark nach Regionen, Sektoren bzw. Wirtschaftszweigen unterscheiden, da diese ganz unterschiedliche Rahmenbedingungen aufweisen. So sind die einzelnen Branchen durch sehr unterschiedliche Anteile von Niedriglohnbeschäftigung gekennzeichnet. Die Niedriglohnanteile variieren zudem gruppenspezifisch. Stärker betroffen sind Geringqualifizierte, Jüngere, Frauen sowie Personen mit Migrationshintergrund.

#### **Mindestlöhne allgemein oder auf Branchenebene?**

Werden in allen Branchen auf Grundlage des Arbeitnehmerentsendegesetzes unterschiedlich hohe Mindestlöhne für allgemeinverbindlich erklärt, so führt dies zu einer Unübersichtlichkeit der Regelungen. Da beim Entsendegesetz die Zuordnung einer Firma zu einer Branche nach ihrer „Haupttätigkeit“ erfolgt und diese Klassifikation vermutlich Spielräume eröffnet, könnte dies Firmen zu „Umklassifizierungen“ veranlassen, um höhere Mindestlöhne zu umgehen. Weitere Folgen wäre eine Erschwerung der Kontrolle der Einhaltung der Regelung und somit auch ein Anreiz, die Mindestlohnregelungen zu unterlaufen. Damit wäre niemandem gedient.

Sinnvoller als die Aufnahme einer großen Zahl unterschiedlicher Branchen in das Entsendegesetz mit jeweils unterschiedlichen Regelungen erscheint aus diesen Gründen eine allgemeine gesetzliche Lohnuntergrenze. Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn ist gerade für solche Branchen mit einem hohen Anteil an Niedriglohnbeschäftigten von Bedeutung, in denen der gewerkschaftliche Organisationsgrad gering ist. Diese Branchen können aufgrund des fehlenden Tarifbindungsgrades von 50 Prozent nicht in das Arbeitnehmerentsendegesetz in seiner jetzigen Fassung aufgenommen werden. Es bestünde zwar die Möglichkeit, in diesen Fällen branchenspezifische Mindestlöhne durch die Aufnahme in das Mindestarbeitsbedingungengesetz einzuführen. Dieses Gesetz hat allerdings in seiner aktuellen Form noch keine Anwendung gefunden.

Für Branchen mit einem hohen Tarifbindungsgrad, die eine Aufnahme in das Entsendegesetz beantragen können, könnte eine über den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn hinausgehende Lohnuntergrenze vereinbart werden, wenn dies nach den jeweiligen Gegebenheiten sinnvoll erscheint.

Aus Sicht der Arbeitsmarktforschung sollte bei einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns für einen Übergangszeitraum eine nach alten und neuen Bundesländern differenzierte Höhe angestrebt werden. Dabei ist mit Augenmaß vorzugehen, da sonst Jobverluste drohen. Des Weiteren sprechen Forschungsergebnisse und Erfahrungen aus anderen Ländern dafür, besondere Regelungen für jugendliche Arbeitnehmer zu treffen.

#### **2.2 Stellungnahme zu den Forderungen bezüglich der Bedingungen für die Arbeitnehmerüberlassung, Abschnitte II.1.a und II.1.c. des Antrages der Fraktion der SPD sowie Abschnitt I 3. Absatz in Verbindung mit Abschnitt II.2. des Antrages der Fraktion DIE LINKE**

In beiden Anträgen wird die Anwendung des Prinzips „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ insbesondere auch für die Leiharbeit gefordert. Die Fraktion der SPD beantragt zudem, dass sittenwidrige Bezahlung auch bei den nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern nach den in Deutschland geltenden Maßstäben beurteilt wird.

Im Bereich der grenzüberschreitenden Leiharbeit könnte es zu einer starken Inanspruchnahme der Regelungen zur Entsendung von Arbeitnehmern kommen. Grundsätzlich dürften auch in diesem Bereich keine sittenwidrigen Löhne gezahlt werden, da die Entsenderichtlinie der EU-Kommission ausdrücklich die Gültigkeit nationaler Gesetze hervorhebt. Eine Durchsetzung dieses Verbotes ist jedoch schwierig, da die Sittenwidrigkeit der Löhne im Einzelfall per Gericht festgestellt werden muss.

Die Anträge beziehen sich auch auf die generelle Einführung eines Equal-Pay-Gebots in der Arbeitnehmerüberlassung. Im Folgenden soll das Equal-Pay-Prinzip grundsätzlich bewertet werden.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) vom 01.01.2003 enthält mit dem sog. "Equal-Pay-Gebot" (§ 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG) ein Diskriminierungsverbot. Danach ist ein Leiharbeitsunternehmen grundsätzlich verpflichtet, den Leiharbeitskräften dieselbe Vergütung zu zahlen, die sie bei dem entleihenden Unternehmen erhalten würden. Die Bestimmung im AÜG enthält aber eine entscheidende Einschränkung: Equal Pay greift nicht, wenn auf Grund beiderseitiger Tarifgebundenheit oder einer arbeitsvertraglichen Verweisklausel im für das Leiharbeitsverhältnis maßgebenden Tarifvertrag eine niedrigere Vergütung vorgesehen ist. Dies führt dazu, dass das Prinzip der gleichen Bezahlung in der Regel nicht eingehalten wird, d.h. ein Leiharbeiter erhält typischerweise einen geringeren Lohn als der, den direkt im Entleihbetrieb Beschäftigte für eine vergleichbare Tätigkeit erhalten (Jahn 2009 und 2010).

Die Umsetzung von Equal Pay unterliegt in der Praxis der Schwierigkeit, einen vergleichbaren Stammarbeiter zu definieren. Erstens ist nicht eindeutig, ob Arbeitnehmer, die die gleiche Tätigkeit ausüben, auch gleich produktiv sind. Unterschiede in der Produktivität können sich etwa ergeben, weil Stammarbeitskräfte über eine längere Berufserfahrung, eine höhere Motivation, längere Betriebszugehörigkeit oder mehr firmenspezifisches Humankapital verfügen können. Zweitens ist zu fragen, was bei einer vergleichbaren Entlohnung zu berücksichtigen ist. So enthält ein Arbeitsvertrag neben der Entlohnung auch Bestandteile wie Urlaubsansprüche und Sozialleistungen (Betriebsrente, Freistellung wegen Erkrankung des Kindes, besondere Kündigungsfristen, Gewinnbeteiligungen etc.), die in finanzielle Äquivalente umzurechnen wären.

Bei Equal Pay in der Zeitarbeit ab dem ersten Einsatztag ist zu befürchten, dass für manche Personengruppen die Einstiegshürde in den Arbeitsmarkt zu groß wird. So waren im Jahr 2010 29% der Leiharbeitnehmer ohne Berufsausbildung, bei weiteren 17% war die Ausbildung unbekannt. Die tendenziell niedrige Qualifikation der Leiharbeitnehmer

spiegelt sich auch darin wider, dass ein Drittel als Hilfspersonal beschäftigt war. Gerade für diese Personen, die auch einem hohen Arbeitslosigkeitsrisiko unterliegen, wäre die Möglichkeit, durch Zeitarbeit einen Einstieg in den Arbeitsmarkt zu finden, wesentlich vermindert.

Allerdings erscheint die Forderung nachvollziehbar, die Löhne von Leiharbeitnehmern nach einer gewissen (Einarbeitungs-)Frist an die Bezahlung der Kollegen in den Entleihbetrieben anzupassen. Eine vollständige Anpassung an die Bezahlung im Entleihbetrieb nach einer festgelegten Frist hat jedoch einen gravierenden Nachteil: Sie kann ein Umgehungsverhalten seitens der Zeitarbeitsunternehmen und der Entleihbetriebe fördern. Entsprechende Erfahrungen mit der Einführung von Fristen wie den Überlassungshöchstdauern liegen für Deutschland bereits vor (Antoni/Jahn, 2006). Ein wesentliches Argument für die Abschaffung bzw. Aufweichung dieser Regelungen war, dass diese Regelungen umgangen wurden. Würde eine feste Frist bis zur Einführung eines gleichen Lohns festgelegt, bestünde ein erheblicher Anreiz, Leiharbeitnehmer nach Ablauf der Frist durch andere Leiharbeitnehmer zu ersetzen. Dies ist vor allem bei relativ einfachen Tätigkeiten mit wenig spezifischen Arbeitsanforderungen wie bei Helfertätigkeiten zu erwarten, bei denen Einarbeitungszeiten keine wesentliche Rolle spielen und hohe Lohndifferenziale zu erwarten sind. Weitere Umgehungsmöglichkeiten sind der Abschluss von befristeten Verträgen, aber vor allem auch die stärkere Nutzung von Werkverträgen.

Möchte man Lohnangleichungen nach einer kürzeren Frist zulassen und gleichzeitig die genannten Ausweichreaktionen der Betriebe möglichst gering halten, so wäre eine stufenweise Anpassung der Löhne möglicherweise zweckmäßiger. Beispielsweise könnte die anfängliche Lücke zwischen dem Lohn des Leiharbeitnehmers und dem Lohn für in der Entleihfirma direkt Beschäftigten sukzessive aller zwei Monate um jeweils ein Drittel geschlossen werden, sodass nach 6 Monaten die gleiche Bezahlung erreicht wäre.

Der Vorteil einer schrittweisen gegenüber einer sofortigen Anpassung läge in der deutlichen Verringerung des Anreizes für die Leiharbeitsfirmen, ihre Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Lohnanpassung auszutauschen bzw. zu entlassen. Die graduelle Anpassung würde auch berücksichtigen, dass sich die Arbeitsproduktivität der Leiharbeiter schrittweise an die der Kernbelegschaft annähert.

Allerdings liegen für Letzteres keine belastbaren wissenschaftlichen Ergebnisse vor. Es ist davon auszugehen, dass Einarbeitungszeiten und Aufbau von betriebspezifischen Kenntnissen und Fähigkeiten (dem sog. betriebspezifischem Humankapital) stark nach Betrieb, Tätigkeit und Beruf variieren. Ein weiteres Problem könnte darin gesehen werden, dass die vorgeschlagene Lösung zulässt, dass Leiharbeiter mit gleicher Tätigkeit und Dauer der Betriebszugehörigkeit bei einer Zeitarbeitsfirma, aber unterschiedlichen Einsatzzeiten bei Kundenunternehmen, unterschiedlich entlohnt werden. Hier stellt sich dann die

Frage nach Equal Pay innerhalb der Leiharbeitsfirma.

### **2.3 Stellungnahme zur Forderung bezüglich der Beauftragung von Studien zur Wirkung der Freizügigkeitsregelungen, Abschnitt II.5 des Antrages der Fraktion DIE LINKE**

Ein Monitoring der Auswirkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor dem Hintergrund der Öffnung der Arbeitsmärkte im Mai 2011 ist angesichts der zu erwartenden Wanderungsbewegungen zu befürworten.

Eine solche Analyse erfordert jedoch eine Auswertung aktueller Datensätze über den Umfang der Migration, die Beschäftigungsaufnahme und individuelle Charakteristiken von Migranten. Erste, zur Beurteilung der Auswirkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit notwendige Datensätze dürften zum Jahresende 2011 zur Verfügung stehen, die meisten dürften jedoch erst im Laufe des Jahres 2012 verfügbar sein. Die bisher vorhandenen Daten zur Arbeitnehmerüberlassung umfassen lediglich Staatsangehörige einer begrenzten Anzahl an EU-Ländern (Belgien/Luxemburg, Dänemark, Frankreich, Italien, Griechenland, Großbritannien, Niederlande). Daher müsste zur Beurteilung der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung die Staatsbürgerschaft der NMS-8 Länder zusätzlich erfasst werden.

#### **Weiterführende Literatur**

Antoni, M. und Jahn, E. (2009), Do Changes in Regulation Affect Employment Duration in Temporary Work Agencies?, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 62, 226-251.

Baas, Timo; Brücker, Herbert (2010): Wirkungen der Zuwanderungen aus den neuen mittel- und osteuropäischen EU-Staaten auf Arbeitsmarkt und Gesamtwirtschaft \*Expertise im Auftrag des Gesprächskreises Migration und Integration der Friedrich-Ebert-Stiftung. (WISO Diskurs), Bonn, 71 S.

Brücker, Herbert; Baas, Timo; Beleva, Iskra; Bertoli, Simone; Boeri, Tito; Damelang, Andreas; Duval, Laetitia; Hauptmann, Andreas; Fihel, Agnieszka; Huber, Peter; Iara, Anna; Ivlevs, Artjoms; Jahn, Elke J.; Kaczmarczyk, Pawel; Landesmann, Michael E.; Mackiewicz-Lyziak, Joanna; Makovec, Mattia; Monti, Paola; Nowotny, Klaus; Okolski, Marek; Richter, Sandor; Upward, Richard; Vidovic, Hermine; Wolf, Katja; Wolfeil, Nina; Wright, Peter; Zaiga, Krisjane; Zyllicz, Anna (2009): Labour mobility within the EU in the context of enlargement and the functioning of the transitional arrangements \* final report. Nürnberg u.a., 202 S.

Jahn, E. (2009), Frauenlöhne in der Zeitarbeit: Auch Geld ist relativ? in: *IAB-Forum* 1/09, 10-14.

Jahn, E. (2010), Reassessing the Wage Penalty for Temps in Germany, *Journal of Economics and Statistics*, Vol. 230, 208-233.

Lehmer, F., Ziegler, K. (2010): Brückenfunktion der Leiharbeit: Zumindest ein schmaler Steg. *IAB-Kurzbericht*, 13/2010.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)466**

30. März 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. April 2011 in Berlin

- a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen (Drucksache 17/4530)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten (Drucksache 17/5177)

**Beratungsbüro für entsandte Beschäftigte**

Das Beratungsbüro für entsandte Beschäftigte in Berlin besteht seit Mai 2010. Sie wurde in Folge der – bundesweit einmaligen – Beteiligung des Deutschen Gewerkschaftsbundes an der Umsetzung der europäischen Dienstleistungsrichtlinie (EU-DLR) im Land Berlin geschaffen und basiert auf einem Kooperationsvertrag des DGB-Bezirks mit dem Einheitlichen Ansprechpartner Berlin. Träger ist Arbeit und Leben e.V. Berlin. Die Beratungsstelle richtet sich an Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die vorübergehend in Berlin beschäftigt sind.

Das Beratungsangebot richtet sich an entsandte Beschäftigte, an sog. „Scheinselbstständige“ sowie an Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die im Rahmen der – bis zum 01. Mai 2011 beschränkten – Arbeitnehmerfreizügigkeit in Berlin tätig sind. Diese Zielgruppen werden in arbeits- und sozialrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit vorübergehender Ausübung einer abhängigen Beschäftigung in Deutschland beraten.

Aufgrund der Erfahrungen der Beratungsstelle sind wir zum Thema Arbeitsbedingungen und Entlohnung (Punkt II.1. des Antrags) folgender Auffassung:

Der Antrag auf die Schaffung eines flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohnes als Lohnuntergrenze (unter b) sowie auf die Abgrenzung zwischen der Selbstständigkeit und abhängiger Beschäftigung (unter c) nach den Maßstäben des Ziellandes ist zu begrüßen.

Aufgrund der Erfahrung im Rahmen unserer Beratungstätigkeit zeigt sich jedoch, dass trotz der Geltung des allgemeinverbindlichen Mindestlohnes in

Branchen wie Bau oder Pflege und seiner Anwendung kraft AEntG für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen aus dem EU-Ausland, rechtliche Lücken bestehen, die durch Unternehmen häufig und gerne genutzt werden, um die Mindestlohngrenze zu unterschreiten. Dabei kommt es vor, dass die Beschäftigten durch anderweitige Bezeichnung ihrer Tätigkeit aus dem Geltungsbereich des Branchenmindestlohnes herausgenommen werden. Im Bereich der häuslichen Pflege werden beispielsweise die Beschäftigten in der Regel als „Haushaltshilfen mit Pflegeaufgaben“ bezeichnet, um ihren Anspruch auf den Mindestlohn zu umgehen. Zum Anderen wird die sog. „Scheinselbstständigkeit“ häufig zur Umgehung des bestehenden Mindestlohnes genutzt. Da jedoch in diesen Fällen für die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung das Recht des Herkunftslandes berücksichtigt werden muss, ist ein wirksamer Schutz der Beschäftigten erschwert.

Zum Thema Kontrolle und Registrierung (Punkt II.2. des Antrags) vertreten wir folgende Auffassung:

Der Antrag auf die Stärkung der Kontrollen durch Ausbau der Kapazitäten der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (unter a) ist zu begrüßen. Aufgrund der Vielzahl der Missbrauchsfälle, mit denen auch die Beratungsstelle für entsandte Beschäftigte innerhalb kurzer Zeit konfrontiert wurde, bestätigt sich der Eindruck, dass die bisherige Kontrolldichte nicht ausreichend ist. Wünschenswert wäre zudem eine Stärkung der Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Behörden (FSK, Gewerbe- und Finanzämter, Bundesagentur für Arbeit), die mehr Transparenz bezüglich der qualitativen Auswirkungen der



Arbeitnehmermobilität schaffen würde. Zusätzlich ist eine Verstärkung präventiver Kontrollmechanismen erforderlich, die beispielsweise in zeitlichem Zusammenhang mit der Anmeldung eines Ein-Person-Gewerbes erfolgen sollten.

Der Antrag auf Erweiterung der Generalunternehmenshaftung (unter b) über den bisherigen Anwendungsbereich des § 14 AEntG hinaus, und damit über die vom AEntG erfassten Branchen hinaus, ist grundsätzlich zu begrüßen. Wir haben die Erfahrung gemacht, dass die Möglichkeit, bei der Durchsetzung der Lohnansprüche der Beschäftigten auf das Generalunternehmen zurückgreifen zu können, die Position der Beschäftigten ganz wesentlich verstärkt. Allerdings kommt die Generalunternehmenshaftung in ihrer augenblicklichen Form nur in den Fällen zur Anwendung, in denen die Auftragvergabe „von oben nach unten“ klar nachzuvollziehen und auf das Generalunternehmen zurückzuführen ist, klassischerweise in der Baubranche. Diese Haftungskonstruktion lässt sich beispielsweise im Bereich der häuslichen Pflege nicht anwenden, wo die faktisch für die Erteilung des Pflegeauftrags verantwortlichen deutschen „Pflegevermittlungsagenturen“ formell lediglich als Vermittler agieren und so aus der Verantwortung für die Gewährung des Mindestlohnes entfliehen. Eine Erweiterung der Haftung auch auf diese Konstellationen und damit eine Schließung bestehender Haftungslücken wäre daher insbesondere wünschenswert.

Zum Thema Beratung und Information (Punkt II.4. des Antrags) vertreten wir, aufgrund unserer bisherigen Erfahrung, folgende Auffassung:

Die Errichtung einer flächendeckenden Beratungsstruktur für entsandte Beschäftigte sowie für Arbeitsmigranten und Arbeitsmigrantinnen (unter a) ist notwendig, um den Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus anderen EU-Staaten zu gewährleisten. Unsere Erfahrung zeigt einen bundesweit großen und stetig wachsenden Beratungsbedarf der ausländischen Beschäftigten, insbesondere wenn sie nur kurzzeitig und auf Veranlassung des Arbeitgebers in Deutschland arbeiten. Besonders wichtig sind dabei die sprachlichen und fachlichen Kompetenzen der beratenden Personen. Besonders für niedrig qualifizierte ausländische Beschäftigte, die der deutschen Sprache nicht mächtig und dadurch einem Missbrauch und einer Ausnutzung besonders ausgesetzt sind, ist eine kompetente arbeits- und sozialrechtliche Beratung in ihrer Landessprache unbedingt erforderlich. Vertretungen der Mitgliedstaaten werden oftmals nicht oder nur in Ausnahmefällen als Ansprechpartner wahrgenommen. Eine erfolgreiche präventive Informationstätigkeit innerhalb der ausländischen Communities setzt ebenfalls sprachliche und interkulturelle Kompetenzen der Berater/innen voraus.

Die Tätigkeit der Sozialpartner innerhalb des Netzwerks EURES sowie die Tätigkeit der EURES-Stellen (unter b) ist sinnvoll und soll unterstützt werden. Allerdings stellen diese Einrichtungen keine Alternative zu dem Beratungsangebot des Beratungsbüros für entsandte Beschäftigte dar, da sie einen anderen Auftrag zu erfüllen haben. Wir befürworten eine Zusammenarbeit zwischen den bestehenden, sich gegenseitig ergänzenden Einrichtungen

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)471**

31. März 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. April 2011 in Berlin

- a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen (Drucksache 17/4530)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten (Drucksache 17/5177)

**Deutsche Rentenversicherung Bund****Vorbemerkung**

Zum 30. April 2011 laufen Übergangsfristen für die Freizügigkeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus den im Jahr 2004 der EU beigetretenen mittel- und osteuropäischen Staaten aus. Außerdem entfallen die für bestimmte Branchen vereinbarten Einschränkungen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit, die die Entsendung von Arbeitskräften betreffen. Die Anträge der Fraktion der SPD und der Fraktion DIE LINKE haben die sozialpolitische Gestaltung dieses Übergangsprozesses zur vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit bzw. Dienstleistungsfreiheit zum Gegenstand. Insbesondere sollen Lohn- und Sozialdumping verhindert und Schutzmechanismen für die Beschäftigten eingeführt werden.

Soweit die vorgeschlagenen Maßnahmen einen Bezug zur Rentenversicherung aufweisen, nimmt die Deutsche Rentenversicherung Bund hierzu wie folgt Stellung:

**I. Antrag der Fraktion der SPD „Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen“, BT-Drucksache 17/4530**

**1. Verhinderung von Scheinselbstständigkeit**

*Zu Ziffer II 1 c): „Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung dazu auf, im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Entlohnung dafür zu sorgen, dass Scheinselbstständigkeit verhindert wird. Die Abgrenzung zwischen Selbständigen und abhängig Beschäftigten muss im Ziel-land der Entsendung nach dessen Maßstäben*

*überprüft werden können und nicht, wie bisher, nur nach den Bedingungen des Herkunftslandes. Auch in Deutschland muss eine schärfere Abgrenzung von Dienstleistung und Leiharbeit geschaffen werden;“*

Das Problem der Scheinselbstständigkeit ist vor allem als Reaktion auf die Freizügigkeitsbeschränkung für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus den zum 1. Mai 2004 beigetretenen osteuropäischen Ländern aufgetreten. Da diese Beschränkungen mit dem 1. Mai 2011 entfallen und dann auch abhängig Beschäftigte voll freizügigkeitsberechtigt sind, dürfte sich das Problem der Scheinselbstständigkeit ab diesem Zeitpunkt zumindest reduzieren.

Es ist in diesem Zusammenhang zu differenzieren zwischen

- a) Personen, die ohne entsandt zu sein als Selbstständige aus den zum 1. Mai 2004 beigetretenen osteuropäischen Ländern auf dem deutschen Arbeitsmarkt auftreten und
- b) Personen, die als Entsandte aus den zum 1. Mai 2004 beigetretenen osteuropäischen Ländern auf dem deutschen Arbeitsmarkt auftreten.

Zu a)

Im Rahmen der Betriebsprüfungen durch die Träger der Rentenversicherung wird über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in allen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung nach Maßgabe des deutschen Rechts entschie-

den. Gegenstand einer Betriebsprüfung ist auch die Beurteilung, ob eine Erwerbstätigkeit als abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird.

Fehlbeurteilte Sachverhalte werden aufgegriffen und beanstandet. Die Rentenversicherungsträger erlassen gegenüber den Arbeitgebern Bescheide zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern.

Auch der Frage, ob eine sogenannte Scheinselbstständigkeit vorliegt oder nicht, gehen die Rentenversicherungsträger im Rahmen der Betriebsprüfungen nach. Bei dem betroffenen Personenkreis sind jedoch keine generalisierenden Entscheidungen möglich. Es ist vielmehr jeweils im Einzelfall anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu prüfen, ob eine Erwerbstätigkeit als abhängige Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt wird.

Als typisches Merkmal einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nennt § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV die Weisungsgebundenheit der Erwerbsperson und ihre betriebliche Eingliederung. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Alle Umstände des Einzelfalles sind entsprechend zu berücksichtigen.

Zu b)

Sofern es sich um Entsendungen handelt, richtet sich die Frage, ob die ausgeübte Erwerbstätigkeit als abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit einzuordnen ist, immer nach dem Recht des Entsendestaates (Art. 14 Abs. 4 der VO (EG) Nr. 987/2009). Die Anwendung des ausländischen Rechts wird durch die Bescheinigung A1 (vormals E 101) dokumentiert. Deutschland ist als Mitgliedstaat der EU an das europäische koordinierende Sozialrecht und damit grundsätzlich auch an die Feststellungen in der Bescheinigung A1 (vormals E 101) gebunden.

Im Übrigen gelten für den Tatbestand der Entsendung bzw. für deren Zulässigkeit die sich aus dem europäischen koordinierenden Sozialrecht ergebenden Kriterien (z. B. zeitliche Befristung der Entsendung, Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses zum entsendenden Unternehmen). Ergeben sich im Einzelfall für die deutschen Prüfbehörden (Finanzkontrolle Schwarzarbeit, Betriebsprüfamt der Träger der Deutschen Rentenversicherung, u. a.) Zweifel an der rechtmäßigen Ausstellung einer Entsendebescheinigung A1 (vormals E 101), hat der ausstellende Träger des Entsendestaates nach Art. 5 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 987/2009 auf Antrag des Beschäftigungsstaates

tes diese Entsendebescheinigung zu überprüfen und ggf. aufzuheben, sofern sich im Rahmen dieser Prüfung die der Entsendung zugrunde liegenden Sachverhalte als unzutreffend und damit die Entsendung als unzulässig erweisen. Folge wäre, dass in diesen Fällen das deutsche Sozialversicherungsrecht anzuwenden ist.

## 2. **Registrierung von Entsendungen bei der Sozialversicherung**

*Zu Ziffer II 2 c): „Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung dazu auf, im Bereich der Kontrolle und Registrierung dafür zu sorgen, dass eine Registrierung von Entsendungen bei der Sozialversicherung zur Pflicht wird. Diese Meldung muss vor Aufnahme der Tätigkeit stattfinden und muss für alle Branchen verpflichtend sein;“*

Die Pflicht zur Registrierung von Entsendungen bei der Sozialversicherung wurde bereits durch die mit dem „Gesetz zur Änderung des Gemeindefinanzreformgesetzes und anderer Gesetze“ vom 6. September 2005 eingeführte Erhebung und Speicherung von Entsendebescheinigungen in einer Datei bei der Datenstelle der Träger der Deutschen Rentenversicherung (DSRV) in Würzburg begründet (§ 150 Abs. 3 und 5 SGB VI). Bei Entsendungen aus einem anderen Mitgliedstaat der EU, des EWR bzw. der Schweiz nach Deutschland ist der Entsendestaats nach Art. 15 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 dazu verpflichtet, der DSRV eine entsprechende Information über den Inhalt der ausgestellten Entsendebescheinigung A1 (vormals E 101) zu übermitteln, damit der Entsendetatbestand dort zentral nach Maßgabe des § 150 Abs. 3 SGB VI erfasst werden kann. Dies geschieht regelmäßig durch die Übersendung von Mehrausfertigungen der ausgestellten Entsendebescheinigungen. Diese Unterrichtung hat nach Art. 15 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 grundsätzlich vor Aufnahme der Erwerbstätigkeit zu erfolgen, sie gilt für alle Branchen und muss u. a. Angaben zum Entsende- und Beschäftigungsstaat, zur Branche und zur Beschäftigungsdauer enthalten.

In der Datei der Datenstelle sind derzeit (Stand 28. Februar 2011) ca. 644.000 Entsendevorgänge enthalten. Diese sind für die Prüfbehörden Finanzkontrolle Schwarzarbeit, Betriebsprüfamt der Deutschen Rentenversicherung sowie die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung in elektronischer Form abrufbar. Mit dem derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindlichen „Gesetz zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Europa und zur Änderung anderer Gesetze“ (BT-Drucks. 17/4978) sollen die Tatbestände, aufgrund derer eine Erfassung in dieser Datei erfolgt, über die Entsendungen hinaus auch auf den Bereich der sogenannten Mehrfachbeschäftigten ausgeweitet werden (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b) Unterbuchst. bb) des Gesetzentwurfs). Mehrfachbeschäftigt ist eine Person, die gleichzeitig oder nacheinander gewöhnlich in mindestens zwei Mitgliedstaaten eine Beschäftigung ausübt. Auf diese Personen finden regelmäßig die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Anwendung.

### 3. Statistische Erfassung von Entsendetatbeständen

Zu Ziffer II 2 d): „Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung dazu auf, im Bereich der Kontrolle und Registrierung dafür zu sorgen, dass eine statistische Erfassung von Entsendetatbeständen geschaffen wird. Derzeit gibt es keine Erfassung von Entsendetatbeständen außerhalb des Anwendungsbereichs des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ...;“

Bereits seit 2006 werden die Mehrausfertigungen der im Ausland ausgestellten Bescheinigungen A1 (vormals E 101) nach § 150 Abs. 3 SGB VI zentral bei der Datenstelle der Träger der Deutschen Rentenversicherung (DSRV) in Würzburg gespeichert.

Auf der Grundlage dieser gespeicherten Daten werden Statistiken erstellt, die sowohl Aussagen zu Branchen und zum Herkunftsland als auch zur Beschäftigungsdauer zulassen. Die Statistiken werden dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales, den zuständigen Kontrollbehörden sowie EUROSTAT in Luxemburg zur Verfügung gestellt. Das Sekretariat der Verwaltungskommission der EU hat die aktuelle Statistik der in den Jahren 2008 und 2009 europaweit ausgestellten Entsendebescheinigungen E 101 mit Datum vom 21. Januar 2011 veröffentlicht (Note des Sekretariats der Verwaltungskommission vom 21. Januar 2011, AC 019/11).

## II. Antrag der Fraktion DIE LINKE „Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten“, BT-Drucksache 17/5177

### 1. Schaffung einer vollständigen statistischen Erfassung im Bereich von Entsendearbeit

Zu Ziffer II 7: „Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf, eine vollständige statistische Erfassung im Bereich von Entsendearbeit zu erschaffen. Es muss eine anonymisierte Datengrundlage erstellt werden, die alle nach Deutschland entsandten Beschäftigten umfasst. Hierzu ist unter anderem die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 vom 16. September 2009 unverzüglich umzusetzen. Die statistische Erfassung muss eine Differenzierung nach Branche, Herkunftsland und Beschäftigungsdauer ermöglichen. In einem ersten Schritt muss die Bundesfinanzdirektion West als für die Erfassung von Entsendungen auf der Grundlage des Entsendegesetzes (§ 18) zuständige Behörde beauftragt werden, die Entsendungen so weit wie möglich auch für die Vergangenheit statistisch zu erfassen und in ihren Jahresberichten auszuweisen. Das zuständige Finanzministerium hat dafür die notwendigen finanziellen Ressourcen zur Verfügung zu stellen;“

Es wird auf die Ausführungen zu den Ziffern II 2 d) und c) des Antrags der Fraktion der SPD verwiesen (s. o. Punkte 3 und 2).

### 2. Verkürzung der Entsendefrist

Zu Ziffer II 8: „Der Deutsche Bundestag fordert die Bundesregierung auf zu prüfen, inwiefern durch eine Pflicht zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge in die sozialen Sicherungssysteme des Ziellandes (Arbeitsort) bei einer Entsendung, deren Dauer drei Monate überschreitet, verhindert werden kann, dass Arbeitgeber Entsendungen durchführen, um angesichts unterschiedlich hoher Beitragssätze in den einzelnen Mitgliedstaaten Kosten zu sparen. Hierbei ist zu beachten, dass das Verfahren zur Übertragbarkeit von Ansprüchen für die Beschäftigten möglichst unbürokratisch zu verlaufen hat.“

Mit der Forderung wird offenbar eine Verkürzung der Entsendefrist von maximal 24 Monaten auf drei Monate angestrebt.

Die Entsendefrist ist integraler Bestandteil des europäischen koordinierenden Sozialrechts (Art. 12 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004). Eine Änderung könnte somit nur auf europäischer Ebene erfolgen. Vor dem Hintergrund, dass die Entsendefrist erst zum 1. Mai 2010 von 12 auf 24 Monate verdoppelt wurde, dürfte einem deutschen Vorstoß, die Frist nunmehr auf drei Monate zu verkürzen, kaum Erfolg beschieden sein.

Darüber hinaus ist auch fraglich, ob die vorgeschlagene Verkürzung zielführend wäre. So wäre denkbar, dass eine Verkürzung der Entsendefrist auf drei Monate nicht etwa dazu führt, dass der Anteil der den deutschen Sozialversicherungsvorschriften unterliegenden (und damit in Deutschland beitragspflichtigen) Arbeitnehmer steigt. Denn bei einer sehr kurzen Entsendefrist (dies wäre bei drei Monaten der Fall) könnte es zu „Ausweichreaktionen“ in dem Sinne kommen, dass statt der Entsendung eine Tätigkeit im Zielland als „gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten Beschäftigter“ nach Art. 13 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 aufgenommen wird. Rechtsfolge wäre, dass die deutschen Rechtsvorschriften nicht nur während des Entsendezeitraums, sondern auf Dauer nicht anwendbar wären. Für die gewöhnlich in mehreren Mitgliedstaaten Beschäftigten gelten nämlich ohne zeitliche Befristung in der Regel die Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats (Herkunftslandes). Die Zugehörigkeit zum Sozialversicherungssystem des Herkunftslandes bliebe dadurch auf Dauer – und nicht nur für den Zeitraum der Entsendung – erhalten. Im Ergebnis würde damit die Intention der vorgeschlagenen Verkürzung der Entsendefrist – das „schnelle“ Eintreten der Pflicht zur Beitragszahlung in das Sozialversicherungssystem des Ziellandes – ins Gegenteil verkehrt.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)459**

29. März 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. April 2011 in Berlin

- a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen (Drucksache 17/4530)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten (Drucksache 17/5177)

**GKV-Spitzenverband, Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung (DVKA)**

Soweit es den Aufgabenbereich des GKV-Spitzenverbandes, DVKA tangiert, möchten wir Ihnen gerne unsere Auffassung zu dem in Rede stehenden Antrag übermitteln.

Bitte lassen Sie uns vorab kurz darauf eingehen, dass sich die DVKA insbesondere als Dienstleister für die gesetzlichen Krankenkassen, deren Versicherten und Verbänden, anderen Sozialversicherungsträgern sowie international agierenden Institutionen versteht. Hierbei beraten wir die beteiligten Akteure schwerpunktmäßig zu allen krankenversicherungsrechtlichen Fragen, in denen über- und zwischenstaatliche Regelungen zu beachten sind. In diesem Sinne möchten wir unter Berücksichtigung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit Folgendes anmerken:

**Zu Punkt II. 1. c) des Antrags der Fraktion der SPD**

*"... Scheinselbständigkeit verhindert wird. Die Abgrenzung zwischen Selbständigen und abhängig Beschäftigten muss im Zielland der Entsendung nach dessen Maßstäben überprüft werden können und nicht, wie bisher, nur nach den Bedingungen des Herkunftslandes."*

Dieser Forderung steht Artikel 14 Absatz 4 VO (EG) 987/09 entgegen. Hiernach kommt es bei der An-

wendung von Artikel 12 Absatz 2 VO (EG) 883/04 für die Feststellung, ob die Erwerbstätigkeit, die ein Selbständiger vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, weiterhin den Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit des Staates der gewöhnlichen Ausübung dieser Tätigkeit unterliegt, ausschließlich darauf an, dass eine der gewöhnlich ausgeübten selbständigen Erwerbstätigkeit „ähnliche“ Tätigkeit ausgeübt wird. Dabei ist nur die tatsächliche Eigenart der Tätigkeit entscheidend und ausdrücklich nicht, ob der andere Mitgliedstaat diese Tätigkeit als Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert.

Im Sinne des Erwägungsgrundes (3) der VO (EG) 883/04, wonach diese Verordnung den Urteilen des Europäischen Gerichtshofes Rechnung tragen soll, geht diese Bestimmung auf eine entsprechende Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-178/97 „Banks“ zurück.

Um diese Forderung durchzusetzen, müsste demnach eine Änderung der erwähnten EG-Verordnungen vorgenommen werden.

**Zu Punkt II. 2. b) des Antrags der Fraktion der SPD**

*"... beim Einsatz von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine Generalunternehmerhaftung wie § 14 Haftung des Auftraggebers im Arbeitnehmerentsendegesetz geregelt oder ähnlich wie im Baugewerbe nach § 28 e Abs. 3 a bis e SGB IV i.V.m. § 150 Abs. 3 SGB VII eingeführt wird."*

Soweit eine Entsendung im Sinne von Artikel 12 VO (EG) 883/04 vorliegt und ein aus einem europäischen Mitgliedstaat stammender Arbeitnehmer die weitere Anwendung der Rechtsvorschriften seines Herkunftsstaats mittels der Bescheinigung A1 nachweisen kann, sind die deutschen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit – und somit auch die Regelungen des deutschen SGB - auf ihn und seinen Arbeitgeber nicht anzuwenden.

Um diese Forderung durchzusetzen, müsste demnach eine Änderung der erwähnten EG-Verordnung vorgenommen werden.

**Zu Punkt II. 2. c) und d) des Antrags der Fraktion der SPD und Punkt II. 7. der Fraktion DIE LINKE**

**„... eine Registrierung von Entsendungen bei der Sozialversicherung zur Pflicht wird.“**

**„... eine statistische Erfassung von Entsendetatbeständen geschaffen wird.“**

Wie bereits seit dem 01.04.2006 in Anwendung der VO (EWG) 1408/71 ist auch nach Artikel 15 Absatz 1 VO (EG) Nr. 987/09 u. a. in den Fällen, in denen für Personen vom zuständigen ausländischen Träger eine Bescheinigung A 1 nach Artikel 12 VO (EG) 883/04 ausgestellt wurde, hierüber auf deutscher Seite die Deutsche Rentenversicherung Bund, 97041 Würzburg, zu informieren. Aktuell haben die Mitgliedstaaten, die im Falle von Entsendungen die Bescheinigung A1 ausstellen, der Datenannahmestelle der DRV Bund in Würzburg eine Kopie der Bescheinigung A1 zu übermitteln.

Die DRV Bund erfasst die Daten, wertet sie aus und stellt die Ergebnisse den Prüfdiensten zur Verfügung. Die Datenbank ist in erster Linie für die Prüf- und Kontrolleinrichtungen von Interesse (Deutsche Rentenversicherung, Träger der Unfallversicherung sowie die Abteilung Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls).

Nach unserer Einschätzung ist diese Forderung somit bereits seit dem 01.04.2006 erfüllt.

**Zu Punkt 8. des Antrags der Fraktion DIE LINKE**

**„... zu prüfen, inwiefern durch eine Pflicht zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge in**

**die sozialen Sicherungssysteme des Ziellandes (Arbeitsort) bei einer Entsendung, deren Dauer drei Monate überschreitet, verhindert werden kann, dass Arbeitgeber Entsendungen durchführen, um angesichts unterschiedlich hoher Beitragsätze in den einzelnen Mitgliedsstaaten Kosten zu sparen.“**

Um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Dienstleistungsfreiheit möglichst zu fördern sowie unnötige und kostspielige verwaltungsmäßige und andere Komplikationen zu vermeiden, die nicht im Interesse der Arbeitnehmer, Unternehmen und Verwaltungen liegen, unterliegt eine Person gemäß Artikel 12 VO (EG) 883/04 weiterhin den Rechtsvorschriften des Entsendestaates, sofern – neben der Erfüllung weiterer Voraussetzungen – die voraussichtliche Dauer der Arbeit im Beschäftigungsstaat 24 Monate nicht überschreitet. Dieser Sachverhalt beinhaltet insbesondere eine Befreiung von der Zahlung von Versicherungsbeiträgen im Beschäftigungsstaat. Artikel 14 VO (EG) 987/09 sowie insbesondere der Beschluss A2 der EG-Verwaltungskommission enthalten entsprechende Bestimmungen, um die missbräuchliche Anwendung des genannten Artikels zu verhindern.

Um diese Forderung durchzusetzen, müsste demnach eine Änderung der erwähnten EG-Verordnung vorgenommen werden. Zudem ist festzuhalten, dass einer Pflicht zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge auch ein entsprechender Leistungsanspruch gegenüber stünde.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass Deutschlands Wirtschaft stark exportorientiert aufgestellt ist, möchten wir zudem zu bedenken geben, dass als Konsequenz deutsche Arbeitnehmer ebenfalls bei Entsendungen von über drei Monaten Dauer verpflichtet wären, in die sozialen Sicherungssysteme der jeweiligen Beschäftigungsstaaten zu wechseln.

Wir möchten abschließend anmerken, dass für Änderungen an den genannten EG-Verordnungen in Deutschland das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zuständig ist

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)473**

31. März 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. April 2011 in Berlin

- a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen (Drucksache 17/4530)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten (Drucksache 17/5177)

**Prof. Dr. Frank Bayreuther, Passau**

**I. Ausgangslage**

1. Die tatsächlichen Auswirkungen der vollen Arbeitnehmerfreizügigkeit zu Gunsten Angehöriger aus den EU-Beitrittsstaaten lassen sich nicht zuverlässig prognostizieren. Studien gehen von einem eher moderaten Zuwanderungspotential aus und auch dies nur für die ersten Jahre nach Herstellung der Freizügigkeit. Das IAB schätzt die Nettozuwanderung für 2011 unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktöffnung zu Gunsten der MOE-Staaten auf etwa 100.000 Personen (s. etwa: IAB, Kurzbericht 7/2011, S. 7; Info-Brief des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags v. 4.11.2011, WD 6 – 3010 – 001/11). Es wird daher jedenfalls auf mittlere und lange Sicht nicht zu völlig unbeherrschbaren Verwerfungen auf dem deutschen Arbeitsmarkt kommen (vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, aaO, S. 12). Dessen ungeachtet verbinden sich mit der Öffnung der Arbeitsmärkte zu Gunsten MOE-Angehöriger aber durchaus Herausforderungen, auf die das deutsche Arbeits- und Sozialrecht vorbereitet sein sollte.

2. Beachtung verdient zudem, dass zum 30.4.2011 auch Beschränkungen wegfallen, was die Dienstleistungsfreiheit von Angehörigen der MOE-Staaten betrifft. Diese bezogen sich zwar nur auf ausgewählte Branchen (Baugewerbe und verwandte Wirtschaftszweige, Gebäudereinigung, Reinigung von Industrieanlagen und Verkehrsmitteln, Innendekoration). Dabei handelt es sich aber nicht nur um ausgesprochen wichtige Branchen, sondern vor allem auch um hef-

tig umkämpfte Märkte, die für ausländische Anbieter besonders leicht zugänglich sind.

3. Gravierende Auswirkungen könnte die Aufhebung der Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit dagegen auf die Leiharbeitsbranche haben. Bislang war die Überlassung von Beschäftigten aus den MOE-Staaten weitgehend ausgeschlossen (vgl. §§ 284 SGB III, 39 Aufenthaltsg, 6 I Nr. 2 ArGV), da die Arbeitnehmerüberlassung nicht nur etwaigen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit, sondern auch solchen der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterworfen war. Es steht zu erwarten, dass nach dem 30.4.2011 Verleihunternehmen mit Sitz in MOE-Ländern verstärkt Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an deutsche Unternehmen verleihen werden und sich dabei das zwischen Deutschland und den MOE-Staaten bestehende Lohngefälle zu Nutzen machen. Insbesondere im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung sind daher Vorkehrungen zu treffen, um möglichen Verwerfungen auf dem Arbeitsmarkt entgegen zu wirken.

**II. Leiharbeit****1. Problemaufriss**

Was die Arbeitnehmerüberlassung betrifft, erscheint weniger problematisch, dass inländische Verleiher Personen aus den MOE-Staaten zu besonders geringen Löhnen beschäftigen könnten (dazu unten, II.1.). Im Mittelpunkt der Betrachtung muss vielmehr stehen, dass in den MOE-Staaten ansässige Verleiher „eigene“ Beschäftigte nach Deutschland entsenden werden, die sie nach dem Gehaltsniveau des Heimatstaates entlohnen. Da die Löhne in den MOE-

Staaten in aller Regel deutlich niedriger liegen als diejenigen in Deutschland, werden die entsandten Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter zu deutlich schlechteren Arbeitsbedingungen beschäftigt werden als bei inländische Leiharbeiterinnen und -arbeiter. Verleihern beschäftigte Personen, erst recht aber als die beim jeweiligen Entleiher beschäftigten Stammarbeiterinnen und -arbeiter. Die damit einhergehenden sozialpolitischen Spannungen liegen auf der Hand. Darüber hinaus würde eine derartige Entwicklung aber in hohem Maße auch negative Auswirkungen auf die Stabilität inländischer Verleihbetriebe haben.

## 2. Effektive Durchsetzung des verleihrechtlichen Mindestlohns (§§ 3, 3a und 10 AÜG)

Die Leiharbeitsbranche benötigt dringend einen **Mindestlohn**. Der Forderung nach der Einführung eines solchen Mindestlohns wäre mit der am 24.3.2011 beschlossenen Aufnahme der § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 3a und § 10 Abs. 4 in das AÜG (BT-Drs. 17/5238 u. 4804) jedenfalls vom rechtlichen Ansatz her gesehen Rechnung getragen, würde diese Gesetz. Die einschlägigen Mindestlohnregelungen finden über § 2 Nr. 1 AEntG, jedenfalls aber über Art. 9 Rom-I-VO auch auf Arbeitsverhältnisse ausländischer Anbieter und ihrer ins Inland verliehenen Beschäftigten Anwendung.

Sollen sich die Vorgaben der Neuregelung aber als effektiv erweisen, muss sichergestellt sein, dass die Mindestlohnvorgaben des § 3a AÜG auch tatsächlich eingehalten werden. Zu diesem Zweck müsste das **Sanktionsinstrumentarium des AEntG** teilweise auf den **verleihrechtlichen Mindestlohn erstreckt** werden. Derzeit bestehen an dieser Stelle noch **Regelungslücken**.

- Anbieter, die gegen die Mindestlohnverpflichtung verstoßen, müssen in Anlehnung an § 21 AEntG von **öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen** werden. Während im Hinblick auf den Verleiher vielleicht noch ein Entzug der Überlassungserlaubnis möglich erscheint (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG), ist problematisch, dass Bieter, die sich wider besseres Wissen Arbeitnehmer von Leiharbeitsfirmen entleihen, die den Mindestlohn unterschreiten, nicht von der Teilnahme an derartigen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können. § 21 AEntG ist nicht anwendbar, da der Ordnungswidrigkeitstatbestand nach § 23 Abs. 2 AEntG nicht greift. Verstöße gegen § 3a AÜG sind vielmehr durch einen eigenen Ordnungswidrigkeitstatbestand (§ 10 Nr. 7a AÜG) sanktioniert. § 23 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 2 AEntG kommt dagegen nicht zur Anwendung, weil der Mindestlohn des AÜG nicht auf einem für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag und auch nicht auf einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG beruht. Genau das setzt aber § 23 AEntG voraus.
- Die Nichtgewährung des verleihrechtlichen Mindestlohns ist über den Einbezug von Verstößen in den Bußgeldkatalog des § 16 Abs. 2 Alt. 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 7a AÜG lediglich mit einer Geldbuße von **25.000 €** bedroht. § 23 Abs. 1 Nr. 1 u. Abs. 3 AEntG sanktionieren Mindestlohnverstöße dage-

gen mit einer Geldbuße von bis zu **500.000 €**. Soll ein Mindestlohnverstoß nicht „Kavaliersdelikt“ bleiben, müsste der Bußgeldrahmen deutlich erhöht werden. Am besten würden Verstöße nicht Ordnungswidrigkeiten nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 1b AÜG gleichgestellt sondern vielmehr solchen nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 AÜG zugeordnet, für die § 16 Abs. 2 AÜG eine Geldbuße von eben 500.000 € vorsieht.

- Es muss eine Ordnungswidrigkeit zu **Lasten von Entleihern** in das AÜG aufgenommen werden, die Leiharbeiter beschäftigen, obwohl sie wissen oder fahrlässig nicht wissen, dass diesen nicht der Mindestlohn gewährt wird. Für die Parallelsituation im AEntG ist solches in § 23 Abs. 2 AEntG bestimmt. Nicht schlüssig erscheint daher auch, dass ein Entleiher, der einen Nicht-EU-Ausländer, der keine Arbeitsgenehmigung im Inland besitzt, zu Arbeitsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses akzeptiert, die in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Leiharbeiter stehen, gleich mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird (§ 15a Abs. 1 AEntG), dagegen völlig sanktionslos bleibt, wenn er EU-Ausländer unter völliger Umgehung des gesetzlichen Mindestlohns annimmt.
- Ins Inland verliehene ausländische Beschäftigte müssen Mindestlohn- oder Gleichbehandlungsansprüche nach dem AÜG vor deutschen Arbeitsgerichten einklagen können. Es bedarf einer an § 15 AEntG angelehnten **Gerichtsstandbestimmung**. Andernfalls bleibt diesen nur die Klage in ihrem Heimatland (Art. 19 Nr. 1 u. 2a EuGVVO). Soweit eine Entleiherhaftung angeordnet wird (s. Ziffer 3), sollte (wohl eher nur mit deklaratorischer Wirkung) ebenfalls eine Zuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichte vorgesehen werden.
- Die **Melde- und Dokumentationspflichten** der §§ 18 und 19 AEntG sind erheblich strenger und deutlich passgenauer auf Mindestlohnverstöße zugeschnitten als die Auskunftspflicht des Verleihers nach § 7 Abs. 2 AÜG. Daher wäre eine Anpassung des § 7 AÜG an die einschlägigen Bestimmungen des AEntG zu erwägen. Dass im Anwendungsbereich des AÜG nicht die Zollverwaltungen sondern die Arbeitsagenturen zur Überwachung zuständig sind, mag sinnvoll erscheinen, da diese auch ansonsten zur Kontrolle der Leiharbeit berufen sind.
- Werden Leiharbeiter oder Leiharbeiterinnen an einen Entleihbetrieb verliehen, der in den Geltungsbereich eines Tarifvertrags bzw. einer Rechtsverordnung nach dem AEntG fällt, sind diesen mindestens die dort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren (§ 8 Abs. 3 AEntG)<sup>4</sup>. In dieser Konstellation kommt es zu einer wenig übersichtlichen Verdreifachung von „Mindestlöhnen“ (Gleichbehandlungspflicht im Hinblick auf die beim Entleiher gezahlten Löhne,

<sup>4</sup> S. auch: BAG 21.10.2009, 5 AZR 951/08, NZA 2010, 237 = DB 2010, 232.



Mindestlohn nach § 3a AÜG und Mindestlohn nach § 8 Abs. 3 AEntG). Zumindest zur Vermeidung von Missverständnissen sollte daher klar gestellt werden, dass im Verhältnis dieser Lohnansprüchen zueinander, der jeweils für den Arbeitnehmer **günstigste Anspruch** greift.

- Positiv hervorzuheben ist, dass ein Verleiher, der einen Tarifvertrag anwendet, der den Mindestlohn nach § 3a AÜG unterschreitet, seinen Arbeitnehmern nicht etwa nur den Mindestlohn schuldet. Vielmehr verliert er die Befreiung vom equal-pay-Gebot und hat den Beschäftigten daher für den Zeitraum der Überlassung den im Entleihbetrieb vorherrschenden Arbeitslohn zu bezahlen (§ 10 Abs. 4 S. 2 AÜG). Dass das natürlich erst recht gilt, wenn der Verleiher den Mindestlohn unterschreitet, ohne einen Tarifvertrag anzuwenden, ergibt sich, wenn auch leider nur mittelbar, aus §§ 10 Abs. 4 S. 3 i.V.m. 9 Nr. 2 AÜG. Nicht wirklich klar ist jedoch, wie sich die Regelung des § 10 Abs. 5 AÜG hiermit verträgt. Danach ist der Verleiher verpflichtet, Arbeitnehmern „mindestens“ den Mindestlohn nach § 3a AÜG zu entrichten. Angesprochen sein dürften damit wohl überlassungsfreie Zeiten, sowie der seltene Fall, dass der Lohn im Entleihbetrieb den Mindestlohn nach § 3a AÜG unterschreitet. Durch die Einfügung der Worte „unbeschadet der Regelungen des Abs. 4“ ließe sich das leicht klarstellen.

### 3. Gleichbehandlung von Leih- und Stammarbeiterinnen und -arbeitnehmern

Die Möglichkeit, durch Tarifbindung (iwS) ohne jede Begrenzung vom verleihrechtlichen Gleichbehandlungsgebot abzuweichen, ist politisch umstritten. Im Hinblick auf die Öffnung der Arbeitsmärkte zu Gunsten der MOE-Staaten dürfte diese Diskussion sicher an Spannkraft hinzugewinnen. Mit der Dienstleistungsfreiheit des EU-Vertrags (Art. 57 AEUV) wäre es nämlich nicht vereinbar, wenn nur inländische, nicht aber ausländische Anbieter einem Tarifvertrag „beitreten“ könnten, der ihnen einen Dispens vom Gleichbehandlungsgebot<sup>5</sup> gewährt. Das zwingt dann auch zu einer Anerkennung entsprechender „Heimattarifverträge“ von Verleihern aus den MOE-Staaten<sup>6</sup>.

Die damit verbundenen Probleme werden durch die Mindestlohnverordnung nach §§ 3a und 9 Nr. 2 AÜG zwar teilweise entschärft, weil es jedenfalls nicht zu der zunächst befürchteten Anerkennung bedenklich schlechter „Niedriglohntarifverträge“ kommen wird. Problematisch bleibt aber dennoch, dass das Lohnniveau in den MOE-Staaten signifikant unter dem deutschen Lohnniveau liegt. Einschlägige ausländische Tarifverträge werden mit Rücksicht auf § 10 Abs. 4 AÜG häufig nicht weniger, aber eben auch

<sup>5</sup> EuGH 24. 1. 2002, C-164/99, Slg. 2002, I-787 Portugaia; 25. 10. 2001, C-276/99 Slg. 2001, I-8055 Deutschland/Kommission.

<sup>6</sup> Thüsing/Pelzner, AÜG, 2. Aufl., § 3 Rdn. 87; Ulber, AÜG, 2. Aufl. 2002, Einl. F Rdn. 56; Hanau, Rechtsgutachten zur Einbeziehung der Zeitarbeit in das AEntG, 2006, S. 16, Bayreuther, DB 2011, 706 unter III.5.b.bb., auch m. Nachw. zur Gegenansicht.

nicht mehr als die Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG als Arbeitslohn vorgeben.

Damit wird nicht nur endgültig zementiert, dass es die vom Gesetz eigentlich als Regelfall vorgesehene Gleichbehandlung von Stamm- und Leiharbeitnehmern in der Realität nicht gibt, sondern es droht darüber hinaus **eine Abwärtsbewegung nach unten**, die selbst mittlere Lohngruppen in Richtung des Branchenmindestlohns drücken könnte. Die Tarifpartner im Inland werden sich, soweit sie im unteren Lohnbereich Vergütungen vorsehen wollen, die über den Mindestlohn hinausgehen, einem erhöhten Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sehen.

Zu empfehlen ist daher jedenfalls eine **zeitliche Begrenzung** der Möglichkeit, vom equal-pay-Gebot auf Grund einer Bindung (Inbezugnahme) an (von) Tarifverträge(n) abweichen zu können, die einen Dispens vom Gleichbehandlungsgebot gewähren. Alternativ dazu könnte vorgesehen werden, dass die Arbeitsbedingungen des Entleihbetriebs immer dann zu gewähren sind, wenn im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses nur eine einzige befristete Überlassung stattfindet und das Arbeitsverhältnis nach diesem Einsatz endet (Modell Schüren/Wank<sup>7</sup>). Allerdings dürfte die zuletzt genannte Alternative in der Praxis nicht leicht durchzuführen sein, gerade was aus dem Ausland einmalig nach Deutschland verliehene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betrifft.

### 4. Haftung des Entleihers

Eine Regelung, wonach der Entleiher als **Bürge** für Lohnansprüche von Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmern gegen den Verleiher haftet, erscheint als ein probates Mittel, um sicher zu stellen, dass einschlägige gesetzliche Vorgaben auch tatsächlich eingehalten werden. Das hält Unternehmen davon ab, mit zweifelhaften Verleihern zusammenzuarbeiten, und motiviert, die Zuverlässigkeit von Anbietern sorgfältig zu prüfen (vgl. etwa: §§ 15a Abs. 1 und 2, 16 Abs. 1 Nr. 1, 1a und 1b AÜG, vor allem aber: § 14 AEntG).

Eine derartige Regelung wäre auch nicht von vorneherein unverhältnismäßig. Entleiher müssen auch ansonsten einer Vielzahl von Prüf-, Melde- und Dokumentationspflichten nachkommen. Ohnehin unterliegen sie der (nicht auf das Baugewerbe beschränkten) sozialrechtlichen Bürgenhaftung nach § 28e Abs. 2 SGB II. Schließlich sehen auch andere Rechtsordnungen eine derartige Entleiherhaftung vor (etwa: § 10 I S. 3 österr. AÜG) und zwar auch, was equal-pay-Ansprüche entliehener Beschäftigter betrifft (die in Österreich nicht, auch nicht für die Tarifpartner, disponibel sind). Vorsorglich sollte klar gestellt werden, dass für einschlägige Zahlungsansprüche ein Gerichtsstand im Inland begründet ist.

Umgekehrt erscheint die Besorgnis von Unternehmen aber auch nicht unbegründet, dass sie durch eine derartige Regelung nicht kalkulierbaren Haftungsrisiken ausgesetzt sein könnten. Derartigen Befürchtungen ließe sich Rechnung tragen, indem die Einstandspflicht auf **Mindestlohnansprüche** entliehener

<sup>7</sup> Schüren/Wank, RdA 2011, 1, 8.

Beschäftigter begrenzt wird. Zudem erschiene denkbar, die Haftungspflicht entfallen zu lassen, wenn der Entleiher nachweist, dass er den Verleiher sorgfältig ausgewählt und zumutbare Prüf- und Überwachungsmaßnahmen dafür getroffen hat, dass dieser seiner Mindestlohnverpflichtung nachkommt. So wäre er etwa in Fällen, in denen er durch den Verleiher getäuscht wurde, nicht haftbar.

## II. Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus MOE-Staaten

In arbeitsmarkt- und sozialpolitischer Hinsicht wäre es weder aus nationaler noch aus europäischer Perspektive hinnehmbar, wenn inländische Arbeitgeber Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus den Beitrittsländern zu schlechteren Arbeitsbedingungen einstellen könnten als denjenigen, die für inländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten. Das gilt selbst dann, wenn es sich dabei nicht um regelrechte Niedrig- oder Dumpinglöhne handeln sollte.

Das lässt die Forderung nach einem **Gleichbehandlungsgebot** verständlich erscheinen, das eine derartige Ungleichbehandlung verhindert. Doch ergibt sich ein solches bereits aus den **europarechtlichen Diskriminierungsverboten** der Art. 45 AEUV u. 7 I u. IV VO 1612/68<sup>8</sup>. Danach darf ein Arbeitgeber Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten nicht schlechter behandeln als inländische Arbeitnehmer, was deren Arbeitsbedingungen, insbesondere deren Entlohnung betrifft. Beide Regelungen wirken als Primär- bzw. Ordnungsrecht auch im Verhältnis unter Privaten unmittelbar, lassen diskriminierende Bestimmungen in Tarif- oder Arbeitsverträgen unwirksam werden und bewirken zu Gunsten der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine Anpassung nach oben.

Eine andere Frage ist freilich, inwieweit dieses Gleichbehandlungsgebot in der Praxis beachtet werden wird. Offenbar sind die einschlägigen Diskriminierungsverbote eher unbekannt. Sollte im Betrieb im Übrigen eine kollektive Vergütungsstruktur vorherrschen, mag der Betriebsrat über sein Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG oder sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG versuchen, die willkürliche Herausnahme von Beschäftigten aus den MOE-Staaten aus der ansonsten betriebsüblichen Vergütungsstruktur zu verhindern. Öffentlich-rechtliche Sanktionen bestehen nicht und sind auch nicht ohne weiteres regelbar. Allenfalls mag denkbar erscheinen, den Katalog der verbotenen Anknüpfungsmerkmale in § 1 AGG um das Tatbestandsmerkmal der „Staatsangehörigkeit“ zu erweitern.

## III. Entsendung von Arbeitnehmern durch ausländische Dienstleister ins Inland

### 1. Verhinderung sittenwidriger Bezahlung

Nach der Rechtsprechung Bundesarbeitsgerichts ist eine Entlohnung i.S.d. § 138 BGB sittenwidrig, wenn sie nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffen-

den Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht.<sup>9</sup>

Es erscheint zunächst naheliegend, diese Rechtsprechung auch auf ausländische Arbeitgeber zu erstrecken. Ob das allerdings besonders **effektiv** wäre, ist fraglich, da der verbleibende Lohnabstand von 33% sich als immer noch sehr beachtlich erweist. Bedeutung würde eine derartige Regelung also eher nur (aber immerhin) für besser qualifizierte Arbeitnehmer erlangen, die im Inland in höhere Lohngruppen einzugruppieren wären und von einem etwaigen Mindestlohn deutlich entfernt sind.

Will man diese Rechtsprechung tatsächlich auf ausländische Dienstbringer erstrecken, bedürfte es m.E. einer entsprechenden Ergänzung des AEntG bzw. einer allgemeinen Regelung, die diese Grenze zu einer international-privatrechtlichen **Eingriffsnorm i.S.d. Art. 9 I Rom-I-VO** erklärt. § 2 Nr. 1 AEntG bisheriger Fassung reicht hierzu alleine nicht, weil es sich bei der genannten Rechtsprechung um keine „Rechts- bzw. Verwaltungsvorschrift“ handelt<sup>10</sup>. Hin-zukommt, dass Art. 3 I lit. c EntsendeRiL eine hoheitliche Regelung bedingt. Überdies müsste eine an § 15 AEntG angelehnte Regelung geschaffen werden, die zu Gunsten entsandter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einen Gerichtsstand im Inland begründet.

Zu beachten ist indes, dass eine derartige Regelung – jedenfalls auf Grundlage der gegenwärtigen Rechtsprechung des EuGH – **europarechtlich bedenklich** wäre. Sie würde nämlich ein „relatives“ und überdies stark fallabhängiges Mindestlohniveau vorgeben und überdies im Umfang von 66% gesamte Tarifgitter als verbindlich vorschreiben. Das wäre mit den Vorgaben des EuGH in Sachen Laval, Ruffert und Kommission/Luxemburg<sup>11</sup> nicht ohne weiteres zu vereinbaren. Jedenfalls was mittlere und untere Lohngruppen angeht, erscheint daher die Vorgabe eines **allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns** als der besser geeignete Weg zur Erreichung des angestrebten Ziels.

### 2. Allgemeiner Mindestlohn

Der sicherlich einfachste Weg, einem nicht hinnehmbaren Lohnwettbewerb durch ausländische Dienstleister vorzubeugen, wäre die Vorgabe eines allgemeinen, gesetzlichen Mindestlohns als elementare Lohnuntergrenze. Dieser würde sich über § 2 AEntG auf ausländische Dienstleister erstrecken und zwar ohne, dass Konflikte mit der Dienstleistungsfreiheit des EU-Vertrags (Art. 57 AEUV) drohen. Damit bestünde eine allgemeine unterste Lohngrenze, die jede Branche und jede Tätigkeit erfasst. Das stellt sicher, dass einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht auf Grund etwaiger Lücken im Regelungskatalog des AEntG durch dessen Mindestlohnraaster fallen. Überdies ließen sich an die Unter-

<sup>8</sup> VO v. 15. 10. 1968, Abl. L 257/2 betreffend die Freizügigkeit der Arbeitnehmer.

<sup>9</sup> BAG 22.4.2009, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

<sup>10</sup> Dazu zusammenfassend meine Darstellung in NZA 2010 S. 1157, mit Nachw. zur Gegenansicht in Fn. 2.

<sup>11</sup> Fn. 12.

schreitung des Mindestlohns relativ zwanglos deutliche Sanktionen knüpfen, weil sich für Marktteilnehmer keinerlei das Risiko ergibt, dass sie die nicht immer auf den ersten Blick durchschaubaren Lohnstrukturen einschlägiger Mindestlohtarifverträge nach dem AEntG verkennen.

### 3. Generalisierung des „fachlichen“ Geltungsbeereichs des AEntG

Ob sich eine Erstreckung des Anwendungsbereichs des AEntG auf sämtliche Wirtschaftsbranchen als sinnvoll erweist, erscheint fraglich.

Für eine Aufnahme von Branchen mit diversifizierten und „guten“ Lohnstrukturen besteht kein Bedarf. Ein weiträumiger Einbezug des produzierenden Gewerbes ist nicht notwendig, jedenfalls nicht im Hinblick auf die anstehende vollständige Herstellung der Dienstleistungsfreiheit zu Gunsten der MOE-Staaten. Branchen, die sich als für inakzeptable Niedriglöhne besonders anfällig erweisen, sind weitgehend (wenn auch nicht vollständig) durch das AEntG erfasst. Eine Generalisierung des Anwendungsbereichs des AEntG würde also nur sicherstellen, dass Mindestlöhne in den wenigen Randbereichen erlassen werden können, die derzeit nicht durch § 4 AEntG erfasst werden. Für diese dürfte sich ein allgemeiner Mindestlohn aber als eindeutig besserer Weg erweisen. Dass für diese Branchen meist auch der Erlass einer Mindestlohnverordnung in Betracht käme (vgl. § 1 Abs. 2 MiArbG), sei am Rande erwähnt.

### 4. Verhältnis zwischen Mindestlohtarifverträgen und günstigeren Tarifbedingungen

§ 8 Abs. 1 AEntG (und gleichermaßen § 8 Abs. 1 MiArbG) regelt bereits nach geltender Rechtslage, dass zwingende Arbeitsbedingungen i.S. dieser Gesetze nur Mindestanforderungen darstellen. Ist der Arbeitgeber an günstigere Individual- oder Tarifabreden gebunden, gehen diese den Mindestbedingungen des AEntG vor.<sup>12</sup>

### 5. Auftraggeberhaftung für Mindestlohnansprüche entsandter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Eine **Bürghaftung** eines Unternehmens für Mindestlohnansprüche von Beschäftigten eines anderen Unternehmens, an den dieses einen Werk- oder Dienstleistungsauftrag vergeben hat, kann sich als durchaus sinnvoll erweisen, um sicher zu stellen, dass Unternehmen nur zuverlässige Werk- bzw. Dienstvertragsnehmer beauftragen (s. d. Ausführungen zur parallelen Situation im Arbeitnehmerüberlassungsrecht: oben I.5.). Das gilt zwar unabhängig davon, ob es sich bei dem Werk- bzw. Dienstvertragsnehmer um ein inländisches oder ausländisches Unternehmen handelt. Indes erlangt eine Auftraggeberhaftung gerade was Anbieter aus MOE-Staaten betrifft, besondere Bedeutung, weil sie auf Grund des niedrigen Lohnniveaus in ihrem Heimatstaat besonders häufig inländischen Mindestlohnregelungen unterliegen werden.

<sup>12</sup> hM, s. ErfK/Schlachter, 11. Aufl., 2011, § 8 AEntG Rn. 2

Freilich scheint eine dahingehende **Auftraggeberhaftung** bereits durch den geltenden § 14 AEntG angeordnet. Dessen Wortlaut spricht von einem „Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt.“ In die gleiche Richtung geht die Gesetzesbegründung.<sup>13</sup>

Das Bundesarbeitsgericht hat § 14 AEntG bislang allerdings einschränkend dahingehend ausgelegt, dass sie sich nur an einen **Generalunternehmer** wendet, der „eigene“ Aufträge (teilweise) an Subunternehmer weiter gegeben hat<sup>14</sup>. Der Gesetzgeber könnte, namentlich durch eine explizite (zusätzliche) Erwähnung einer Generalunternehmerhaftung in § 14 AEntG klarstellen, dass sich die Norm im Übrigen auch an andere Auftraggeber richtet.

Doch darf es zu **keiner** völlig **pauschalen Auftraggeberhaftung** kommen. Es ginge zu weit, wenn Unternehmen bei der Vergabe eines jeden Auftrags, und sei er auch noch so geringfügig, einer Mindestlohnhaftung ausgesetzt wären. Eine Auftraggeberhaftung ist vielmehr nur dann rechtfertigbar, wenn sich begründen lässt, warum der Auftraggeber im konkreten Fall den Auftragnehmer hätte sorgfältiger auswählen sollen und überdies prüfen müssen, ob dieser seinen Mindestlohnverpflichtungen nachkommt. Denkbar wäre also etwa, die Haftung erst ab einem vernehmbaren Schwellenwert (Auftragsvolumen, Mindestlaufzeit bei Dienstleistungsaufträgen) einsetzen zu lassen. Auch sollte die Haftung entfallen, wenn der Entleiher nachweist, dass er zumutbare Prüf- und Überwachungsmaßnahmen durchgeführt hat (oben I.5.). Gegebenenfalls mag die Haftung auf die für Mindestlohnverstöße besonders anfällige Baubranche beschränkt bleiben.

### 6. Tariftreue als Vergabekriterium, Erweiterung der Entsenderichtlinie

Angesichts eines möglicherweise über Lohnkosten geführten Verdrängungswettbewerbs auf dem Dienstleistungssektor, erschiene es wenig förderlich, wenn die öffentliche Hand gezwungen wäre, öffentliche Aufträge auch dann an den jeweils günstigsten Anbieter zu vergeben, wenn dieser im Inland vorherrschende Lohnniveau massiv unterschreitet oder sich allenfalls an Mindestlohnvorgaben orientiert. Die **(Wieder-)einführung von Tariftreueverlangen** im Vergaberecht erschiene sinnvoll, ist indes durch die Rspr. des EuGH versperrt.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> BT-Drs 14/45, S. 26; BT-Drs. 542/08, S. 19; ähnlich auch zu § 1a AEntG 1998: BT-Drs 14/45, S. 26; BT-Drs. 542/08, S. 19).

<sup>14</sup> BAG 28. 3. 2007, 10 AZR 76/06, NZA 2007, 613; BAG 6. 11. 2002, 5 AZR 617/01, BAGE 113 S. 149 = DB 2005 S. 1061; ebenso: ErfK/Schlachter, 11. Aufl. 2011, § 14 AEntG Rdn. 3; HWK/Tillmanns, 4. Aufl. 2010, § 14 AEntG Rdn. 1; Thüsing/Mohr, AEntG, 2009, § 14 Rdn. 16; a.A. aber: Däubler/Lakies, TVG, 2. Aufl. 2006, Anh. 2 zu § 5, § 1a AEntG 1998 Rdn. 9; Koberski/Asshoff/Hold, AEntG, 2. Aufl. 2002, § 1a AEntG 1998 Rdn. 11; ErfK/Hanau, 2. Aufl. 2002, § 1a AEntG 1998 Rdn. 2; Dörfler, Nettolohnhaftung nach AEntG, 2002, S. 22.

<sup>15</sup> EuGH v. 3.4.2008, C-346/06, Slg 2008, I-1989 = NJW 2008, 3485, Ruffert; 18.12.2007, C- 341/05, Laval, Slg 2007,

Daher wäre es günstig, wenn auf europäischer Ebene eine Änderung des europäischen Vergaberechts bzw. der Entsenderrichtlinie versucht würde, so dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit zur Vorgabe von Tariftreueklauseln wieder zurück gewinnen. Würde dabei eine entsenderechtliche Lösung angestrebt, sollte das nicht über den vagen Günstigkeitsbegriff des Art. 3 Abs. 7 EntsendeRiL geschehen, sondern durch die Aufnahme einer eindeutigen Regelung in die Richtlinie, die Tariftreueverlangen explizit für zulässig erklärt.

Unabhängig von möglichen politischen Widerständen auf europäischer Ebene, sollte der denkbare Erfolg eines derartigen Vorhabens aber nicht überschätzt werden. Der EuGH macht die Europarechtswidrigkeit von Tariftreueverlangen ja nicht alleine daran fest, dass die Entsenderrichtlinie keine Tariftreueklauseln vorsieht, sondern auch daran, dass solche Regelungen gegen die Dienstleistungsfreiheit des EU-Vertrags (Art. 57 AEUV) verstoßen sollen (s. insb. EuGH, Ruffert, aaO, Rn. 36 ff.). Es könnte daher sein, dass der EuGH eine Novellierung der Vergabeverordnungen oder der Entsenderrichtlinie, die Tariftreueverlangen zulässt, ebenfalls als primärrechtswidrig kassiert. Ein entsprechendes Vorhaben benötigt daher einen langen Atem, da es möglicherweise einer dahingehenden Klarstellung der Dienstleistungsregeln im AEUV selbst bedarf.

Schon aus diesem Grund erweist sich eine Novellierung der Entsenderrichtlinie als wenig erfolgversprechend, die es Mitgliedstaaten ermöglichen würde, Arbeitsbedingungen nach eigenen Vorstellungen und damit ggf. auch gesamte Lohntarifverträge auf EU-Ausländer zu erstrecken. Ein derartiges Vorhaben wäre aber auch deshalb nicht wirklich zielführend, weil in Deutschland Lohntarifverträge in ihrer Gesamtheit allenfalls in Ausnahmefällen auf Außen-seiter erstreckt werden.

Richtig erschiene indes eine Klarstellung der Entsenderrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten nicht nur eine für alle Arbeitsverhältnisse Geltung beanspruchende Lohnuntergrenze als Mindestlohn, sondern auch angemessen ausdifferenzierte Lohnuntergrenzen vorgeben dürfen, so wie das im Geltungsbereich des AEntG derzeit Fall ist (Branche, qualifizierte und unqualifizierte Arbeitnehmer, West/Ost). Zwar sollte bereits der gegenwärtige Wortlaut der Richtlinie dies zulassen und auch hat der EuGH an solchen Ausdifferenzierungen bislang keinen Anstoß genommen. Indes könnte mit einer entsprechenden Änderung der Entsenderrichtlinie einer nicht auszuschließenden weiteren Verengung des entsenderechtlichen Erstreckungsinstrumentariums durch den EuGH vorgebeugt werden. Vorsorglich sollte auch der Halbsatz gestrichen werden, wonach tariflohngestützte Mindestlöhne nur in den im Anhang zur Richtlinie genannten Branchen erstreckt werden können (§ 3 Abs. 1 ES, 2. Spiegelstrich, 2. Hs. RiL). Die Erstreckung von Mindestlöhnen auf nicht im Anhang genannte, aber in das AEntG aufgenommene Branchen muss derzeit über die sog. Gebhard-

Formel erfolgen, was Interpretationsrisiken mit sich bringt.

## 7. Scheinselbständigkeit

Die Abgrenzung zwischen Selbständigen und abhängig Beschäftigten vollzieht sich jeweils nach dem Recht des Ortes, an dem das Arbeitsverhältnis begründet werden soll und mithin nach deutschem Recht, zumindest dann, soweit deutsche Gerichte angerufen werden (str.). Scheinselbständige Ausländer unterliegen nach Art. 11 Abs. 3 lit.a VO 883/2004 der deutschen Sozialversicherung. Daher dürften alleine durch die Herstellung der vollständigen Arbeitnehmerfreizügigkeit an dieser Stelle keine besonderen Probleme ergeben, freilich abgesehen davon, dass eine wirklich griffige Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen im Graubereich der Scheinselbständigkeit bis heute nicht wirklich gelungen ist.

Angesichts der Erfahrungen der mittleren 1990er Jahre im Bausektor erscheint allerdings nicht ausgeschlossen, dass Personen, die an sich als sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer zu qualifizieren wären, sich dem deutschen Sozialrecht entziehen, indem sie eine im Heimatstaat und aus hiesiger Sicht zu großzügig ausgestellte **A1 Bescheinigungen** (früher E 101) vorlegen, die sie als Selbständige ausweisen. Derartige Bescheinigungen sind für die Behörden des Empfangsstaats verbindlich (s. Art. 5 I u. 19 VO 987/2009). Sozialversicherungsträger und Arbeitsagenturen sollten angehalten werden, die Ausstellungspraxis von A1-Bescheinigungen durch ausländische Sozialversicherungsträger sorgfältig zu beobachten. Ergeben sich vermehrt Bedenken gegen derartige Bescheinigungen sollte auf europäischer Ebene geprüft werden, ob der Empfangsstaat die Bindungswirkung in begründeten Fällen nicht auf leichterem Weg erschüttern kann, als durch das komplizierte und letztlich zu unverbindlich gehaltene Verfahren nach Art. 5 Abs. 4 VO 987/2009.

## IV. Zusammenfassung

1. Die vollständige Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit zu Gunsten Angehöriger der MOE-Staaten wird aller Voraussicht nach nicht zu unbeherrschbaren Verwerfungen auf dem deutschen Arbeitsmarkt führen. Dessen ungeachtet empfehlen sich aber einzelne flankierende Regelungen. Vernehmbare Probleme könnte die grenz-überschreitende Arbeitnehmerüberlassung bereiten, die mit dem 1.5.2011 deutlich an Bedeutung gewinnen wird. Sie bedingt eine Anpassung des AUG.

2. Die Leiharbeitsbranche benötigt einen Mindestlohn. Der am 24.3.2011 beschlossene verleiherechtliche Mindestlohn muss rasch Gesetz werden. Die angestrebten Regelungen erscheinen aber noch ergänzungsbedürftig. Die Sanktionen, die an eine Mindestlohnunterschreitung anknüpfen, erweisen sich als zu schwach (insb.: Ordnungswidrigkeiten). Melde- und Dokumentationspflichten wären an das AEntG anzupassen. Wichtige Reaktionsmöglichkeiten fehlen (Verhängung von Bußgeldern gegen den Entleiher, Ausschluss, auch des Entleihers, von öffentlichen Vergabeverfahren). Der Anwendungsbe- reich des § 10 Abs. 5 AUG wäre klarzustellen.

I-11767 = NZA 2008, 159; 19.6.2008, C-319/06, Slg 2008, I-4323 = NZA 2008, 865 Kommissi-on/Luxemburg.

3. Die Möglichkeit, durch Bindung an einen dispensierenden Tarifvertrag vom überlassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot („equal-pay“) abweichen zu können, wäre zeitlich zu begrenzen. Ausländische Verleihunternehmen können nämlich eine entsprechende Befreiung auch auf der Grundlage heimischer Tarifverträge beanspruchen. Das zwischen Deutschland und den MOE-Staaten bestehende Lohngefälle könnte so im Ergebnis dazu führen, dass auf dem inländischen Überlassungsmarkt eine Lohnspirale nach unten eintritt, die auf Dauer selbst mittlere Lohngruppen in Richtung des Branchenmindestlohns drücken könnte.

4. Der Entleiher sollte als Bürge für Mindestlohnansprüche von Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmern in Anspruch genommen werden können, es sei denn, er weist nach, dass er in zumutbare Prüfmaßnahmen vorgenommen hatte, auf Grund derer er davon ausgehen konnte, dass der Verleiher seiner Mindestlohnverpflichtung nachkommt.

5. Die Art. 45 AEUV u. 7 I u. IV VO 1612/68 verbieten eine Schlechterbehandlung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern alleine auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit. Jedenfalls rechtlich gesehen ist die Besorgnis unbegründet, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus MOE-Staaten im Inland massenhaft zu Niedrig- oder Dumpinglöhnen beschäftigt werden könnten.

6. Die Verhinderung sittenwidriger Löhne in Arbeitsverhältnissen zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen ins Inland entsandten Belegschaftsmitgliedern über eine Erstreckung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf einschlägige Arbeitsverhältnisse ist nicht möglich. Ein Einbezug aller Branchen in das AEntG kann nicht empfohlen werden. Den Vorzug verdient die Vorgabe eines allgemeinen, gesetzlichen Mindestlohns als elementare Lohnuntergrenze.

7. Die Wiedereinführung von Tariftreueverlangen im Vergaberecht bedarf der Vorarbeit auf europäischer Ebene. Nimmt man den EuGH allerdings beim Wort, wäre hierzu weder eine Anpassung der Entsenderichtlinie, noch des europäischen Vergaberechts ausreichend. Viel mehr bedürfte es einer Klarstellung des Umfangs der Dienstleistungsfreiheit im AEUV selbst. Für das Erste sollten aber jedenfalls „kleinere“ Änderungen der Entsenderichtlinie angestrebt werden.

8. Sozialversicherungsträger und Arbeitsagenturen sollten angehalten werden, die Ausstellungspraxis von A1-Bescheinigungen durch ausländische Sozialversicherungsträger sorgfältig zu beobachten. Sollten sich Missbrauchsfälle häufen, wäre auf europäischer Ebene zu reagieren.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
17. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 17(11)469**

30. März 2011

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 4. April 2011 in Berlin

- a) Antrag der Abgeordneten Josip Juratovic, Anton Schaaf, Anette Kramme, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Faire Mobilität und soziale Sicherung – Voraussetzungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit ab 1. Mai 2011 schaffen (Drucksache 17/4530)

- b) Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann, Sabine Zimmermann, Diana Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial gestalten (Drucksache 17/5177)

**Dr. Frank Lorenz, Düsseldorf****I. Meldepflichten bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen und deren Vereinbarkeit mit EU-Recht**

Mit der Aufhebung der bisherigen Beschränkungen der Freizügigkeit zum 1.5.2011 gilt auch für die Staatsangehörigen aus den MOE-Beitrittsstaaten Polen, Tschechien, Slowakei, Slowenien, Ungarn, Lettland, Litauen und Estland eine der vier wesentlichen Grundfreiheiten des Europäischen Vertrages.

Inwieweit Staatsangehörige dieser Mitgliedstaaten von der Freizügigkeit Gebrauch machen, um in der Bundesrepublik Deutschland eine Beschäftigung aufzunehmen, lässt sich derzeit schwer quantifizieren. Erfahrungen über Wanderungsbewegungen in der Vergangenheit belegen allerdings, dass der Anteil derjenigen, die in einen anderen EU-Mitgliedstaat eine Beschäftigung zu den dortigen Bedingungen aufnehmen, äußerst gering ist. Unmittelbare negative Auswirkungen einer derartigen Mobilität auf Arbeits- und Sozialrechtsstandards sind nicht zu erwarten, da die Beschäftigung ja gerade zu den Bedingungen des neuen Aufenthaltsstaates ausgeübt wird.<sup>16</sup>

Anders verhält es sich in Bezug auf diejenigen Beschäftigten, die im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses in einem der genannten MOE-Staaten z.B. in die Bundesrepublik Deutschland entsandt werden. Diese Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden nach

wie vor zu den Bedingungen ihres Herkunftsstaates beschäftigt, soweit nicht im Zielland besondere Regelungen auf derartige Entsendungstatbestände Anwendung finden. Das ist aber wie z.B. im Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) nur ausnahmsweise der Fall. Dabei hat die zum 1.5.2011 wirksam werdende Freizügigkeit auch für die entsandten Beschäftigten aus den MOE-Staaten erhebliche Auswirkungen, weil die bisherigen arbeitserlaubnis- und aufenthaltsrechtlichen Beschränkungen entfallen. Gleichzeitig sind auch die bisherigen Beschränkungen in Bezug auf die Dienstleistungen nicht mehr vorhanden; das betrifft insbesondere das Verbot der Entsendung im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses. Unabhängig davon bestehen keinerlei Beschränkungen bei der Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Dienstleistung nach Art. 4 Nr. 1 der EU-Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) (DL-RL) jede von Art. 57 AEUV erfasste selbständige Tätigkeit ist. Dienstleistungen in dem Sinn sind Tätigkeiten, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht von den Vorschriften über den freien Kapitalverkehr oder über die Freizügigkeit der Personen erfasst werden. Dienstleistungen sind danach insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten. Dieser Dienstleistungsbegriff geht weit über das traditionelle volkswirtschaftliche Verständnis von Dienstleistungen hinaus.

Angesichts dessen wäre es notwendig, die Auswirkungen der Erweiterung von Freizügigkeit und

<sup>16</sup> Vgl. Herbert Brücker/Timo Baas, Arbeitsmarktwirkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit für neuen Mitgliedstaaten der EU aus Mittel- und Osteuropa, Bonn 2010.

Dienstleistungsfreiheit für die MOE-Staaten zumindest quantifizieren zu können, um hieraus rechtlichen und sozialpolitischen Handlungsbedarf abzuleiten. Schon 2007 hat der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss angesichts der Verabschiedung der Dienstleistungs-Richtlinie moniert, dass statistische Daten zur Quantifizierung des grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Niederlassungsverkehrs fehlen<sup>17</sup>. Dennoch fehlt eine eigene Statistik über die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach Deutschland. Im Rahmen der Umsetzung der Dienstleistungs-Richtlinie ist sogar eine der wenigen Möglichkeit, hierüber Anhaltspunkte zu gewinnen, im Gewerberecht abgeschafft worden. Dies ist umso überraschender, als eine entsprechende Erfassung europarechtskonform wäre. Es kann daher vermutet werden, dass der Verzicht auf eine Erfassung außerrechtliche Gründe hat.

Im Folgenden sollen einige der bestehenden Meldepflichten näher beleuchtet werden:

### 1. Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)

Im Fall der Entsendung ausländischer Arbeitnehmer nach Deutschland durch einen Leistungsanbieter, der seinen Sitz nicht in Deutschland hat, regelt das Arbeitnehmerentendegesetz (AEntG) für die darin aufgenommenen Branchen in § 18 Vorgaben zur Meldepflicht für den aus dem EU-Ausland entsendenden Arbeitgeber. Diese gelten aber nur für die im AEntG aufgenommenen Branchen. Weiterhin erfordert die Meldepflicht, dass auf das Arbeitsverhältnis ein allgemein verbindlicher Tarifvertrag Anwendung findet oder eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales die Anwendung eines Tarifvertrages anordnet. Vom AEntG werden derzeit gemäß § 4 die Baubranche, die Gebäudereinigung, die Briefdienstleistungen, die Sicherheitsdienstleistungen, die Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, die Wäschereidienstleistungen, die Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst und die Aus- und Weiterbildungen nach SGB II und SGB III erfasst.

Bei grenzüberschreitender Leiharbeit trifft die Meldepflicht gem. § 18 Abs. 3 AntG den Entleiher. Bei Schichtarbeit oder mobiler Tätigkeit ist eine Einsatzplanung vorzulegen. Eine ausschließlich mobile Tätigkeit liegt insbesondere bei der Briefzustellung, der Abfallsammlung, der Straßenreinigung und dem Winterdienst vor. Ambulante Pflegeleistungen stehen einer ausschließlich mobilen Tätigkeit gleich.

Diese Meldepflichten verstoßen nach zutreffender Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV.<sup>18</sup>

### 2. Handwerksordnung (HandwO)

Wenn ein in Deutschland erlaubnispflichtiges Handwerk gem. Anlage A zur HandwO ausgeübt wird,

bedarf es nach §§ 7 ff. der EU/EWR-Handwerk-Verordnung der Meldung bzw. Anzeige bei der Handwerkskammer, in deren Bezirk die erstmalige Tätigkeit ausgeübt wird zwölf Monate nach der letzten Anzeige ist die Anzeige zu wiederholen, wenn ein weiteres Tätigwerden beabsichtigt ist. Bei erlaubnisfreien handwerklichen Tätigkeiten besteht jedoch keinerlei Meldepflicht.

### 3. Einkommenssteuergesetz (EStG)

Bei der Erbringung von Bautätigkeiten folgt eine indirekte Meldepflicht aus dem Einkommenssteuerrecht: Wer Bauleistungen in Anspruch nimmt, darf an den Bauunternehmer gem. §§ 48 ff. EStG nur 85 % der vereinbarten Vertragssumme zahlen, die übrigen 15 % sind vom Auftraggeber an das zuständige Finanzamt zu zahlen. Der Bauunternehmer muss dann die ausstehenden 15 % vom Finanzamt zurückfordern. Hiervon sind nur Bauunternehmer befreit, die eine Freistellungsbescheinigung haben oder deren Umsatz unter 5.000 € jährlich liegt oder bei Leistungen, die allein für private Zwecke erbracht werden. Das gilt auch für Bauunternehmer aus dem EU-Ausland<sup>19</sup> ().

### 4. SOKA Bauwirtschaft

Den Sozialkassen der Bauwirtschaft ist zu bescheinigen, wenn ein Arbeitgeber in dem Staat, aus dem er Bauarbeiter entsendet, Beiträge an eine vergleichbare Einrichtung, wie z.B. eine Urlaubskasse abführt. Dann kann eine Befreiung von der Teilnahme am deutschen Urlaubskassenverfahren erfolgen. **Hierzu sind den Sozialkassen die Stammdaten des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer, Bescheinigungen über den Betrieb des Arbeitgebers sowie die monatlichen Bruttolöhne und Beschäftigungszeiten anhand von Originaldokumenten mitzuteilen.**

### 5. SGB VI

Im Übrigen sieht § 150 Abs. 3 SGB VI eine zentrale Speicherung der Daten vor, die sich aus der Entsendebescheinigung der Träger eines anderen EU-Mitgliedstaates (A1) ergeben. Aufgrund der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 soll zukünftig 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 angezeigt werden.

### 6. Gewerbeordnung (GewO)

Anders als § 14 GewO es für inländische Gewerbetreibende vorsieht, ist mit der Novellierung der GewO in § 4 die Anzeigepflicht für grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringungen, die unter die Dienstleistungsrichtlinie fallen, abgeschafft worden. Dies war weder europarechtlich geboten noch ist es sinnvoll. Die Pflicht zur Anmeldung verstößt nur dann gegen die Dienstleistungsfreiheit gem. EU-Recht, wenn die Zulässigkeit der Tätigkeitsaufnahme im Zielland von der Genehmigung abhängt. Die bloße Verpflichtung zur Anmeldung ist, auch wenn sie mit Sanktionen hinterlegt ist, europarechtskon-

<sup>17</sup> Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Binnenmarkt für Dienstleistungen – Anforderungen des Arbeitsmarktes und Erfordernisse des Verbraucherschutzes“, Initiativstellungnahme vom 30.5.2007

<sup>18</sup> BAG v. 20.7.2004 – 9 AZR 343/03.

<sup>19</sup> a.A. FG Berlin-Brandenburg, 8.7.2008, 13 V 9389/07.

form<sup>20</sup>. 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 rechtmäßig<sup>21</sup>.

Durch die unnötige Abschaffung gerade der allgemeinen Meldepflicht im Gewerberecht sind etwaige Umgehungstatbestände schwer erkennbar, weil die zuständigen Behörden keinerlei Anhaltspunkte dazu haben, wo sich mögliche Entsendungstatbestände ereignen.

Unabhängig von der notwendigen Ausweitung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und damit der darin enthaltenen Kontrollmöglichkeiten sollte gerade die gewerberechtliche Meldepflicht wieder eingeführt werden, um auch Umgehungen durch eine vermeintlich selbständige Tätigkeit zu verhindern.

## II. Nutzung der Dienstleistungsfreiheit durch niedergelassene Scheindienstleister

Die in Art. 49 AEUV verankerte Niederlassungsfreiheit umfasst das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten und zur Gründung und Leitung von Unternehmen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedsstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates. Der EuGH definiert die Niederlassung als die „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.<sup>22</sup> Während die Niederlassung dauerhaft, kontinuierlich, häufig und regelmäßig wiederkehrend ist und zu einer stabilen und kontinuierlichen Integration in das Wirtschaftsleben des Mitgliedstaates führt, ist der Charakter der Dienstleistung nur vorübergehender Natur.

Angesichtes der grundlegenden Bedeutung der Unterscheidung dieser Begrifflichkeiten ist es umso erstaunlicher, dass eine eindeutige Abgrenzung der Definitionen in Art. 10 Abs. 4 der EU-Dienstleistungsrichtlinie nicht erfolgt ist. Dies gewinnt mit der zum 1.5.2011 einsetzenden einschränkungslosen Dienstleistungsfreiheit in Form der Entsendung von Beschäftigten aus den MOE-Staaten besonders an Bedeutung.

Durch eine Verwässerung der Abgrenzung der beiden Grundfreiheiten wird eine unklare Rechtslage geschaffen und Missbrauchsmöglichkeiten eröffnet. Zum Beispiel kann anhand der Dienstleistungsrichtlinie die Unterscheidung zwischen der Errichtung einer Niederlassung in Form einer Agentur und die nur vorübergehende Erbringung einer Dienstleistung im Aufnahmemitgliedstaat durch die Nutzung eines Büros nicht eindeutig vorgenommen werden. Den

<sup>20</sup> Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 9 Rn. 20

<sup>21</sup> Tettinger/Wank, GewO, § 14 Rn. 93; VerwG Lüneburg 11.6.1997, 5 A 118/96, NVwZ-RR 1998, 427

<sup>22</sup> EuGH v. 15.07.1991, Rs. C-221/89 – Facortame, Slg. 1991, I-3905; v. 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 Art, Slg. 2003, I-10155; v. 1.6.2010, Rs. C-571/07 – Perez – Gomez.

Ermessensspielraum für konkretisierende Regelungen hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen seiner Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie bisher nicht genutzt, sondern die aus der Richtlinie folgenden Unklarheiten und Lücken bestehen lassen. Notwendig wäre es aber, dass gesetzliche Mindestkriterien für die Abgrenzung von Niederlassung und Dienstleistung aufgestellt werden. Die bestehende unscharfe Abgrenzung zwischen den Begriffen und die weitgehende Liberalisierung der Niederlassungsregeln in der Dienstleistungsrichtlinie verleiten zum Missbrauch: „Scheindienstleister“ können unterhalb der Schwelle der Niederlassungsfreiheit tätig werden, obwohl sie tatsächlich in einer festen Einrichtung geschäftlich tätig sind. Daraus folgen entgangene Steuereinnahmen, fehlende Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen und ein Leerlaufen von Auflagen zum Verbraucher- und Anlegerschutz, weil sie sich nur an „echte“ Niederlassungen richten. Unter Berücksichtigung des hergebrachten Betriebsbegriffes im Betriebsverfassungsgesetz scheitert auch eine Vertretung der Beschäftigten, da keine Betriebsräte eingerichtet werden können.

Hinsichtlich des Begriffs der Betriebsstätte könnte hier im deutschen Recht an die steuerrechtliche Regelung des § 12 Abgabenordnung (AO) angesetzt werden. Bauausführungen oder Montagen gelten danach u.a. als Betriebsstätten, wenn die einzelne Bauausführung oder Montage länger als sechs Monate dauert. Der Betreiber einer solchen Betriebsstätte ist automatisch im Inland steuerpflichtig. Es wäre sinnvoll, wenn eine entsprechende gesetzliche Vermutung zu Gunsten einer festen Einrichtung i.S.d. Niederlassungsfreiheit auch in anderen Branchen existieren würde. Dann müsste der vermeintliche Dienstleistungserbringer den Beweis antreten, dass er nur eine vorübergehende Dienstleistung erbringt.

## IV. Handlungsnotwendigkeiten für die grenzüberschreitende Leiharbeit unter Berücksichtigung des aktuellen Vorschlags für eine AÜG-Novellierung

Ein besonderes Problem bereitet die grenzüberschreitende Leiharbeit. Durch die Aufhebung der Freizügigkeitsbeschränkungen ergeben sich zahlreiche Änderungen. Eine Arbeiterlaubnis ist nicht mehr erforderlich; Werkvertragsabkommen zwischen Deutschland und den neuen Mitgliedsstaaten werden hinfällig und die Vorschriften zur Bezahlung von entsandten Beschäftigten im Rahmen von Werkvertragsabkommen gelten nicht mehr. Dann können aus den neuen Beitrittsländern entsandte Arbeitnehmer legal sehr viel schlechter bezahlt werden, als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer, soweit keine andere Regelung, wie z.B. das AEntG das verhindert.

Das AÜG findet auch auf Überlassungen aus dem Ausland nach Deutschland Anwendung. Mit Eintreten der Freizügigkeit für die Beschäftigten aus den MOE-Staaten entfallen auch die bisherigen Beschränkungen beim grenzüberschreitenden Verleih von Beschäftigten.

Der Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des AÜG-Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung enthält, z.T. in Umsetzung der



EU-Leiharbeits-Richtlinie, einige Neuerungen, die geeignet sind, Mißbrauchsfälle einzudämmen. Gleichwohl ist festzuhalten, dass zahlreiche Fragen offen bleiben und die Kernprobleme der Entgelt Differenz und der Abgrenzung zu Werk- und Dienstverträgen teilweise bzw. gar nicht gelöst worden sind.

Die Erlaubnispflicht soll nunmehr nicht nur die gewerbsmäßige Überlassung, sondern jede Überlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit betreffen.<sup>23</sup> Diese aus der EU-Leiharbeitsrichtlinie herrührende Definition ist geeignet, Grenzfälle gerade bei internen Verrechnungen von Leistungen zu lösen. Auch kann die Arbeitnehmerüberlassung nun nicht mehr dauerhaft erfolgen, sondern nur vorübergehend.<sup>24</sup> Bis zur Konkretisierung des Begriffs „vorübergehend“ durch die Rechtsprechung ist es mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, wie lange eine Überlassung noch zulässig ist. Um Missbrauch zu verhindern, sind eindeutige Vorgaben auch im Sinne gesetzlicher Vermutungen ab bestimmten Zeitläufen erforderlich. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG n.F. soll die Privilegierung der Überlassung von Arbeitnehmern innerhalb einer Unternehmensgruppe zwar eingeschränkt werden. Sie fällt nur dann nicht mehr unter den Anwendungsbereich des AÜG, wenn die Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt oder beschäftigt werden. Gerade bei grenzüberschreitenden Überlassungen sind hier erhebliche Kontrollprobleme zu erwarten. Selbst bei der Vorlage von Arbeitsverträgen entsandter Beschäftigter wird sich nicht ohne weiteres erschließen lassen, ob der Einsatz in einem anderen Unternehmen derselben Gruppe von vornherein geplant oder nur Ausfluss des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts ist.

Die Einführung einer Lohnuntergrenze in § 3a n.F., die auch auf grenzüberschreitende Leiharbeit Anwendung findet, ist grundsätzlich zu begrüßen, auch wenn die dadurch beibehaltenen Lohndifferenzen größer sein werden als dies bei einer konsequenten Umsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes der Fall gewesen wäre. Eine derartige Lohnuntergrenze wird allerdings zur verstärkten Nutzung anderweitiger Umgehungstatbestände auch und gerade bei grenzüberschreitenden Sachverhalten führen, um das Vergütungsgefälle insbesondere zu den MOE-Staaten weiter auszunutzen.

Der Anwendungsbereich des AÜG insgesamt wird z.T. durch den Abschluss vermeintlicher Werk- oder Dienstverträge umgangen. Bisherige Erfahrungen mit der Scheinselbständigkeit bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen legen nahe, dass mit Hierbei wird in der Rechtsprechung für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung auf die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Bereich des Dritten und dortige Weisungsunterworfenheit abgestellt.<sup>25</sup>

Vor allem die Abgrenzung zum Dienstvertrag, bei dem kein Erfolg geschuldet ist, sondern die Bereitstellung der Dienstleistung, ist schwierig, da die Bereitstellung der Dienstleistung nicht in eigener Person erfolgen muss, sondern sich der Dienstverpflich-

tete gem. § 278 BGB eines Erfüllungsgehilfen bedienen kann. Als Unterform des Dienstvertrages kann auch ein Dienstverschaffungsvertrag vereinbart werden. Das beinhaltet die Zusage, die Dienste eines selbständigen Dritten zu verschaffen. Der Übergang von der Dienstbeschaffung zur Arbeitnehmerüberlassung liegt dann vor, wenn nicht die Dienste eines Selbständigen, sondern die von abhängigen Beschäftigten verschafft werden. Zu Abgrenzungsproblemen kommt es in den Fällen, wenn die Selbständigkeit nur vorgetäuscht wird, obwohl es sich tatsächlich um Arbeitnehmer des Dienste Verschaffenden oder einer anderen Person handelt.

Wegen der hohen Missbrauchsgefahr sollte eine Vermutensregelung in das AÜG aufgenommen werden, nach der bei Arbeitsleistung, die bisher von Beschäftigten des Entleihers erbracht worden sind, vermutet wird, dass es sich hierbei um Arbeitnehmerüberlassung handelt. Das würde auch in der gerichtlichen Praxis den erheblichen Beweisschwierigkeiten, denen ein Arbeitnehmer ausgesetzt ist, der auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu dem Entleiher klagt, begegnen. Zur Zeit bedarf es des vollen Beweises, dass illegale Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Verstärkt wird diese Problematik dadurch, dass der BGH in einer zivilrechtlichen Entscheidung aus dem Jahr 2006 sogar über das Erfordernis hinausgegangen ist und bei der Abgrenzung zwischen einem Dienst- und Arbeitnehmerüberlassungsvertrag im Zweifel einen Dienstvertrag angenommen hat, weil der Auftragnehmer nicht im Besitz einer Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung war.<sup>26</sup>

#### IV. Regelungsnotwendigkeiten im Betriebsverfassungs- und Tarifvertragsrecht bzgl. der Vertretung von entsandten Beschäftigten

##### 1. Betriebsverfassungsrecht

Der Betriebsbegriff des Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) berücksichtigt in seiner bisherigen Ausprägung die entsandten Arbeitnehmer nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) gehören einem Betrieb i.S.d. BetrVG die Arbeitnehmer an, die in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen und innerhalb der Betriebsorganisation des Arbeitgebers abhängige Arbeitsleistungen erbringen.<sup>27</sup> Die Überlassung durch einen Vertragsarbeitgeber mit der einhergehenden tatsächlichen Eingliederung in die Betriebsorganisation begründet dagegen keine betriebsverfassungsrechtliche Betriebszugehörigkeit.<sup>28</sup> Der räumliche Anwendungsbereich des BetrVG richtet sich nach dem Territorialitätsprinzip und ist daher auf inländische Betriebe beschränkt.<sup>29</sup> Denkbar ist allenfalls eine personenbezogene „Ausstrahlung“ des BetrVG z.B. durch Entsendung unter das BetrVG fallender Beschäftigter ins Ausland, nicht jedoch eine räumliche Erstreckung.

<sup>26</sup> BGH v. 2.2.2006 – III ZR 61/05.

<sup>27</sup> Vgl. nur BAG v. 18.1.1989 – 7 ABR 21/88 – AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972.

<sup>28</sup> BAG v. 22.3.2000 – 7 ABR 34/98 – AP Nr. 8 zu § 14 AÜG.

<sup>29</sup> BAG v. 22.3.2000, a.a.O.

<sup>23</sup> § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG neue Fassung.

<sup>24</sup> § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F.

<sup>25</sup> BAG v. 3.12.1997 – 7 AZR 764/96.

Ein weiterer kritischer Gesichtspunkt in diesem Zusammenhang ist das von der Rechtsprechung aufgestellte Erfordernis der Dauerhaftigkeit als Element des Betriebsbegriffs. Dabei wird durchaus konzediert, dass auch eine Baustelle ein betriebsratsfähiger Betriebsteil i.S.v. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG sein kann.<sup>30</sup>

Nach Art. 34 EGBGB sind Bestimmungen des deutschen Rechts ohne Rücksicht auf das im Übrigen anzuwendende Schuldrecht maßgebend, wenn sie den Sachverhalt zwingen regeln. Hierzu gehört z.B. § 1 AEntG a.F. und damit die Geltung des Urlaubskassenverfahrens für nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer<sup>31</sup>, nicht aber das BetrVG.

Gerade zur Erfassung der problematischen Abgrenzung zwischen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit – ist 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.

## 2. Tarifvertragsrecht

Mit seinen Entscheidungen in den Urteilen Laval vom 18.12.2007<sup>32</sup> und Viking vom 11.12.2007<sup>33</sup> hat der EuGH Arbeitskämpfmaßnahmen unter den Vorbehalt der Gewährung des freien Dienstleistungsverkehrs (Laval) bzw. der Niederlassungsfreiheit (Viking) gestellt. Insoweit ist zu prüfen, in welchem Maße nationale gesetzliche Regelungen allein geeignet sind, zur Herstellung bzw. Wahrung kollektiver Rechte in die Bundesrepublik entsandter Arbeitnehmer beizutragen. Denn 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.

Zwar ist es nach einer verbreiteten Literaturmeinung 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.

Eine Regelungskompetenz der deutschen Tarifvertragsparteien besteht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts jedoch grundsätzlich nur für Arbeitsverhältnisse, die deutschem Arbeitsrecht unterliegen.<sup>34</sup> Das gilt auch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge<sup>35</sup> Eine darüber hinaus gehende

Erstreckung ist nach dieser Auffassung nur durch das AEntG möglich.<sup>36</sup>

Aus Sicht des internationalen Privatrechts, das durch die DL-RL nicht angetastet worden ist, kann allerdings die Regelanknüpfung des objektiven Arbeitsvertragsstatus gem. Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB auf deutsches Recht verweisen, wenn der Arbeitnehmer dort in Erfüllung seines Arbeitsvertrages gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Das ist z.B. bei einer befristeten Tätigkeit im Ausland der Fall, wenn zugleich der Arbeitsvertrag entsprechend befristet ist. Allerdings scheidet die Regelanknüpfung gem. Art. 30 Abs. 2 2. Halbs. EGBGB, wenn das Arbeitsverhältnis in der Gesamtheit der Umstände eine engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist. Umstritten ist, ob allgemeinverbindliche Tarifverträge Eingriffsnormen i.S.v. Art. 34 EGBGB sein können, die dann zur zwingenden Geltung dieser Tarifverträge auch im Entsendungsfall aus dem Ausland führen würden. Das Bundesarbeitsgericht hat dies vor Inkrafttreten des AEntG abgelehnt.<sup>37</sup> Seitdem ist dieser Sachverhalt nicht wieder entschieden worden.

Denkbar und angesichts der Rechtsprechung wohl auch notwendig wäre daher eine Ergänzung des deutschen Tarifvertragsrechts, der Abschluss von Tarifverträgen zu grenzüberschreitenden Sachverhalten ermöglicht, sei es als deutscher Tarifvertrag mit Auslandsbezug oder als europäischer Kollektivvertrag. Unabhängig von dieser „großen“ Lösung muss die Wahrung der Rechte der entsandten Arbeitnehmer z.B. auf Einhaltung der Entgeltzusagen auch im Hinblick auf deren gerichtliche Durchsetzung gesichert sein, und zwar sowohl durch Gerichtsstandsvereinbarungen als auch durch kollektive Rechtshilfevereinbarungen.

## V. Vergaberecht: Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Ausschreibung von Aufträgen

Unterstellt man, dass außerhalb des Anwendungsbereichs des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) oder anderweitiger Mindestlohnregelungen bei der Erbringung von grenzüberschreitender Dienstleistungen ein erhebliches Lohngefälle zum deutschen Lohnniveau besteht, stellt sich die Frage, ob die daraus folgende wtbewerbsverzerrende Verdrängung inländischer Dienstleister zumindest im Vergaberecht eingeschränkt werden kann.

Das zu Recht kritisierte „Rüffert-Urteil“ des EuGH befasst sich mit dem Arbeitnehmerschutz und inwieweit dieser zu einer Einschränkung der Grundfreiheiten berechtigt.<sup>38</sup> Hintergrund des Verfahrens war die Vergabe von Bauaufträgen an einer niedersächsischen Justizvollzugsanstalt, bei der eine vertragliche Pflicht zur Zahlung des im örtlich geltenden Tarifvertrag vorgesehenen Mindestentgelts auferlegt wurde. Das darin geregelte Lohnniveau lag über dem für allgemein verbindlich erklärten Mindestlohntarifvertrag der Bauindustrie. Bekannterma-

<sup>30</sup>LAG Köln v. 17.11.2003 – 2 TaBV 44/03 – AiB 2005, 759

<sup>31</sup>BAG v. 21.11.2007 – 10 AZR 782/06 – AP Nr. 297 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

<sup>32</sup>EuGH v. 18.12.2007 - Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767.

<sup>33</sup>EuGH v. 11.12.2007 - Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779.

<sup>34</sup>BAG v. 9.7.2003 – 10 AZR 593/02 – AP Nr. 261 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

<sup>35</sup>BAG v. 25.6.2002 – 9 AZR 405/00 – AP Nr. 12 zu § 1 AEntG.

<sup>36</sup> BAG v. 9.7.2003 – a.a.O.

<sup>37</sup> BAG 9.7.2003 – a.a.O.

<sup>38</sup>EuGH v. 3.4.2008 C-346/06.

ben interpretierte der EuGH die aus Art. 3 der Entsenderichtlinie 96/71/EG folgenden Mindestlohnbedingungen als maximal zulässige Höchstbedingungen.<sup>39</sup>

Dies bedeutet aber nicht, dass Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit durch Arbeitnehmerschutz grundsätzlich unzulässig wären. Im Gegenteil: Die Rechtfertigung einer Beschränkung der Grundfreiheit der Dienstleistungsfreiheit erfordert ein berechtigtes Interesse, das Verfolgen eines mit dem EU-Vertrag zu vereinbarenden Zieles und zwingende Gründe des Allgemeininteresses. Im Jahr 2007 bejahete der EuGH, dass der Arbeitnehmerschutz ein zwingender Grund des Allgemeininteresses ist.<sup>40</sup>

Wenn es um die Ausschreibung von ÖPNV-Leistungen geht, kommt ergänzend der Erhalt sozialer Standards zum einen zu Gunsten der konkret von einem Betreiberwechsel betroffenen Arbeitnehmer gemäß Art. 4 Abs. 5 der VO 1370/2007 in Betracht. Die neuen Betreiber eines öffentlichen Dienstes können danach verpflichtet werden, den bereits zuvor eingestellten Arbeitnehmern dieselben Rechte zuzubilligen, die sie bei einem Betriebsübergang i.S.d. Richtlinie 2001/23/EG hätten. Nach dem EuGH liegt kein Betriebsübergang vor, wenn nach der Ausschreibung einer ÖPNV-Leistung die Verkehrsmittel nicht übernommen werden<sup>41</sup>, so dass dann die Bestimmungen der Verordnung zum Tragen kommen. Eine Übertragbarkeit des „Rüffert-Urteils“ scheidet hier aus, da die Verordnung gegenüber der Entsenderichtlinie spezieller ist gemäß Art. 58 Abs. 1 AEUV. Auch findet die Dienstleistungsfreiheit insgesamt gemäß Art. 58 AEUV keine unmittelbare Anwendung auf den Verkehrssektor.

Für öffentliche Aufträge gelten grundsätzlich die im Jahr 2004 reformierten EG-Vergaberichtlinien: die Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und die Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge. Beide Richtlinien sehen ausdrücklich die Möglichkeit vor, soziale und umweltbezogene Kriterien bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen:

„Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Vertragsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“ (Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG und Artikel 38 der Richtlinie 2004/17/EG).

In den Richtlinien wird ausdrücklich auf die – zum Teil zuvor in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten – Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozia-

ler Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe verwiesen<sup>42</sup>.

In der Bundesrepublik ist dies durch § 97 Abs. 4 GWB umgesetzt worden, der lautet: „Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“

Das „Rüffert“-Urteil des EuGH ist in seiner Interpretation der Entsenderichtlinie 96/71/EG juristisch angreifbar. Insbesondere steht es nicht im Einklang mit den Grundsätzen des europäischen und deutschen Vergaberechts, wenn soziale Aspekte richtigerweise nicht nur als Mindestschutz zu verstehen sind. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten ist daher eine entsprechende Konkretisierung auf europäischer Rechtsebene notwendig, damit Tarif-treueregelungen und andere Entgeltvorgaben für die Ausführung von öffentlichen Aufträgen nicht nur dann mit der Entsenderichtlinie vereinbar sind, wenn sie auf der Grundlage eines im Sinne des AEntG oder des Mindestarbeitsbedingungsgesetzes für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages oder einer gesetzlichen Mindestlohnbestimmung gefordert werden

<sup>39</sup>EuGH v. 3.4.2008 C-346/06, Rn. 33.

<sup>40</sup>EuGH v. 11.12.2007 – C-438/05, Rn. 77.

<sup>41</sup>EuGH v. 25.1.2001 – C-172/99, NZA 2001, S. 249 (251 f).

<sup>42</sup> s. Erwägungsgrund 44 der Richtlinie 2004/17/EG; Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2004/18/EG