

Stellungnahme

zu

- **BT-Drucksache 17/4190**
- **BT-Drucksache 17/4039**
- **BT-Drucksache 17/4045**
- **BT-Drucksache 17/4885**
- **BT-Drucksache 17/5234**

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
17(4)533 F

Die nachstehende Stellungnahme beschränkt sich im Wesentlichen auf die mit der Richtlinie verbundenen arbeitsrechtlichen Fragen. Daher werden etwa Fragen des öffentlich-rechtlichen Aufenthaltsrechts, des Sozialversicherungsrechts oder etwa des Familienmitzugs nicht zum Gegenstand der Erörterung gemacht.

A. Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen einer konzerninternen Entsendung (ICT-Richtlinie)

Der Stellungnahme liegt der Vorschlag zur ICT-Richtlinie in der Fassung vom 6. Juni 2012 (10618/12) zu Grunde.

1. Bloße Entsendung – kein Arbeitsvertrag am Zielort?

Gegenstand der ICT-Richtlinie ist die so genannte „einfache“ (auch: „schlichte“) Entsendung von Arbeitnehmern innerhalb eines Konzerns. Dies ergibt sich aus Art. 14 ICT-RiL iVm. Art. 2 Abs. 3 lit. a u. b Entsenderichtlinie 96/71/EG. Nach Art. 2 Abs. 3 lit. a u. b RiL 96/71/EG steht der Arbeitnehmer auch während der Entsendung alleine in einem Arbeitsverhältnis mit dem entsendenden Unternehmen. Er bleibt also – wie der EuGH¹ jüngst nochmals herausgearbeitet hat – im Dienst des entsendenden Unternehmens oder anders gewendet: Zwischen ihm und dem Zielunternehmen wird kein Arbeitsvertrag abgeschlossen. Vielmehr nimmt er seine Aufgaben weitgehend unter der Aufsicht und Leitung des Zielunternehmens

¹ EuGH 10.2.2011, C-307/09 u.a. (Vicoplus), NZA 2011, 283.

wahr, was freilich nicht ausschließt, dass ihm vereinzelt auch durch das aufnehmende Unternehmen Weisungen erteilt werden.

Dem wiederum liegt die Überlegung zu Grunde, dass das aufnehmende Unternehmen über die Entsendung nicht etwa Fachleute akquirieren können soll, vielmehr geht es ausweislich des Erwägungsgrundes 6 der ICT-RiL lediglich darum, dass sich das Unternehmen neue Fertigkeiten, Fachkenntnisse oder Innovationen verschaffen bzw. der Arbeitnehmer durch die Tätigkeit vor Ort neue Kenntnisse und Fähigkeiten erwerben kann. Damit liegt kein Fall der so genannten „qualifizierten Entsendung“ vor, bei dem zusätzlich zum ggf. ruhend gestellten Rumpfarbeitsverhältnis mit dem bisherigen Konzernunternehmen, ein zweites Arbeitsverhältnis mit dem aufnehmenden Unternehmen begründet wird.

Sollte das aufnehmende Unternehmen dagegen dem entsandten Arbeitnehmer Weisungen in einer Art und einem Umfang erteilen, dass es letztlich zu dessen Arbeitgeber wird und hätte es mithin über den vorgeblichen Zugriff auf die ICT-Richtlinie Arbeitnehmer angeworben, wäre kein Fall der „einfachen“ Entsendung mehr gegeben. In der Konsequenz würde der Entsendvorgang aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie bzw. des nationalen Umsetzungsgesetzes herausfallen. Damit ist die Arbeitserlaubnis zu entziehen (Art. 7 Abs. 1 lit. a bzw. b ICT-RiL). Darüber hinaus würde automatisch ein Arbeitsverhältnis zum aufnehmenden Rechtsträger entstehen. Was die Qualifikation der gegenseitigen Vertragsbeziehung betrifft, ist nämlich alleine die tatsächliche Vertragsdurchführung entscheidend², wobei die Tatsache, dass das Direktionsrecht in vollem Umfang ausgeübt wird, im Regelfall ausreichen dürfte, um auf den konkludent kundgetanen Willen zum Vertragsschluss zu schließen (zumindest würde solches aus dem Verbot des venire contra factum proprium folgen). Dieses Arbeitsverhältnis wäre dann kraft objektiver Anknüpfung deutschem Recht unterworfen, Art. 8 Abs. 2 S. 1 Rom-I-VO, da der gewöhnliche Arbeitsort für dieses Arbeitsverhältnis alleine in Deutschland liegt (wobei in besonderen Konstellationen freilich die Anwendung der Ausweichklausel des Art. 8 Abs. 4 Rom-I-VO in Betracht käme). Daran kann und wird die ICT-RiL nichts ändern. Das gilt schon, weil die ICT-RiL nur Fragen der Erteilung der öffentlich-rechtlichen Beschäftigungserlaubnis regelt und daher das nationale Arbeitsvertragsrecht bzw. das arbeitsrechtliche internationale Privatrecht unberührt lässt. Das folgt aber auch daraus, dass die ICT-RiL auf einen derartigen Entsendvorgang eben gar nicht mehr anwendbar wäre. In der Konsequenz lässt sich festhalten, dass sich das den Unternehmen durch die ICT-RiL zur Verfügung gestellte Instrumentarium nicht eignet, um auf Umwegen Arbeitnehmer für den Betrieb anzuwerben.

² S. nur ErfK/Preis, 12. Aufl. (2012), § 611 Rn. 47 ff.

2. Persönlicher Geltungsbereich

Es spricht viel dafür, den Anwendungsbereich der ICT-RiL sehr eng zu fassen und diesen tatsächlich auf einen kleinen Kreis außerordentlich hoch qualifizierter und spezialisierter Arbeitnehmer zu beschränken. Denn nur für diese Arbeitnehmer lässt sich die Erwartung begründen, dass sie im Inland tatsächlich unter Fortführung ihres bisherigen Vertrages beschäftigt und nicht etwa in das Zielunternehmen eingegliedert werden. Auch dürfte sich das Risiko eines missbräuchlichen Zugriffs auf die ICT-RiL als umso höher erweisen, je weiter ihr personeller Anwendungsbereich gefasst ist und je eher sie auch „andere“ Fachleute erfasst.

Die Definition der „Führungskraft“ Art. 3 lit. e ICT-RiL erweist sich insoweit als hinreichend eng gefasst. Dort ist von Arbeitnehmern in „Schlüsselposition“ die Rede, die „Weisungen vom Leitungsorgan oder Anteilseignern“ erhalten und für die „Überwachung und Kontrolle der Arbeit des sonstigen Aufsicht führenden Personals ...“ zuständig sind. Was Fachkräfte betrifft (Art. 3 lit. f ICT-RiL) wäre schon nach der jetzigen Fassung ausgeschlossen, dass Unternehmen auf diese Regelung zurückgreifen, um eine Beschäftigungserlaubnis für „Fachkräfte“ im „herkömmlichen“ Sinn zu erhalten und zwar auch gerade für solche, die am deutschen Arbeitsmarkt besonders gefragt sind. So dürften etwa Ärzte, Pflegekräfte, IT-Spezialisten oder Industriefacharbeiter nicht allgemein unter die Regelung fallen, sondern nur dann, wenn sie über ein besonderes Spezialwissen verfügen, und soweit es bei ihrer Entsendung in das Inland nicht darum geht, dass sie die Belegschaft des Zielunternehmens verstärken sollen, sondern vielmehr darum, dass sich das Unternehmen ihr Wissen bzw. ihre Fähigkeiten aneignen will. Daher dürfte etwa eine Anwerbung von Fachkräften der Bauwirtschaft über die ICT-RiL ausscheiden.

Das würde freilich nicht ausschließen, die Definition des Begriffs „Fachkraft“ noch präziser dahingehend zu fassen, dass die Anforderungen noch höher gesetzt werden. Eine weitere Einschränkung des bisherigen Begriffs mag sich allerdings bereits daraus ergeben, dass Erwägungsgrund 10 auf das GATS-Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen verweist, das eine partiell strengere Definition bereit hält. Auf Grund des Verweises der Richtlinie auf dieses Abkommen dürfte diese auch Einfluss auf die Auslegung des Art. 3 lit. f. ICT-RiL gewinnen.

Sollten sich an dieser Stelle unerwartete Verwerfungen ergeben, etwa dergestalt, dass Angehörige von Berufsgruppen, für die es im Inland zu wenige Bewerber gibt, verstärkt über die ICT-RiL in deutsche Unternehmen eingegliedert werden, ließe sich dem notfalls auch über

Zulassungsquoten nach Art. 5a ICT-RiL begegnen. So könnten für „gefährdete“ Branchen nur marginale Aufnahmequoten festgesetzt werden bis hin zu einer „Aufnahmequote Null“.

3. Mindestarbeitsbedingungen des Entsenderechts (ohne Löhne)

a) Erstreckung zwingender Mindestarbeitsbedingungen

Nach Art. 5 Abs. 2³ und 14 Abs. 1 ICT-RiL ist die Entsenderichtlinie auf die nach der ICT-RiL entsandten Arbeitnehmern entsprechend anwendbar.

Bedeutung erlangt dies zunächst für die in Art. 3 Abs. 1 lit a, b und e bis g der Entsenderichtlinie aufgeführten Kernarbeitsbedingungen (Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten, Arbeitssicherheit, Schutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen, Diskriminierungsrecht). Da die betreffenden Arbeitnehmer weiterhin bei ihren ausländischen Arbeitgebern angestellt bleiben und ihr Arbeitsverhältnis in aller Regel der Rechtsordnung ihres Heimatlandes unterliegen wird (Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO iVm. der ICT-RiL), erscheint es wichtig, diese elementaren Kernarbeitsnormen unter Durchbrechung des aus dem Arbeitsverhältnis im Übrigen anzuwendenden Rechts auf ihr Arbeitsverhältnis zu erstrecken.

Dazu würde es freilich auch schon nach geltendem Recht kommen. Was die privatrechtliche Seite dieser Regelungen betrifft, folgt die Erstreckung der jeweiligen Arbeitsschutzregelungen des inländischen Rechts aus Art. 9 Rom-I-VO, weil diese allesamt als Eingriffsnormen zu qualifizieren sind (vgl. § 2 AEntG). Was ihre öffentlich-rechtliche Seite betrifft, ergibt sich ihre Beachtlichkeit aus dem Territorialitätsprinzip. Dessen ungeachtet ist die Aufnahme des Art. 14 Abs. 1 in die ICT-RiL zu begrüßen, weil so klargestellt ist, dass eine derartige Erstreckung dieses Kernbestands nationaler Arbeitnehmerschutzregelungen auf nach der ICT-RiL entsandte Arbeitnehmer im Einklang mit der ICT-RiL, sowie mit der der Rom-I-VO steht (vgl. Art. 23).

Mit Einbezug in die Entsenderichtlinie wird entsandten Arbeitnehmern überdies ein Gerichtsstand im Inland mit Blick auf die oben genannten Arbeitsbedingungen gesichert (vgl.

³ In der neuesten mir vorliegenden Version ist in Art. 5 Abs. 2 und 14 auf die gesamte Entsenderichtlinie Bezug genommen und damit auf alle in Art. 3 dieser Richtlinie aufgeführten Arbeitsbedingungen.

Art. 67 EuGVVO iVm Art. 6 Entsenderichtlinie). Das kann deshalb Bedeutung erlangen, weil über die EuGVVO meist kein Gerichtsstand im Inland herleitbar ist, da der Vertragsarbeitgeber seinen Sitz nicht in der EU bzw. im Inland hat (Art. 3 Abs. 1 bzw. 19 EuGVVO).⁴

Entsprechend wäre das AEntG dahingehend klarzustellen, dass auch die hier zur Diskussion stehenden Konzernentsendungen in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen.

b) Weiterentsendung

Nicht unbedenklich wäre aus meiner Sicht, wenn für entsenderechtliche Kernarbeitsbedingungen ein Herkunftslandprinzip (iWS) angeordnet würde, dergestalt, dass der entsandte Arbeitnehmer beim Wechsel des Ziellandes die nach Art. 14 Abs. 1 ICT-RiL iVm. Art. 3 Abs. 1 lit a, b und e bis g Entsenderichtlinie verbindlichen Mindestarbeitsbedingungen des ersten Ziellandes in den zweiten Mitgliedstaat (Art. 3 lit. n ICT-RiL) mitnehmen.

Das aber ist gerade nicht der Fall. Art. 16 Abs. 4b ICT-RiL legt nämlich im Gegenteil fest, dass der zweite Mitgliedstaat die Aufnahme ablehnen kann, wenn der Arbeitsvertrag nicht seinen entsenderechtlichen Mindestarbeitsbedingungen genügt.

4. Mindestlohn, Ausweitung des AEntG?

Rein theoretisch bringt Art. 14 Abs. 1 ICT-RiL die entsandten Arbeitnehmer in den Genuss der nationalen, entsenderechtlichen Mindestlöhne. Insoweit erscheint es auf den ersten Blick freilich als problematisch, dass Arbeitnehmer wohl vor allem in solche Branchen entsandt werden könnten, die nicht in den Anwendungsbereich des AEntG fallen.

⁴ Wird der Arbeitnehmer in ein deutsches Tochterunternehmen des Arbeitgebers mit Sitz im Ausland entsandt, könnte aber ggf. Art. 18 Abs. 2, 19 Nr. 1 EuGVVO greifen.

Dessen ungeachtet kann eine Ausweitung des AEntG auf „alle“ Branchen aber nicht empfohlen werden. Das AEntG ist auf „mobile“ Dienstleistungsbranchen zugeschnitten und dabei vor allem auf solche, die eine Tendenz zu prekären Arbeitsbedingungen in den unteren Lohnbereichen aufweisen. Das Gesetz passt indes nicht für Produktionsbetriebe, also etwa nicht zur Anwendung auf die Metall- oder Automobilbranche oder die chemische Industrie. Dies gilt schon, weil einschlägige Unternehmen nicht grenzüberschreitend mobil, sondern an einen festen Produktionsstandort gebunden sind. Es kommt noch hinzu, dass fraglich erscheint, ob in wirtschaftlich gut aufgestellten Produktionsbranchen überhaupt ein Bedarf zur Verabschiedung und Erstreckung von Mindestlohntarifverträgen besteht.

Darauf kommt es im vorliegenden Kontext letztlich aber gar nicht an. Denn hier geht es um die Entsendung von Spezialisten und Führungskräften in herausgehobener Position. Selbst wenn diese in einer Branche tätig wären, für die es einen Mindestlohntarifvertrag gibt, dürfte sich ein solcher für sie regelmäßig als völlig uninteressant erweisen. S. auch sogleich, 5.

5. Erstreckung von Lohngrättern, Vorgabe gleicher Arbeitsbedingungen vor Ort

a) Weitaus interessanter und wichtiger erscheint es dagegen, dass sichergestellt ist, dass die entsandten Arbeitnehmer, im Hinblick auf das Arbeitsentgelt nicht schlechter behandelt werden als ihre inländischen Kollegen.

Dies entspricht guter europarechtlicher und auch nationaler Praxis. Machen Unionsangehörige von ihrer Freizügigkeit Gebrauch und gehen sie in einem anderen Mitgliedstaat ein Arbeitsverhältnis ein, darf ihr Arbeitgeber sie nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit schlechter behandeln, als vergleichbare inländische Arbeitnehmer (Art. 45 ff. AEUV, Art. 7 VO 492/2011). Ähnliches folgt, jedenfalls im rechtlichen Ansatz, für grenzüberschreitende entsandte Leiharbeiter aus dem equal-pay-Gebot der Leiharbeitsrichtlinie (Art. 5 RiL 2008/104/EG). Und auch § 39 Abs. 2 S. 1, 2. Hs. AufenthaltsgG bindet die Erteilung einer Arbeitserlaubnis an Drittstaatsangehörige daran, dass diese nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Daher ist es aus meiner Sicht zu begrüßen, dass die ICT-RiL ein entsprechendes Gleichbehandlungsgebot vorgibt. Nach Art. 5 Nr. 2a iVm. 6 Abs. 1, Abs. 2 lit. b ICT-RiL können die Mitgliedstaaten die Zulassung des Arbeitnehmers nämlich davon abhängig

machen, dass das während der Entsendung dem Drittstaatsangehörigen gewährte Gehalt nicht ungünstiger sein darf, als das Gehalt das Beschäftigte in vergleichbaren Positionen im aufnehmenden Mitgliedstaat erhalten.

Augenfällig ist dabei freilich, dass die ICT-RiL (anders als etwa die Art. 45 ff. AEUV) dem Arbeitnehmer keinen individualrechtlichen Anspruch auf „equal-pay“ zur Hand geben. Das allerdings ist dem Umstand geschuldet, dass kein Arbeitsvertrag mit dem aufnehmenden Unternehmen abgeschlossen wird, es vielmehr sein Bewenden mit dem ursprünglichen „Heimatarbeitsvertrag“ hat. Denn das inländische Arbeitsrecht kann dem im Ausland ansässigen Arbeitgeber schlechterdings nicht bestimmte Vertragsinhalte vorgeben. Es kann nur, aber immerhin, die Erteilung der Arbeitserlaubnis daran binden, dass der Arbeitnehmer wie vergleichbare inländische Arbeitnehmer entlohnt wird. Daher erscheint es auch sachgerecht, dass die Richtlinie auf das Gehalt Bezug nimmt, das vergleichbare Beschäftigte in der Branche üblicherweise erhalten und nicht etwa auf die Gehälter abstellt, die vergleichbare Arbeitnehmer im aufnehmenden Unternehmen verdienen und zwar schon, weil die Arbeitsverwaltung diese nicht kennen kann und es für sie einen erheblichen Aufwand machen würde, diese in jedem Einzelfall zu ermitteln.

Letztlich ist der durch die Richtlinie eingeschlagene Weg auch der Erstreckung tariflicher Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer vorzuziehen. Denn wie bereits unter Ziffer 4 ausgeführt, würde dies nur Sinn machen, wenn das gesamte Tarifgitter und dabei insbesondere auch die „Hochlohngruppen“ eines Tarifvertrags und nicht etwa nur Mindestlöhne auf die fraglichen Arbeitsverhältnisse erstreckt würden. Das aber wäre vor dem Hintergrund der Entscheidungen des EuGH in Sachen Laval, Rüffert und Kommission vs. Luxemburg⁵ nicht unbedenklich, weil nach diesen nicht mehr gesichert ist, ob auf ausländische Unternehmen ganze Tarifgitter erstreckt werden dürfen oder nur ein grundständiger Mindestlohn. Auch hielt der EuGH es im Rüffert-Urteil bekanntlich für unzulässig, dass Lohnvorgaben, an die nicht alle Inländer gleichermaßen gebunden sind, auf Ausländer erstreckt werden.⁶

Darauf kommt es letztlich aber noch nicht einmal an: In den Anwendungsbereich der ICT-RiL fallen nämlich überwiegend Arbeitnehmer, die allgemein außer- bzw. übertariflich vergütet

⁵ *EuGH* 18.12.2007, C-341/05 (Laval), NZA 2008, 159; 3.4.2008, C-346/06 (Rüffert), NZA 2008, 537; 19.6.2008, C-319/06 (Kommission vs. Luxemburg), NZA 2008, 865.

⁶ Dagegen mag man allerdings argumentieren, dass im vorliegenden Kontext, anders als in den erwähnten Entscheidungen, die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV nicht einschlägig ist. Denn einerseits geht es hier nicht um die Erbringung von Dienstleistungen i.e.S. und andererseits würden hier Arbeitgeber verpflichtet, die nicht in der EU ansässig sind.

werden, so dass sich eine etwaige Erstreckung von Branchentarifverträgen auf deren Arbeitsverhältnis häufig als bedeutungslos erweisen wird.

b) Auch hier gilt, dass im Fall einer Weiterentsendung in einen zweiten Mitgliedstaat gesichert ist, dass dieser auf die Einhaltung der bei ihm vorherrschenden Arbeitsbedingungen bestehen kann. Daher steht nicht zu befürchten, dass ein zunächst in einen Mitgliedstaat mit niedrigem Lohnniveau entsandter Arbeitnehmer dieses in einen zweiten Mitgliedstaat mit hohem Lohnniveau mitnehmen kann.

c) Abschließend sei darauf hingewiesen, dass Art. 5 Nr. 2a ICT-RiL den Mitgliedstaaten aber nur ermöglicht, ein entsprechendes Gleichbehandlungsgebot in das nationale Recht aufzunehmen. Dass Deutschland von dieser Option Gebrauch machen wird, darf als sicher gelten. Doch mag überlegt werden, ob den Mitgliedstaaten eine derartige Gleichstellung nicht zwingend vorgegeben werden sollte, weil andernfalls Wettbewerbsverzerrungen denkbar wären, wenn einzelne Mitgliedstaaten es zulassen würden, dass entsandte Arbeitnehmer alleine nur zu den Mindestarbeitsbedingungen des jeweiligen Ziellandes (Art. 5 Abs. 2 ICT-RiL) tätig werden, die Arbeitgeber indes nicht zur Inländergleichbehandlung verpflichtet sind.

6. Streikrecht

Ob die Union überhaupt Vorgaben zum Streikrecht machen kann, erscheint mir mit Rücksicht auf Art. 153 Abs. 5 AEUV außerordentlich fraglich. Vielmehr ist es aus meiner Sicht den Mitgliedstaaten vorbehalten, zu regeln, ob und inwieweit, sich entsandte Arbeitnehmer an Arbeitskämpfen beteiligen können.

Art. 9 Abs. 3 GG ist ein „Jedermann“-Grundrecht und steht daher auch ausländischen Arbeitnehmern zu. Diese dürfen daher ohne Zweifel deutschen Gewerkschaften beitreten, so dass Art. 14 Abs. 2 lit. a ICT-RiL letztlich allenfalls deklaratorische Bedeutung zukommt. Auch dürfte die Bundesrepublik unabhängig von den Vorgaben der Richtlinie, etwa in Anlehnung an § 11 Abs. 5 AÜG, anordnen, dass entsandte Arbeitnehmer nicht in Zielunternehmen tätig sein müssen, die von einem Arbeitskampf betroffen sind. Folgt man der neueren Rechtsprechung des BAG zum Sympathiearbeitskampf,⁷ bräuchte es einer derartigen Regelung möglicherweise gar nicht, weil sich eine derartige Streikbefugnis der entsandten Unternehmen wahrscheinlich unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG selbst ergibt.

⁷ BAG 19.6.2007, 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055.

Dessen ungeachtet erscheint es mir begrüßenswert, dass in Art. 6 Abs. 2 lit. c ICT-RiL klargestellt wird, dass ein Zulassungsantrag abgelehnt bzw. eine erteilte Zulassung entsprechend Art. 7 Abs. 1 lit. b ICT-RiL entzogen werden darf, wenn der Arbeitnehmer als „Streikbrecher“ eingesetzt werden soll. Insoweit wäre es wünschenswert, wenn in Art. 16 Abs. 4 ICT-RiL auf diese Regelung Bezug genommen werden würde, um nochmals klarzustellen, dass dies auch für zweite Mitgliedstaaten gilt, in die der Arbeitnehmer weiter entsandt werden soll.

Ein gewisses Manko bleibt allerdings insoweit, als weder die Richtlinie noch das nationale Recht sicherstellen kann, dass der Arbeitnehmer wegen einer etwaigen „Streikteilnahme“ (iwS) keine Nachteile nach Heimatrecht erleidet (etwa: Kündigung des Arbeitsvertrags, sollte dies dort möglich sein). Ein solches Maßregelungsverbot ist indes kaum regelbar, eben weil der Aufnahmemitgliedstaat nicht über die Rechtsbeziehungen des Arbeitnehmers zu seinem Heimatarbeitgeber disponieren kann.

Ohnehin bleibt in tatsächlicher Hinsicht aber die Frage, welche Bedeutung das Streikrecht für die hier in Rede stehenden Arbeitnehmer hat, weil insbesondere die in Art. 3 lit. e ICT-RiL genannten Arbeitnehmer sich eher nur in Ausnahmefällen an Streiks beteiligen, sondern vielmehr häufig auf der „Gegenseite“ stehen.

7. Kontrolle

Eine Kontrolle der Einhaltung insbesondere zwingender entsenderechtlicher Regelungen erscheint erstrebenswert. Sie findet sich bislang nur, aber immerhin, in Erwägungsgrund 9a.

8. Missbrauch

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Richtlinie nicht wenigen der in den vorgelegten Drucksachen erhobenen Forderungen durchaus genügt. Auch scheint das Risiko, dass die ICT-RiL missbraucht wird, um inländischen Unternehmen Arbeitnehmer zu ungünstigen Arbeitsbedingungen zuzuführen, als nicht übermäßig groß. Dies verhindert vor allem das Lohnleichheitsgebot des Art. 5 Abs. 2a ICT-RiL. In tatsächlicher Hinsicht kommt hinzu, dass die Arbeitnehmer, um die es hier geht, mit Rücksicht auf ihre Kenntnisse und

Fähigkeiten es in aller Regel in der Hand haben werden, eine direkte Anstellung im Inland zu erreichen, sollten sie bemerken, dass ihre Arbeitsbedingungen deutlich hinter denen ihrer inländischen Kollegen zurückbleiben. Dreh- und Angelpunkt ist allerdings, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie und etwaiger Umsetzungsgesetze sowohl in Bezug auf Führungs-, gerade aber auch auf Fachkräfte, klar umrissen und eng gefasst bleibt.

B. Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Ausübung einer saisonalen Beschäftigung (ICT-Richtlinie)

Der Stellungnahme liegt der Vorschlag zur Richtlinie in der Fassung vom 25. Mai 2012 (10447/12) zu Grunde.

1. Anwendungsbereich

Um Missbrauch zu verhindern, sollte der Anwendungsbereich der Saisonrichtlinie eng gefasst und auf „Saisonarbeiten“ im besten Sinne beschränkt werden. Auszuschließen wäre, dass über die Richtlinie etwa der Baubranche Arbeitnehmer in großer Zahl zugeführt werden könnten. Daher schiene eine Festlegung auf Tätigkeiten in den Bereichen Landwirtschaft, Gartenbau und Tourismus erstrebenswert.

Der personelle Anwendungsbereich der Richtlinie (Art. 3 lit. b und c) entspricht dieser Forderung aber bereits weitgehend, wenngleich die einschlägigen Regelungen, insbesondere die Passage „an die Jahreszeit gebunden ...“ durchaus noch schärfer gefasst werden könnten. Eine hinreichende Klarstellung ist aber in jedem Fall mit Erwägungsgrund 10 erreicht. Denn dort sind als Tätigkeiten, die für eine Entsendung nach der Richtlinie in Betracht kommen, nur solche in der Landwirtschaft (während der Pflanz- und Erntezeit) und in der Tourismusbranche (während der Feriensaison) genannt. Dies erfährt allerdings wiederum eine gewisse Abschwächung dadurch, dass sich der Wortlaut des Erwägungsgrundes so verstehen ließe, dass diese Aufzählung nur beispielhaften Charakter haben könnte. Vor allem aber würde eine dahingehende Einschränkung natürlich noch mehr Autorität genießen, wäre sie in den Richtlinientext selbst aufgenommen. Insgesamt erscheint die Regelung daher zwar ausbaufähig, indes ausreichend, um einem ausufernden Gebrauch der Saisonrichtlinie entgegen zu wirken. Umgekehrt könnte überlegt werden, den Anwendungsbereich um

Tätigkeiten in der Forstwirtschaft (die man allerdings als vom Begriff „Landwirtschaft“ miterfasst ansehen könnte) und im Schaustellergewerbe zu erweitern.

2. Gleichbehandlung mit Inlandskräften

Ganz im Unterschied zur Konzernentsendung (oben, Teil A) werden zwischen Saisonarbeitern und aufnehmenden Arbeitgeber Arbeitsverhältnisse begründet, die fast ausnahmslos dem deutschen Recht unterliegen, da der gewöhnliche Arbeitsort des fraglichen Arbeitsverhältnisses in Deutschland liegt (vgl. Art. 8 Abs. 2 S. 1 Rom-I-VO). Überdies besteht nach Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a EuGVVO ein Gerichtsstand im Inland, so dass Arbeitnehmer Ansprüche vor den deutschen Arbeitsgerichten verfolgen können.

Werden Saisonkräfte aus Drittstaaten eingestellt, sollten sie so wie Unionsbürger behandelt werden, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen und im Ausland eine Arbeitsstelle annehmen. Sie sind daher – und zwar schon um dem Risiko eines Lohn- oder Sozialdumpings vorzubeugen – wie inländische Arbeitnehmer zu behandeln.

Daher ist es zu begrüßen, dass auch die Richtlinie dieser Forderung Rechnung getragen hat und eine derartige Gleichbehandlung in Art. 16 Abs. 1 lit. a der Richtlinie ausdrücklich anordnet. Nach Art. 5 Abs. 1a, 5b Abs. 1a, 6 Abs. 1, 7 Abs. 1, Abs. 3 lit. b der Richtlinie kann die Arbeitserlaubnis verweigert bzw. widerrufen werden, wenn der Arbeitsvertrag diesen Anforderungen nicht genügt. Art. 16 der Richtlinie – die einschlägigen Regelungen sind derzeit offenbar textlich noch nicht endgültig abgefasst, so dass eine abschließende Bewertung noch nicht möglich ist – scheint ihnen auch einen individualrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung einzuräumen. Ein solcher ergibt sich meines Ermessens aber bereits aus einer entsprechenden Anwendung der Art. 45 ff. AEUV, Art. 7 VO 492/2011, da die Drittstaatsangehörigen nach Erteilung der Arbeitserlaubnis auf dem betreffenden Arbeitsmarkt im Ergebnis so behandelt werden müssen, wie Unionsbürger, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben.

3. Mindestlohn

Da Saisonarbeitnehmer dem nationalen Arbeitsrecht unterliegen, sind auf ihre Arbeitsverhältnisse Tarifbestimmungen und mithin auch Mindestlohntarifverträge anwendbar, die nach § 5 TVG für allgemein verbindlich erklärt wurden bzw. über eine Rechtsverordnung

nach den §§ 7 und 8 AEntG erstreckt wurden. Dies rührt nicht aus dem Umstand her, dass sie aus dem Ausland „stammen“ und ins Inland entsandt würden, sondern vielmehr daher, dass ihre Arbeitsverhältnisse insgesamt dem deutschen Recht unterliegen. Der Hinweis in Erwägungsgrund 9 der Richtlinie, dass diese die Entsenderichtlinie unberührt lassen soll, ist also letztlich unnötig, eben weil im Anwendungsbereich der Richtlinie kein Entsendefall im eigentlichen Sinn vorliegt.

Allerdings sind im Bereich der Land- und Forstwirtschaft ausweislich des Verzeichnisses des BMAS (Stand: April 2012) derzeit nur wenige Rahmen-, und kein einziger Lohnvertrag für allgemein verbindlich erklärt. Im Beherbergungs- und Gaststättengewerbe ist nur ein einziger Entgelttarifvertrag allgemeinverbindlich (Niedersachsen). Das erweist sich vor dem Hintergrund als bedenklich, dass in den betreffenden Branchen eine gewisse Tendenz zu wenig günstigen Arbeitsbedingungen besteht, worauf insbesondere die Entscheidung des BAG vom 22.04.2009 hinweist.⁸

Ob dieser Tendenz durch die Aufnahme beider Branchen in das AEntG entgegengewirkt werden könnte, lässt sich nicht verlässlich abschätzen. Zum einen ist nicht prognostizierbar, inwieweit in diesen überhaupt Mindestlohnverträge abgeschlossen werden und welche Auswirkungen diese auf die dort anzutreffende Beschäftigungssituation haben könnten. Zum anderen bestehen keine verlässlichen Aussagen dazu, ob das vom Gesetzgeber für die Aufnahme einer Branche in das AEntG zumindest ideell vorausgesetzte 50%-Quorum erfüllt wäre, wonach die tarifgebundenen Arbeitgeber mehr als die Hälfte der in der Branche tätigen Arbeitnehmer beschäftigen müssen. Ein Vorteil einer derartigen Erweiterung des AEntG, wäre freilich, dass die Zollverwaltung kontrollieren könnte, ob einschlägige Mindestarbeitsbedingungen eingehalten werden.

Letztlich sollte die Frage, ob das AEntG entsprechend erweitert werden sollte, von der Beurteilung der hier zur Diskussion stehenden Richtlinie getrennt werden. Auch wenn ausländische Saisonarbeiter in besonderer Weise Gefahr laufen, übervorteilt zu werden, gilt, dass wenn in diesen Branchen unzureichende Arbeitsbedingungen vorzufinden sein sollten, dem ganz generell entgegen gewirkt werden sollte und zwar natürlich auch im Interesse der inländischen Beschäftigten.

4. Streikrecht

⁸ BAG, 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

Richtig ist zwar, dass in der Saisonarbeitsrichtlinie aufgenommenen Drittstaatsangehörigen kein Streikrecht zuerkannt wird. Anders als bei der „Konzernentsendung“ (oben, A.6.) kommt es auf eine solche Regelung hier aber auch nicht an. Ein Streikrecht der Saisonarbeiter ergibt sich unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG, sind sie doch bei einem im Inland ansässigen Arbeitgeber beschäftigt. Dass sie keine EU-Bürger bzw. deutsche Staatsangehörige sind, ist insoweit ohne jeden Belang. Es kommt hinzu, dass mit Rücksicht auf Art. 153 Abs. 5 AEUV mehr als fraglich erscheint, ob die Union den Mitgliedstaaten überhaupt irgendwelche Vorgaben zum Streikrecht machen könnte.

5. Fazit

Die Saisonarbeitsrichtlinie trägt bereits von sich aus etlichen der in den vorgelegten Drucksachen erhobenen Forderungen Rechnung. So oder so scheint sie dem Risiko einem Missbrauch zum Zweck des Lohn- und Sozialdumpings hinreichend entgegen zu wirken.