



## ***EU-Rahmenrichtlinie: Dienstleistungen im Binnenmarkt***

**Eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse im Hinblick auf die Metall- und Elektroindustrie sowie baunahe Handwerksegmente der Branchen Metall, Elektro, Holz und Kunststoff**

**Herausgeber:**

IG Metall Vorstand  
Ressort Betriebspolitik KMU  
Wolfgang Goldmann  
Wilhelm-Leuschner-Str. 79  
60329 Frankfurt/Main  
E-Mail: [wolfgang.goldmann@igmetall.de](mailto:wolfgang.goldmann@igmetall.de)  
Telefon: 069 / 66 93-29 87

**Autoren:**

Schneider-Schwegler  
Rechtsanwälte  
**Dr. Frank Lorenz**  
Königsallee 60 G  
40212 Düsseldorf  
Tel.: 0211-13860-60

Gem. Arbeitsstelle RUB/IGM  
Ruhr-Universität Bochum  
**Dr. Manfred Wannöffel**  
Gebäude FNO 01/136  
44780 Bochum  
Telefon: 0234-32-26899

## **Inhalt**

- 0. Einleitung**
- 1. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse**
- 2. Entstehungsgeschichte und politische Positionen zum Richtlinien-Entwurf**
  - 2.1. Entstehungsgeschichte des Richtlinien-Entwurfs
    - 2.1.1 Wesentlicher Inhalt des Richtlinien-Entwurfs
    - 2.1.2 Dienstleistungsfreiheit
    - 2.1.3 Niederlassungsfreiheit
    - 2.1.4 Harmonisierungs- und Koordinierungsregelungen
  - 2.2. Stellungnahmen und politische Positionen zu dem Entwurf
    - 2.2.1 Stellungnahmen politischer Organe und Parteien
    - 2.2.2 Stellungnahmen von Verbänden
    - 2.2.3 Stellungnahmen der Wirtschaft
- 3. Der Geltungsbereich der Richtlinie**
  - 3.1 Sachlicher Geltungsbereich
  - 3.2 Persönlicher Geltungsbereich
  - 3.3 Abgrenzung zur Richtlinie 96/71/EG (Entsende-Richtlinie)
- 4. Die Kompetenz der EG zum Erlass der Dienstleistungsrichtlinie**
  - 4.1. Subsidiarität einer Regelungskompetenz auf EU-Ebene
    - 4.1.1. Verstoß gegen die Erforderlichkeit gem. Art. 5 Abs. 3 EG
    - 4.1.2. Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz in Art. 5 Abs. 2 EG
  - 4.2 Die Rechtsgrundlage der DL-RL
- 5. Der Richtlinienentwurf und die Dienstleistungsfreiheit**
  - 5.1. Das Herkunftslandprinzip
  - 5.2.. Das Diskriminierungsverbot
  - 5.3. Das Beschränkungsverbot
  - 5.4. Europarechtliche Schranken der Dienstleistungsfreiheit
    - 5.4.1 Beschränkung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit
    - 5.4.2 Begrenzung der Dienstleistungsfreiheit durch Harmonisierung
    - 5.4.3 Begrenzung durch praktische Konkordanz mit Art. 39 EG
  - 5.5. Zusammenfassung
- 6. Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit zur Niederlassungsfreiheit**
  - 6.1 Kriterien für Abgrenzungen im EG-Vertrag
  - 6.2 Regelungen zur Niederlassungsfreiheit im DL-RL
- 7. Kollisionsrechtliche Probleme des Richtlinienentwurfs**
  - 7.1. Anwendung zwingenden inländischen Rechts
  - 7.2. Dienstleistungsfreiheit und das Internationale Privatrecht
    - 7.2.1 Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum Internationalen Privatrecht
    - 7.2.2. Kollisionsrechtliche Regelungen im Sekundärrecht
  - 7.3. Zwingende Regelungen im Sinne von Artikel 34 EGBGB und Gemeinschaftsrecht

- 7.4. Die Dienstleistungsfreiheit und die Regelungsebene abweichender Bestimmungen
- 7.5. Kollisionsrechtliches Günstigkeitsprinzip und die EG-Dienstleistungsfreiheit
- 7.6. Zusammenfassung
  
- 8. Kollektivarbeitsrechtliche Auswirkungen**
  - 8.1. Zutritts- und Organisationsrechte deutscher Gewerkschaften
  - 8.2. Betriebsverfassungsrecht
    - 8.2.1. Betriebsverfassungsrechtliche Stellung der entsandten Arbeitnehmer
    - 8.2.2. Auswirkungen auf den Betriebsbegriff
  
- 9. Individualarbeitsrechtliche Auswirkungen**
  - 9.1. Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs zur Scheinselbständigkeit
  - 9.2. Leiharbeit
    - 9.2.1. Geltungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes
    - 9.2.2. Das Lohngleichbehandlungsgebot des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes
  - 9.3. Arbeits- und Gesundheitsschutz
  
- 10. Auswirkungen auf die Branchen der Metall-, Elektro-, Holz- und Kunststoffindustrie sowie ausgewählter Handwerkssegmente**
  - 10.1. Rechtswissenschaftliche Schlussfolgerungen
    - 10.1.1 Anforderungen an eine Neufassung des DL-RL
    - 10.1.2 Regelungsbedürfnisse im deutschen Arbeitsrecht
    - 10.1.3 Rechtspolitische Regelungsmöglichkeiten
      - 10.1.3.1 Gesetz über die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG)
      - 10.1.3.2. Lohndumping-Gesetz
      - 10.1.3.3 Ausweitung des Geltungsbereichs des AEntG
  - 10.2. Sozialwissenschaftliche Schlussfolgerungen
    - 10.2.1 Arbeitnehmerentsendung in baunahen Bereichen
    - 10.2.2 Arbeitnehmerentsendung außerhalb des AEntG
    - 10.2.3 Arbeitnehmerüberlassung
  
- 11. Literatur**

## 0. Einleitung

Absicht der Expertise ist eine rechts- und sozialwissenschaftliche Analyse des vorliegenden Entwurfs der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie vom 13. Januar 2004, mit der die Dienstleistungsfreizügigkeit zwischen den 25 Mitgliedsstaaten in der Europäischen Union hergestellt werden soll.

Nach breiter öffentlicher Diskussionen und massiven Protesten der Europäischen Gewerkschaften am 19. März 2005 in Brüssel hat der Europäische Rat auf seinem Frühjahrsgipfel am 22./23. März 2005 eine umfängliche Überarbeitung des Entwurfs angekündigt. Jedoch soll der vorliegende Richtlinienentwurf in der parlamentarischen Beratung gehalten und mit Modifikationen auf die massive Kritik von Teilen des Europäischen Parlaments, Gewerkschaften und Nicht-Regierungsorganisationen (Attac) reagiert werden.

Im Mittelpunkt dieser Kritik steht das Herkunftslandsprinzip. Angesichts der bestehenden Unterschiede im Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht zwischen den 25 Mitgliedsstaaten hätte die Anwendung des Herkunftslandsprinzips auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen den europäischen Unternehmen ermöglicht, jeweils die niedrigsten Löhne und die schlechtesten Arbeitsbedingungen zu importieren. Der ohnehin hohe Druck auf die hiesigen Sozial- und Arbeitsstandards würde durch die Implementierung des Herkunftslandsprinzips weiter zunehmen. Das Herkunftslandprinzip ist deshalb gänzlich ungeeignet, um eine soziale Harmonisierung im Rahmen eines Europäischen Sozialmodells zu gestalten.

Die vorliegende Kurzstudie konzentriert sich in ihrer Analyse auf spezielle Bereiche der Dienstleistungsrichtlinie, insbesondere auf die Erbringung einer Dienstleistung über eine geschäftliche Präsenz in einem anderen Land und darüber hinaus auf die Erbringung einer Dienstleistung durch Personen, die sich zu einem Zweck zeitweise in ein anderes EU-Land begeben.

Im Mittelpunkt steht dabei folgende Fragestellung:

In welchem Umfang und mit welchen Wirkungen kommt das in Art. 16 des Richtlinien-Entwurfs (DL-RL) eingeführte Herkunftslandprinzip insbesondere für die Branchen Metall, Elektro, Holz und Kunststoff zum Tragen?

In Art. 17 DL-RL werden "allgemeine Ausnahmen" vom Herkunftslandprinzip aufgeführt. Die Wirkung dieser Ausnahmeregelung wird für den Bereich der baunahen Bereiche geklärt; denn teilweise wird hierzu die Auffassung vertreten, dass damit alle Tätigkeitsbereiche, auf die sich die Entsenderichtlinie bezieht, vollständig von der Wirkung des Art. 16 ausgenommen werden.

Die Kurzstudie zielt insbesondere auf die:

1. Rechtliche Beurteilung, in welcher Art und Weise die Branchen Metall, Elektro, Holz und Kunststoff und insbesondere deren Handwerkssegmente durch die beabsichtigte RL betroffen sind,
2. Auswirkungen der DL-RL auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sowie die Mitbestimmungsmöglichkeiten der Beschäftigten
3. Maßnahmen des Gesetzgebers, um negative Auswirkungen der DL-RL zu verhindern oder mindern

Die Studie beruht auf einem Methodenmix. Neben umfassenden Dokumenten- und Literaturanalysen wurden ausgewählte Expertengespräche mit Vertretern verschiedener gesellschaftlichen Organisationen durchgeführt.

## 1. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

- Die DL-RL betrifft in ihrer Wirkung nicht nur typische Dienstleistungsberufe sowie handwerkliche und Montagetätigkeiten in baunahen Bereichen, sondern alle industrienahen und –internen Dienstleistungs- und Produktionstätigkeiten in der Industrie.
- Gerade das Herkunftslandprinzip in Art. 16 des Richtlinien-Entwurfs wirkt dabei als Instrument, um Mindeststandards bei Löhnen und Arbeitsbedingungen auszuhebeln, den Standortwettbewerb zu intensivieren und einen verschärften Unterbietungswettbewerb um Löhne und Arbeitsbedingungen einzuleiten.
- Dies steht im Widerspruch zu den Zielen und Aufgaben der EU, insbesondere dem Ziel der sozialen Harmonisierung und Verbesserung der Lebensverhältnisse, und den völkerrechtlich niedergelegten Grundsätzen des Internationalen Privatrechts.
- Der Richtlinien-Entwurf ist zwar auf die Kompetenzgrundlage zur Erleichterung der Dienstleistungsfreiheit gestützt, enthält aber zahlreiche Regelungen, die von dieser Kompetenz nicht gedeckt sind, z.B. zur Niederlassungsfreiheit. In anderen Bereichen wie dem Gesundheitsdienst wird die vorrangige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gegenüber der EU nicht berücksichtigt.
- Eine einzige Richtlinie ist überfordert, die unterschiedlichen Anforderungen der verschiedenen und äußerst unterschiedlichen Dienstleistungssektoren und -tätigkeiten Ziel führend zu regeln. Sektorspezifische Regelungen sind hier angemessener, wenn es um das Ziel der Entwicklung und nicht nur der Deregulierung des Binnenmarktes geht.
- Der Richtlinien-Entwurf stellt gemeinschaftsrechtliche und nationale Regelungen zur Arbeitnehmerentsendung und Leiharbeit durch die undifferenzierte Anwendung des Herkunftslandprinzips und die Beseitigung der Kontrollbefugnisse der Mitgliedstaaten in Frage. Das trifft z.B. auch auf sensible Bereiche wie den Arbeitsschutz und den Zugang von Drittstaatsangehörigen zu.

## 2. Entstehungsgeschichte und Inhalt des Richtlinien-Entwurfs

### 2.1. Entstehungsgeschichte des Richtlinien-Entwurfs

Am 13.1.2004 hat die EU-Kommission den Entwurf einer Rahmenrichtlinie zu Dienstleistungen im Binnenmarkt vorgelegt.

Der Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie ist Teil eines Wirtschaftsreformprozesses mit dem Ziel die EU bis zum Jahr 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten Wissen basierten Wirtschaftsraum weltweit zu machen. Zu diesem Zweck verabschiedete der Europäische Rat im März 2000 im Rahmen seiner Tagung in Lissabon ein entsprechendes Wirtschaftsreformprogramm und forderte zugleich die Kommission wie auch die Mitgliedsstaaten auf, eine entsprechende Strategie zu entwerfen. Auf die Aufforderung des Lissabonner Gipfels hin legte die Kommission im Dezember 2000 eine „*Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor*“ vor. Diese fand zunächst Unterstützung in den Mitgliedstaaten.<sup>1</sup>

Den ersten Teil der geplanten zweistufigen Vorgehensweise hat die Kommission im Juli 2002 durch Vorlage des Berichts über den „*Stand des Binnenmarktes für Dienstleistungen*“ abgeschlossen. Zur Erstellung des Berichts führte die Kommission eine umfangreiche Befragung bei Unternehmen zu noch vorhandenen Handelsschranken durch. Danach bestehen entgegen der in Art. 43 und Art. 49 des EG-Vertrages (EG) getroffenen Regelung des Binnenmarktes tatsächlich immer noch erhebliche Hemmnisse, die für kleine und mittelständische Unternehmen oftmals nur schwer zu überwinden sind. Als solche Hindernisse wurden vor allem verwaltungstechnische Probleme bei der Niederlassung sowie Probleme bei der Dienstleistungserbringung in einem anderen Land ausgemacht.

Um eine tatsächliche Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit zu ermöglichen sollen diese Probleme nunmehr in der zweiten Stufe der Binnenmarktstrategie durch die Rahmenrichtlinie zu Dienstleistungen im Binnenmarkt gelöst werden. Kernpunkte des vorliegenden Richtlinienentwurfs sind der Abbau der verwaltungstechnischen Regelungen sowie das sog. Herkunftslandsprinzip gemäß Art. 16 DL-RL: Danach sind unabhängig vom Ort der eigentlichen Dienstleistung allein die Regelungen des Herkunftslandes des Dienstleistungserbringers für diesen maßgeblich. Deren Kontrolle soll zudem ausschließlich dem Herkunftsland obliegen.

Die Richtlinie -für die das Mitentscheidungsverfahren unter Beteiligung des Europäischen Parlaments gilt- befindet sich derzeit bei den Beratungen im Europäischen Rat. Am 11.11.2004 fand eine öffentliche Anhörung im Europäischen Parlament statt. Eine erste Lesung im Europäischen Parlament ist noch im ersten Halbjahr 2005 vorgesehen. Die Kommission plant ein Inkrafttreten im Jahr 2007.

---

<sup>1</sup> Richtlinienentwurf vom 13.1.2004, S. 7 mit weiteren Nachweisen in den Fußnoten 3-7.

Die zunehmende Kritik am Richtlinien-Entwurf hat die luxemburgische Ratspräsidentschaft veranlasst, am 10.1.2005 einen überarbeiteten Entwurf<sup>2</sup> vorzulegen, den sich die Kommission jedoch ausdrücklich nicht zu Eigen gemacht hat. Vielmehr hat der nunmehr zuständige Kommissar für Binnenmarktangelegenheiten, Charles McCreevy, auch nach dem Frühjahrsgipfel des Europäischen Rats vom 22./23.3.2005 bekannt gegeben, dass der Entwurf der Kommission unverändert in die parlamentarische Beratung gegeben werde. Gegenstand der folgenden Untersuchung ist daher der ursprüngliche Vorschlag der Kommission vom 13.1.2005. Die Änderungsvorschläge der luxemburgischen Präsidentschaft wurden allerdings berücksichtigt, soweit dies jeweils von Interesse schien.

Eine klarstellende Äußerung der Kommission war wohl deswegen vonnöten, weil der Europäische Rat auf dem bereits erwähnten Frühjahrsgipfel vom 22./23.3.2005 beschlossen hatte, dass die vorliegende Fassung des Richtlinienentwurfs den Anforderungen der Förderung von Wachstum und Beschäftigung und Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit bei gleichzeitiger Wahrung des europäischen Sozialmodells nicht in vollem Umfang gerecht werde<sup>3</sup>.

### 2.1.1 Wesentlicher Inhalt des Richtlinien-Entwurfs

Inhaltlich enthält die DL-RL **drei Schwerpunkte**, wobei bestimmte bereits koordinierte Dienstleistungsbereiche und insbesondere die Finanzdienstleistungen aus seinem Regelungsbereich herausgenommen sind:

### 2.1.2 Dienstleistungsfreiheit

In ihrem eigentlichen Regelungsgebiet, dem **Dienstleistungsverkehr**, ordnet die DL-RL mit dem **Herkunftslandprinzip** an, dass Dienstleistungserbringer allein den Rechtsvorschriften des Landes unterliegen, in dem sie niedergelassen sind und die Mitgliedstaaten die Erbringung von Dienstleistungen durch in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Dienstleistungserbringer nicht beschränken dürfen. Dieses Prinzip wird durch Ausnahme- und Übergangsregelungen ergänzt. Die Dienstleistungsempfänger sollen in ihrem Recht, Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen, nicht durch restriktive Maßnahmen ihres eigenen Landes, sei es öffentlicher oder privater Akteure, behindert, sondern im Gegenteil unterstützt werden. Im **Gesundheitsdienst** sind Genehmigungserfordernisse gegenüber Patienten aber nach wie vor zulässig. Bei der **Entsendung von Arbeitnehmern** soll die Aufgabenteilung zwischen Herkunfts- und Erbringungsmitgliedstaat, u.a. auch im Hinblick auf das Kontrollverfahren zugunsten des Herkunftsstaates neu geregelt werden.

---

<sup>2</sup> Vorschlag des Rates der Europäischen Union vom 10.21.2005, Interinstitutionelles Dossier 2004/2001 COD

<sup>3</sup> Ziffer 22 der Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union vom 22./23.3.2005

### 2.1.3 Niederlassungsfreiheit

Regelungen zur Niederlassungsfreiheit betreffen Maßnahmen zur **Verwaltungsvereinfachung** durch die Benennung einheitlicher Ansprechpartner im Erbringungsstaat und die Ermöglichung des elektronischen Formularverkehrs. Rechtliche Anforderungen und **Genehmigungserfordernisse** in den Mitgliedstaaten sollen, soweit aus Sicht der Kommission zu restriktiv sind, auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft oder abgeschafft werden.

### 2.1.4 Harmonisierungs- und Koordinierungsregelungen

Rechtsvorschriften z.B. zum **Verbraucherschutz**, zu **Informationspflichten** des Dienstleistungserbringers, der Berufshaftpflichtversicherung, multidisziplinären Tätigkeiten, der Beteiligung von Streitigkeiten und der Qualitätskontrolle sollen harmonisiert werden. Die DL-RL enthält Regelungen zur **Qualitätssicherung** u.a. in Gestalt von freiwilligen Zertifizierungen und der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Handels- und Handwerkskammern. Die Mitgliedstaaten werden dazu angehalten, ihre gegenseitige Unterstützung zu intensivieren. Hierfür sieht der Entwurf eine neue Rollenverteilung zwischen Herkunfts- und Erbringungsstaat vor.

## 2.2 Stellungnahmen und politische Positionen zu dem Entwurf

Die Reaktionen auf den Entwurf sind unterschiedlich, wenngleich in der Mehrheit kritisch. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Ziel der Verwirklichung eines Binnenmarktes zwar weitgehend begrüßt, jedoch die Geeignetheit des Instrumentariums einer Rahmenrichtlinie bezweifelt wird. Insbesondere die inhaltliche Umsetzung stößt auf erhebliche Kritik.

Kernpunkt der Kritik ist dabei weit überwiegend das **Herkunftslandprinzip**. Insofern wird davon ausgegangen, dass dies einen Wettbewerbsdruck für die Sozial-, Arbeits- und Umweltstandards bedeute, der notwendig zu Qualitätsverlusten in diesem Bereich führe, insbesondere da die vorgesehenen Kontrollmöglichkeiten nicht wirksam sein könnten. Das Herkunftslandprinzip bedeute einen bewussten Verzicht auf den Versuch einer Harmonisierung, der bislang wesentliches Ziel aller Bemühungen gewesen sei. Zugleich werde der Herstellung des Binnenmarktes Vorrang vor allen anderen Zielen wieder Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen eingeräumt. Diese seien jedoch auf der Grundlage des EG-Vertrags als gleichwertig zu beurteilen. Aber auch die sprachliche Ungenauigkeit hinsichtlich des Anwendungsbereichs wird bemängelt. Die Folgen einer Umsetzung werden aufgrund fehlender statistischer Daten als nicht abschätzbar beurteilt.

Im Einzelnen können die folgenden Positionen unterschieden werden. Soweit diese in wesentlichen Punkten übereinstimmen, soll nur auf die jeweiligen Besonderheiten bzw. Schwerpunkte der Stellungnahme hingewiesen werden:

### 2.2.1 Stellungnahmen politischer Organe und Parteien

Gerade die Effektivität einer Kontrollmöglichkeit wird im **Europäischen Parlament** in einem Arbeitsdokument des Ausschusses für Recht und Binnenmarktpolitik vom 30.3.2004 angezweifelt. Sowohl die konkrete Möglichkeit und die Durchsetzung von Kontrollen, aber auch der Wille des Herkunftslandes dazu wird in Frage gestellt. Das zuständige Herkunftsland sei von den jeweiligen Dienstleistungen nicht unmittelbar betroffen und habe mithin auch kein direktes Interesse an deren Einhaltung. Ein fehlender Ordnungsrahmen könne jedoch zu einem Sozialdumping führen.

Der **Bundesrat** begrüßt in seinem Beschluss 128/04 vom 2.4.2004 zwar grundsätzlich die Absicht den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten zu erleichtern. Im Einzelnen übt der Bundesrat jedoch erhebliche Kritik an dem Richtlinienentwurf. Insbesondere ist der Bundesrat der Auffassung, die Artikel 16, 19 und 37 des Richtlinienentwurfs enthaltenen Regelungen über das Herkunftslandsprinzip seien von der Regelungskompetenz der Gemeinschaft nach Art. 47 Abs. 2 S. 1 in Verbindung mit Art. 55 EG nicht gedeckt. Das Herkunftslandsprinzip ginge über die Koordinierung der nationalen Vorschriften hinaus und würde zu einer Verdrängung der Vorschriften des Landes in dem die Dienstleistungen erbracht werden bei gleichzeitigem Kontrollverlust dieses Staates führen. Die dafür erforderliche Rechtsgrundlage fehle. Zudem werde das Prinzip der Rechtssicherheit beeinträchtigt, wenn infolge des Herkunftslandsprinzips kein einheitliches Recht mehr gelte. Letztlich unterliege das Herkunftslandsprinzip auch erheblichen Bedenken insoweit als es eine dem internationalen Privatrecht vorrangige Kollisionsnorm darstellen würde. Weiterhin verletze der Vorschlag bezüglich der Verwaltungsvereinfachung (Art. 5 ff. DL-RL) und Genehmigungen (Art 9 ff. DL-RL) die sich aus Art 5 Abs. 2 und 3 EG ergebenden Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.<sup>4</sup>

Die **SPD** nahm in einem Informationsbrief von Kurt Bodewig und Dr. Sigrid Skarpelis-Sperk Stellung. In dieser Stellungnahme wird kritisiert, dass die neben dem Ziel der Herstellung eines wirtschaftlich funktionierenden Binnenmarktes im EG-Vertrag andere gleichwertige Zielsetzungen wie ein hohes Maß an Umweltqualität oder die Hebung des Lebensstandards enthalten seien. Diese berücksichtige der Entwurf indes nicht. Dabei sei wesentliches Manko des Vorschlages der Verzicht auf die im Übrigen angestrebte Harmonisierung. Diese werde vielmehr durch eine tief greifende Deregulierung und Privatisierung ersetzt.

Weiterhin wird davon ausgegangen, dass für die mit dem Herkunftslandsprinzip verbundenen Konsequenzen eine Rechtsgrundlage fehle und das Herkunftslandsprinzip zu einem Wettbewerb mit der Folge der Absenkung der davon betroffenen Standards führen werde. Allgemein sei der Entwurf unklar gefasst, notwendige Abgrenzungen zu Dienstleistungen im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge sowie eine Ausnahme für die Bereiche Bildung, Gesundheit und Beruf fehlten.

---

<sup>4</sup> Weiter: Finanzbedarf, unklarer Geltungsbereich; unklar ob sachgerecht in sensiblen Einzelbereichen wie Sicherheit oder Verbraucherschutz; Regelungen der Daseinsvorsorge betroffen; audiovisuelle Dienstleistungen—Art 151 V EGV keine Harmonisierungen im kulturellen Bereich; Glücks- und Gewinnspiel; Rechtsanwälte; keine Geltung für Berufe die zumindest zeitweise Ausübung der öffentlichen Gewalt bedeuten wie etwa Notare; Verkehrsdienstleistungen; zu kurze Umsetzungsfrist angesichts der weit reichenden Änderungen; Zusammenhang mit der Berufsqualifikation notwendig)

Die Haltung der **CDU/CSU** scheint uneinheitlich. Während der von der CSU entsandte Europa-Abgeordnete Joachim Wuermeling die DL-RL im Grundsatz begrüßt, aber bezüglich des Herkunftslandprinzips eine Positivliste zum sachlichen Geltungsbereich und eine Begriffsbestimmung der Leistungen der Daseinsvorsorge fordert<sup>5</sup>, schloss sich z.B. die schleswig-holsteinische Landtagsfraktion der CDU<sup>6</sup> vollumfänglich den inhaltlich weitergehenden Bedenken und Beschlüssen des Bundesrates an.

Die Kritik der **Grünen** an der DL-RL entzündet sich an folgenden Punkten: Dienstleistungen der Daseinsvorsorge sollten vom Geltungsbereich ausgenommen werden und das Herkunftslandprinzip gewährleistet keine ausreichenden Kontrollmöglichkeiten und birgt die Gefahr einer Abwärtsspirale bei Sozial-, Umwelt- und Qualitätsstandards<sup>7</sup>.

Soweit die **FDP** Stellung bezogen hat, scheint sie sowohl die DL-RL als auch das Herkunftslandprinzip zu begrüßen, kann sich aber Ausnahmen in den Bereichen Arbeitsschutz, Verbraucherschutz und Gesundheitsschutz vorstellen, jedoch keineswegs im Hinblick auf sonstige Arbeitsbedingungen<sup>8</sup>.

### 2.2.2 Stellungnahmen von Verbänden

Die **European Trade Union Confederation (ETUC)** billigt ebenfalls das allgemeine Ziel der Richtlinie ein allgemeines Wirtschaftswachstum zu ermöglichen, äußerte sich jedoch in der Anhörung vom 11.11. 2004 besorgt, die Richtlinie werde wesentliche nationale Arbeitnehmerrechte wie den Arbeitsschutz, die Kollektivverträge und letztlich den Erfolg des europäischen Sozialmodells untergraben. So sollten die Dienstleistungen im sozialen Bereich (services of general interest) von der Richtlinie ausgenommen werden, da insoweit bereits ein Wachstum sowie die Schaffung neuer Arbeitsplätze zu beobachten sei. Diese Entwicklung sollte nicht durch die Vorgaben des Herkunftslandsprinzips aufs Spiel gesetzt werden. Bei dem Herkunftslandsprinzip handele es sich um eine „offene Einladung zum Missbrauch und zur Manipulation“. Anstelle der angestrebten Harmonisierung auf einem hohen Niveau würde dieses Prinzip einen Abwärtstrend („race to the bottom“) auslösen, da es einen Anreiz für die Dienstleistungserbringer darstelle, sich in dem Land mit den niedrigsten Standards in Bezug auf Steuern, Umweltvorgaben und Arbeitnehmerschutzvorschriften anzusiedeln. Und dies könne sowohl offiziell als auch durch Briefkastenfirmer erfolgen. In Folge dessen würden sich Länder mit höheren Anforderungen gezwungen sehen ihre Standards anzupassen und damit abzusenken.<sup>9</sup> Auch werde das Nebeneinander von bis zu 25 Rechtsordnungen anstelle der angestrebten Vereinfachung zu neuen noch nicht absehbaren rechtlichen Schwierigkeiten führen. Letztlich könne eine effektive Kontrolle der rechtlichen Vorgaben nur am Arbeitsplatz selbst erfolgen.

<sup>5</sup> Pressemeldung vom 9.12.2004.

<sup>6</sup> Pressemitteilung Nr. 600/04 vom 17.12.2004.

<sup>7</sup> Pressemitteilung von Heide Rühle, MdEP, vom 16.12.2004.

<sup>8</sup> Presseinformation Nr. 419/2004 der FDP-Landtagsfraktion Schleswig-Holstein vom 17.12.2004.

<sup>9</sup> EPSU -ein Mitglied der ETUC- stellt darüber hinaus klar, dass aus ihrer Sicht der Vorschlag nicht ausgewogen ist, da wirtschaftliche Interessen einseitig bevorzugt würden. Hohe Standards und Arbeitsbedingungen seien aber keine Hindernisse, sondern Voraussetzungen für einen Binnenmarkt

Da auch eine ernsthafte und angemessene Bewertung der möglichen Folgen der geplanten Maßnahme fehle, wird der Entwurf insgesamt als „schwer fehlerhaft“ bezeichnet.

Ein weiterer Kritikpunkt ist die Einbeziehung der Leiharbeit in den Richtlinienentwurf. Insoweit entspricht die Stellungnahme der ETUC weitgehend der Einschätzung der **UNI-Europa** anlässlich der Anhörung am 11.11.2004 bzw. ihres Regionalvorstandes vom 17.-18.03.2004 in Brüssel. Danach sollten Leiharbeitsfirmen wegen ihrer spezifischen Besonderheiten nicht von der Richtlinie erfasst werden. Ein Zwang zur Deregulierung widerspräche dem erhöhten Schutzbedürfnis der dort beschäftigten Arbeitnehmer. Noch weitergehend fordert ver.di neben der Anwendung des Arbeitsortsprinzips für Leiharbeitnehmer eine eigenständige europarechtliche Regelung der Leiharbeit. Nur auf diese Weise könnten einheitliche Standards für Leiharbeit erreicht werden.

Darüber hinaus sollte nach Ansicht der UNI-Europa eine Umgehung des strengen Niederlassungsrechts durch die Dienstleistungsfreiheit verhindert werden. Zu diesem Zweck sei es erforderlich, dass eine eindeutige Definition der „Niederlassung“ in die Richtlinie aufgenommen wird. Das Herkunftslandprinzip ist nach Ansicht der UNI-Europa nur annehmbar, wenn es mit gemeinsamen harmonisierten Standards in jedem spezifischen Sektor verbunden ist. Dabei sei insbesondere sicherzustellen, dass durch das Herkunftslandprinzip bestehende Tarifverträge weder unmittelbar noch mittelbar unterlaufen würden.

Das **European Trade Union Technical Bureau for Health and Safety (TUTB)** geht in einer Beurteilung vom Juni 2004 davon aus, dass obgleich die Dienstleistungserbringer den Gesundheits- und Sicherheitsbestimmungen ihres Herkunftslandes unterliegen würden, die Richtlinie eine „indirekten Bedrohung“ für die Durchsetzung dieser Bestimmungen darstellen würde. Da heute noch immer sehr unterschiedliche Anforderungen in den verschiedenen Ländern existierten, wären staatliche Bemühungen weitere Regelungen zu treffen zumindest erheblich erschwert. Damit würde weit über das eigentliche Ziel, die ausschließlich den eigenen Markt schützenden diskriminierenden Regelungen zu überwinden, hinausgeschossen.

Ergänzend sei auf die Stellungnahmen der **Platform of European Social NGOs** und der **European Consumers' Organisation (BEUC)** hingewiesen. Beide Verbände stehen dem Herkunftslandsprinzip kritisch gegenüber. So befürchtet die BEUC, dass - obgleich Verbraucherverträge ausdrücklich ausgenommen sind - die Richtlinie den Verbraucherschutz schwächen könnte. Die Socialplatform betont in ihrer Stellungnahme, dass es aufgrund der Komplexität der Richtlinie äußerst schwierig bzw. unmöglich ist deren Auswirkungen abzuschätzen.

Der **Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB)** hat in einem Beschluss des Bundesvorstandes vom 6.7.2004 verdeutlicht, dass er zwar das Ziel unterstütze, die Wettbewerbsfähigkeit des Dienstleistungssektors zu erhöhen, aber zur Verwirklichung der sozialen Ziele der EU harmonisierte Standards notwendig seien. Derartige sozial- und umweltpolitische Ziele würden in der DL-RL aber fehlen. Kritik findet die aus Sicht des DGB ungenaue Abgrenzung des sachlichen Regelungsbereichs der DL-RL zu den Diensten von allgemeinem Interesse (DAI). Der DGB schlägt vor, außerdem arbeits- und sozialrechtliche Fragen nicht in

einer derartigen Richtlinie zu regeln und die DL-RL in ein Paket mit je einer Richtlinie zur Leiharbeit, zur Weiterentwicklung der Arbeitnehmerrechte in Betrieb und Unternehmen und der Dienste von allgemeinem Interesse einzubinden. Die Regelungen zur Niederlassungsfreiheit enthielten zwar begrüßenswerte Aspekte der Verwaltungsvereinfachung, machten aber – auch wegen der unklaren Begriffsbestimmung einer Niederlassung - Harmoniedefizite deutlich. Das Herkunftslandprinzip wird nicht generell verworfen, bedarf aber nach Ansicht des DGB der Vereinbarung gemeinsamer Grundsätze.

Die **Industriegewerkschaft Metall (IG Metall)** weist in einer Stellungnahme vom Januar 2005 auf den breiten Anwendungsbereich der DL-RL hin. Da sich jede Produktionstätigkeit durch Outsourcingmaßnahmen in Dienstleistungstätigkeiten transferieren lässt, wird im Grunde der gesamte industrielle Sektor direkt oder indirekt durch die DL-RL betroffen. Die IG Metall kritisiert vor allem den löchrigen Schutzschirm bei der Entsendung von Arbeitnehmern. Sie sieht in dem Herkunftslandprinzip ein Instrument, um Mindeststandards bei Löhnen und Arbeitsbedingungen auszuhebeln, den Standortwettbewerb zu intensivieren und einen verschärften Unterbietungswettbewerb um Löhne und Arbeitsbedingungen einzuleiten. Die IG Metall bewertet den Richtlinienentwurf insgesamt als nicht zweckdienlich und schlägt vor, ihn komplett zurückzuziehen. In keinem Fall dürfe angesichts der großen Divergenzen in der erweiterten EU das Herkunftslandsprinzip auf die Arbeitnehmer ausländischer Dienstleistungserbringer angewandt werden. Die Leiharbeit müsse eigenständig geregelt werden.

Die **Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di** unterstützt das Ziel einer Verbesserung des Binnenmarktes und bezeichnet den Abbau bürokratischer Hindernisse als sinnvoll. Grundsätzliche Kritik übt ver.di jedoch dahingehend, dass als wesentliches Prinzip der Wettbewerb angesehen werde. Die gleichrangigen sozialen Ziele des EG-Vertrages würden demgegenüber nicht berücksichtigt. Dies widerspreche auch der ursprünglichen Lissabonner Strategie. Auch sei der Entwurf oftmals inhaltlich unklar gefasst und das Herkunftslandsprinzip widerspreche anderen Prinzipien wie etwa dem Markt- oder dem Arbeitsort. Gefordert wird das Herkunftslandprinzip nur auf der Basis harmonisierter Bedingungen anzuwenden; Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sollten dagegen allgemein dem Arbeitsortprinzip unterliegen. Insbesondere die Gefahr eines Sozialdumpings müsse auf diese Weise vermieden werden. Um eine wirksame Kontrolle zu gewährleisten müssten sowohl Herkunfts- als auch das Leistungsland Kontrollbefugnisse erhalten.<sup>10</sup> Bezüglich des Geltungsbereichs gem. Art. 2 DL-RL sei eine Klarstellung dahingehend geboten, dass verschiedene Dienstleistungen sowie Leistungen der Daseinsvorsorge von der Richtlinie ausgenommen seien, um eine Regelung „nebenbei“ und parallel zu bereits bestehenden primärrechtlichen Vorgaben im EG-Vertrag zu vermeiden. Ähnliches gelte in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit. Auch hier sei eine ausdrückliche Abgrenzung geboten.

Insgesamt geht ver.di davon aus, dass eine vollkommene Überarbeitung notwendig und es daher konsequent sei den bisherigen Vorschlag insgesamt zurückzunehmen.

---

<sup>10</sup> Weiterhin müsste in Bezug auf die Anerkennung von Berufsabschlüssen sichergestellt werden, dass dies ein gleichrangiges Ziel sei und die Dienstleistungsrichtlinie demgegenüber keinen Vorrang habe. Auch die Sicherstellung des Verbraucherschutzes müsste gewährleistet sein.

Deutliche Kritik übt die **Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU)**. Sie betont, dass das Herkunftsland mangels ausdrücklicher anderer Definition das Land der formalen Unternehmensregistrierung wäre. Briefkastenfirmen wie auch Mehrfachregistrierungen wären rechtlich nicht zu beanstanden mit der Folge, dass sich die Firmen des jeweils passenden Rechts bedienen könnten. Soweit ein Unternehmen dann tatsächlich im Inland tätig bleiben würde, jedoch als Auslandsunternehmen gelte, drohten durch diese „Ausflagging“ erhebliche negative Auswirkungen auf das Tarifrecht und die Mitbestimmung sowie das Arbeits- und Sozialrecht der Beschäftigten.<sup>11</sup> Als weitere Konsequenz drohe ein Steuerwettbewerb der Mitgliedsstaaten.

Eine effektive Verfolgung von Verstößen durch das Herkunftsland wird gar als „Farce“ bezeichnet. Ein Interesse des Herkunftslands einer Exportfirma Probleme zu bereiten sei nicht erkennbar. Weiterhin könne die fehlende Kontrollmöglichkeit des Aufenthaltes zum Entstehen einer „Exportindustrie für Illegale und zwangsarbeiterähnliche Ausbeutung“ führen.

Die IG BAU befürchtet noch weitergehend, dass etwa mitgebrachte mangelbehaftete Ausrüstung trotz Verstoß gegen die Sicherheitsvorschriften des Arbeitslandes akzeptiert werden müsste, soweit es sich um einen integralen Bestandteil der Dienstleistung handele.

Die **Gewerkschaft Nahrung-Genuß-Gaststätten (NGG)** betont ihre negativen Erfahrungen mit grenzüberschreitenden Dienstleistungen und Arbeitnehmerentsendung vor dem Beitritt der mittel- und osteuropäischen Staaten im Fleischsektor. Dort hätten extern beauftragte Werkvertragsnehmer z.B. im Schlacht- und Zerlegebereich mit ausländischen Subunternehmern kooperiert, die hierzu ihre Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden. Trotz strenger Voraussetzungen und Auflagen wie Kontingentregelungen und der Anordnung eines Mindestlohns käme es zu zahlreichen rechtswidrigen Verstößen hiergegen, z.T. auch durch Zahlung von Niedriglöhnen. Die NGG befürchtet hier den Wegfall von Kontrollmöglichkeiten durch die DL-RL und macht auf die Problematik des Lohnwuchers nach § 138 Abs. 2 BGB aufmerksam. Lohnwucher könne bei Zugrundelegung des Herkunftslandprinzips nicht mehr verfolgt werden. Der Entfall nationaler Kontrolle mache auch die dringend gebotene Abgrenzung zwischen Durchführung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung unmöglich.

### 2.2.3 Stellungnahmen der Wirtschaft

Überwiegende Zustimmung findet der Entwurf bei der **Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände (BDA)**.<sup>12</sup> Das Herkunftslandsprinzip wird dort als wesentliche Verwaltungsvereinfachung und als willkommenes Instrument zur Durchsetzung des sogenannten Bürokratieabbaus angesehen, was zu einem verbesserten Umfeld für Unternehmen und damit zu einem Schub für den innergemeinschaftlichen Handel führen könne. Wachstum und Beschäftigung müssten Vorrang in der Politik der Europäischen Union der nächsten Jahre ha-

---

<sup>11</sup> Bei ausgeflaggten Unternehmen sei weiterhin die Tarifhoheit wie die Vertretung durch den Betriebsrat in Gefahr: So sei etwa die Zuständigkeit deutscher Gewerkschaften zweifelhaft, auch könnte die Notwendigkeit der Einhaltung der Organisationsregeln des Herkunftslandes behauptet werden, etwa höhere Schwellenwerte für bestimmte Beteiligungen.

<sup>12</sup> Stellungnahme von Arbeitgeberpräsident Hundt, BDA, Presseinformation 76/2004 vom 8.12.2004

be. Andere Ziele seien dem unterzuordnen. Verbesserungsmöglichkeiten werden jedoch in Bezug auf die Kontrollen gesehen.<sup>13</sup>

Der **Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZDH)** geht zunächst davon aus, dass eine Anpassung der Wirtschaftsbedingungen auf europäischer Ebene notwendig sei, um Standortnachteile deutscher Unternehmer durch höhere Arbeitskosten aber auch durch höhere Steuern und Abgaben abzubauen. Der Entwurf der Richtlinie Sorge zwar für mehr Wettbewerb, da aber gerade kleine und mittelständische Unternehmen an ihren nationalen Standort gebunden seien, führe er gerade nicht zu einer Gleichheit der Standortbedingungen. Die Schaffung eines tatsächlichen Binnenmarktes sei auf diese Weise nicht zu erreichen. Gerade das Herkunftslandsprinzip wird dafür nur als bedingt geeignet angesehen. Insbesondere wird bemängelt, dass über die Fiktion der Gleichwertigkeit unterschiedliche Regelungsansätze in den einzelnen Mitgliedsstaaten nivelliert würden. Die daraus resultierende Inländerdiskriminierung führe dazu, dass regelungsintensivere Ansätze nicht mehr aufrechterhalten werden könnten und folglich zu einer Absenkung der Standards. Der sachliche Anwendungsbe- reich der Richtlinie müsse genauer gefasst werden. Zudem dürfe die Richtlinie nicht über das hinausgehen was zur Verwirklichung eines Binnenmarktes erforderlich sei; insbesondere die europarechtlich anerkannten Rechtfertigungsgründe für Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit seien zu berücksichtigen. Aufgrund seiner grundlegenden gravierenden Mängel kann der Richtlinienentwurf nach Auffassung des ZDH keinen Bestand haben und ist in der vorliegenden Form abzulehnen.<sup>14</sup> In Veranstaltungen fordert der ZDH, dass die EU-Kommission den Richtlinienentwurf zurückzieht.

### 3. Geltungsbereich der Richtlinie

#### 3.1 Sachlicher Geltungsbereich

Die DL-RL fußt auf dem weiten europarechtlichen Verständnis einer Dienstleistung. Im EG-Vertrag wird unter Dienstleistung nicht etwa der tertiäre Sektor einer Volkswirtschaft verstanden, sondern ein Vorgang, bei dem eine Leistung zwischen zwei Wirtschaftssubjekten erbracht wird, die sich einander als Gebietsfremde, d.h. auf dem Staatsgebiet zweier verschiedener Mitgliedstaaten, gegenüberstehen<sup>15</sup>. Dieses Verständnis führt dazu, dass der Dienstleistungsbegriff des EG-Vertrages auch dann erfüllt ist, wenn ein Betrieb des volkswirtschaftlich als sekundär bezeichneten Sektors, z.B. eine Tischlerei, grenzüberschreitende Leistungen erbringt, z.B. beim Ladenbau oder der Restauration. Dementsprechend sprechen wir von drei Fallgestaltungen:

- a) den Korrespondenzdienstleistungen (z.B. Rundfunk, elektronischer Datenverkehr, Banküberweisungen)
- b) der Ortsveränderung des Dienstleistungserbringers und
- c) der Ortsveränderung des Dienstleistungsempfängers.

<sup>13</sup> So jedenfalls die Auswertung der SPD, eine solche Stellungnahme der BDA war im Internet nicht zu finden.

<sup>14</sup> ZDH-Stellungnahme vom Juni 2004, S. 24 f

<sup>15</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 43 EG, Rn. 5

Art. 2 Ziffer 1 des Richtlinienentwurfs (DL-RL) benennt hier zunächst alle „Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden“. Ausnahmen vom Geltungsbereich bestehen nur für

- Finanzdienstleistungen,
- Dienstleistungen und Netze der elektronischen Kommunikation und
- Dienstleistungen des Verkehrs,

soweit sie von bereits verabschiedete Gemeinschaftsregelungen erfasst sind.

„Dienstleistung“ ist nach Art. 4 Ziffer 1 DL-RL jede von Art. 50 EG erfasste selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit, bei der einer Leistung eine wirtschaftliche Gegenleistung gegenübersteht.

Da die DL-RL auch die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung erfasst, sind insoweit zunächst alle Branchen erfasst. Ob eine Ausnahme bei konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung besteht, wie sie vergleichbar in § 1 AÜG enthalten ist, ist fraglich. Für die notwendige Geschäftsmäßigkeit der Dienstleistung dürfte es schon genügen, wenn es eine konzerninterne Kostenverrechnung gibt. Daher gilt die DL-RL grundsätzlich auch für die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung.

Im Organisationsbereich I dürften besonders baunahe Dienstleistungen wie Elektrohandwerk, Klempnereien, Heizungs-, Klima- und Sanitärhandwerk, Stahl- und Metallbau, betroffen sein, im Organisationsbereich III (A) Bautischlereien und –schreinereien, Fertighausbau, Innenausbau betroffen sein, in den übrigen Organisationsbereichen alle Betriebe, in denen Arbeitnehmerüberlassung stattfindet.

In grenznahen Bereichen kann es darüber hinaus überall dort zur grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen kommen, wo ein starkes Preisgefälle herrscht. Dies müsste ggf. durch entsprechende statistische Daten ermittelt und validiert werden.

Hinsichtlich der übrigen Dienstleistungen ist zu unterscheiden, wo die DL-RL eine neue Rechtslage mit sich bringt. Das ist beispielsweise bei der Erbringung von IT-Dienstleistungen aus dem Ausland immer dann der Fall, wenn dies mit der Erbringung von Dienstleistungen vor Ort einhergeht. Die Wartung von Firmennetzwerken und –servern kann in technischer Hinsicht auch aus dem Ausland heraus erfolgen, es kann aber auch sein, dass es einer physischen Präsenz des Betreuers am Ort des Netzwerkes oder Servers bedarf. Im letztgenannten Fall wäre es ein Fall der DL-RL, der das deutsche Arbeitsrecht berührt. Aktuelle Beispiele aus Gießereien, Werften, Fahrzeugbau u. a. zeigen, daß schon heute mehr und mehr Betriebe der Metall- und Elektroindustrie ausländische Werkvertragsarbeitnehmer zu Niedrigstlöhnen und überlangen Arbeitszeiten beschäftigen. In manchen Betrieben sind dies 25 bis 50 Prozent der Beschäftigten. Auch für diesen Bereich käme die DL-RL zur Anwendung.

### 3.2 Persönlicher Geltungsbereich

Die DL-RL enthält in Art. 4 Ziffer 2 und 3 sowohl hinsichtlich des „*Dienstleistungserbringers*“ als auch des „*Dienstleistungsempfängers*“ eigene Definitionen, die auf der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zu Art. 50 EG fußen.

Die wesentliche Voraussetzung für die Ingebrauchnahme der Dienstleistungsfreiheit ist die Ansässigkeit in einem Mitgliedstaat. Hierunter wird der Ort verstanden, an dem eine gewerbliche Tätigkeit ausgeübt wird<sup>16</sup>. Dieses Kriterium der Ansässigkeit kann als tragende Funktion der Dienstleistungsfreiheit bezeichnet werden.

Beim „*Dienstleistungsempfänger*“ reicht die Ansässigkeit allein aus, er muss nicht zusätzlich noch Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates sein. Dies entspricht dem vom EuGH entwickelten Konzept des „Marktbürgers“, bei dem die Staatsangehörigkeit von geringer Relevanz ist<sup>17</sup>. Anders sieht es beim „*Dienstleistungserbringer*“ aus. Von der in Art. 49 Abs. 2 EG vorgesehenen Möglichkeit, die aktive Dienstleistungsfreiheit auch in der EG ansässigen Drittstaatsangehörigen zu verleihen, hat der Ministerrat bisher keinen Gebrauch gemacht. Das gilt auch für unselbständige Niederlassungen von Drittstaatsunternehmen. Anders sieht es aus, wenn diese Drittstaatsunternehmen eine selbständige Tochtergesellschaft nach dem Gesellschaftsrecht eines Mitgliedstaates gegründet haben. Diese profitiert selbstverständlich von der Dienstleistungsfreiheit.

Die entsandten Arbeitnehmer profitieren als solche nicht von der Dienstleistungsfreiheit. Gemeinschaftsrechtlich unproblematisch und deswegen nicht von Belang ist zunächst die Entsendung von Arbeitnehmern, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind. Sie benötigen zur Aufnahme ihrer Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat im Rahmen einer Dienstleistung weder eine Aufenthalt- noch eine Arbeitserlaubnis. Anders sieht dies bei **Drittstaatsangehörigen** aus. Art. 25 DL-RL verpflichtet zwar den Herkunftsstaat dafür zu sorgen, dass der Dienstleistungserbringer nur Arbeitnehmer dann entsendet, die im Herkunftsstaat über eine gültige Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis verfügen, untersagt aber dem Empfängerstaat seinerseits eine Einreise-, Ausreise-, Aufenthalts- oder Arbeitserlaubnis vorzulegen. Der Empfängerstaat wird darauf verwiesen, sich die notwendigen Informationen im Wege der Verwaltungskooperation beim Herkunftsstaat zu beschaffen. Damit greift die DL-RL zumindest zur Arbeitserlaubnispflicht die Rechtsprechung des EuGH auf. Im Urteil „Vander Elst“<sup>18</sup> hat der EuGH Arbeitnehmer aus Drittstaaten, die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit von einem EU-Mitgliedstaat in den anderen entsandt werden, von der Arbeitserlaubnispflicht im Staat der Dienstleistungserbringung freigestellt. Die Argumentation des EuGH, diese Arbeitnehmer verlangten keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt des Staates, in den sie entsandt werden<sup>19</sup>, trifft aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht zu und ist rechtlich nur dann nachvollziehbar, wenn diese Arbeitnehmer im Rahmen ihres bestehenden Arbeitsverhältnisses wieder in den Herkunftsstaat ihre Arbeitgeber zurückkehren. Bereits aus den Art. 10 ff.

<sup>16</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 43 EG, Randnr. 157

<sup>17</sup> EuGH, C-484/93, Gustavsson/Svensson, Slg. 1995, I-3955.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-43/93, Slg. 1994, I-3808

<sup>19</sup> EuGH, a.a.O., Randnr. 21 des Urteils

der VO (EWG) Nr. 1612/68 ergibt sich, dass sich legal in der EU aufhaltende Drittstaatsangehörige nicht gleichgesetzt werden können mit jenen, die aus Drittstaaten außerhalb der EU entsandt werden.

### 3.3 Abgrenzung zur Richtlinie 96/71/EG (Entsende-Richtlinie)

Daneben sieht Art. 17 DL-RL Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip vor, d.h. die übrigen Regelungen der DL-RL sollen Anwendung finden.

Hier interessieren insbesondere Ziffer 5, wonach alle „Angelegenheiten“, die unter die „Entsende-Richtlinie“ 96/71/EG<sup>20</sup> fallen, vom Herkunftslandprinzip ausgenommen sind, sowie Ziffer 20 zur freien Rechtswahl der Parteien eines Vertrages, Ziffer 21 zu von Verbrauchern geschlossenen Verträgen und Ziffer 23 zur außervertraglichen Haftung des Dienstleistungserbringers.

Die RL 96/71/EG ist in ihrem Anwendungsbereich – anders als ihre deutsche Umsetzung, das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)<sup>21</sup> – nicht von vornherein auf eine bestimmte Branche beschränkt. Sie gilt vielmehr ausweislich ihres Art. 1 Abs. 3 für alle Entsendungen

- im Rahmen von Dienstleistungen (Buchstabe a),
- in Niederlassungen oder Konzernunternehmen in einem anderen Mitgliedstaat (Buchstabe b),
- durch Leiharbeitsunternehmen (Buchstabe c).

Die besondere Hervorhebung der **Baubranche** ergibt sich erst daraus, dass nach Art. 3 Abs. 1 2. Spiegelstrich die Erstreckung von für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträgen oder Schiedssprüchen auf die Baubranche beschränkt ist. Für **alle Branchen** gilt aber, dass *Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Empfängerstaats* zu

- a) Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten,
- b) bezahltem Mindestjahrsurlaub,
- c) Mindestlohnsätzen,
- d) Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften,
- e) Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz,
- f) Schutzmaßnahmen bzgl. Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen
- g) Gleichbehandlung von Männern und Frauen und anderen Nichtdiskriminierungsbestimmungen

anzuwenden sind. Die Entsende-Richtlinie verfolgt das Ziel, durch die Koordination des Rechts der Mitgliedstaaten einen Kern zwingender Bestimmungen festzulegen, mit denen den entsandten Arbeitnehmern ein Mindestmaß an sozialem Schutz vermittelt wird. Zugleich wird hierdurch Art. 7 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht<sup>22</sup> konkretisiert.

<sup>20</sup> Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen

<sup>21</sup> Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG), vom 26.2.1996, BGBl. I S. 227

<sup>22</sup> Übereinkommen vom 19.6.1980, ABl. EG L 266 vom 9.10.1980, 1

Zunächst ist bereits unklar, was mit den „Angelegenheiten“ der Richtlinie 96/71/EG gemeint ist, die vom Herkunftslandprinzip unberührt bleiben sollen. Unter „Kohärenz mit anderen Politikbereichen der Gemeinschaft“ ist unter Ziffer 5 des Vorworts zur DL-RL ausgeführt, dass in der DL-RL „die Aufgabenverteilung zwischen Herkunftsmitgliedstaat und Entsendemitgliedstaat sowie die Modalitäten für das Verwaltungsverfahren zur Kontrolle klar geregelt werden“. Gegenüber der Richtlinie 96/71/EG enthält Art. 24 DL-RL allerdings erhebliche Einschränkungen der Rechte des Staates, in den entsandt wird.

Von einer Festschreibung des gegenwärtigen Status quo oder einem „Unberührt lassen“ der RL 96/71/EG kann keine Rede sein, soweit es um die **Kontrollbefugnisse des Empfängerstaats** geht. Nicht mehr zulässig sind danach

- innerstaatliche Genehmigungserfordernisse,
- Abgabe von Erklärungen,
- Bestellung eines Vertreters im Entsendestaats und
- Aufbewahrung von Sozialversicherungsunterlagen im Entsendestaats.

Der Herkunftsstaat wird verpflichtet z.B. durch entsprechende Verwaltungsvorschriften sicherzustellen, dass der Dienstleistungserbringer gegenüber dem Herkunftsstaat und dem Empfängerstaat bis zu zwei Jahre nach Beendigung der Entsendung Angaben über die entsandten Arbeitnehmer und ihre Beschäftigungsbedingungen, ihre Tätigkeit und den Dienstleistungsempfänger machen kann.

Im **Ergebnis** scheinen, soweit man die „Angelegenheiten“ der Entsende-Richtlinie so verstehen kann, deren materieller Gehalt unangetastet zu bleiben, die Kontrollbefugnisse des Empfängerstaats jedoch erheblich eingeschränkt zu werden. Dabei darf nicht vergessen werden, dass die Entsende-Richtlinie nur einen Harmonisierungsrahmen vorgibt, der der Ausfüllung durch die nationale Gesetzgebung bedarf. In der Bundesrepublik Deutschland ist dies das Arbeitnehmer-Entsendegesetz, das in seinem Anwendungsbereich gem. § 1 Abs. 1 AEntG auf das Baugewerbe beschränkt ist und andere Wirtschaftszweige nicht erfasst.

Die Entsendebestimmungen gehen grundsätzlich von einer nicht dauerhaften Entsendung aus. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG spricht von einer Entsendung für einen „begrenzten Zeitraum“, was sich wegen des Zusammenhangs mit der Dauer der Dienstleistung auch aus Art. 1 Abs. 3 lit. a bis c der Richtlinie 96/71/EG ergibt. Eine **absolute Begrenzung**, z.B. auf ein oder zwei Jahre, erfährt dieser Zeitraum aber nicht. Hier ist auch Art. 14 Abs. 1 lit. a der VO 1408/71 nicht von Bedeutung. Diese Regelung betrifft nur die Frage, zu welchem nationalen Sozialversicherungssystem ein Arbeitnehmer gehört. Aus ihr lässt sich daher keine Begrenzung der Entsendung herauslesen<sup>23</sup>. Gerade für die Erbringung von Dienstleistungen hat der EuGH festgehalten, dass dieser Vorgang auch mehrere Jahre andauern kann<sup>24</sup>. Deswegen kann es bei vermehrter Erbringung von grenzüberschreitender Dienstleistung über längere Zeiträume u.a. auch zu Abgrenzungsproblemen zum Niederlassungsbegriff kommen.

---

<sup>23</sup> Müller (1997), 79 f.

<sup>24</sup> EuGH, Urteil vom 11.12.2003, Rs. C- 215/01, Schnitzler

Die Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG in den Mitgliedstaaten der EU ist sehr unterschiedlich. Die Gefahr einer Festschreibung der nationalen Regelung besteht zwar durch die DL-RL nicht, da es sich um zwei gleichrangige Rechtsinstrumente handeln würde. Die Unterschiedlichkeit der nationalen Regelung verschärft aber die jetzt schon erhebliche **Kontrollproblematik**.

Aus der Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Durchführung der Richtlinie 96/71/EG in den Mitgliedstaaten vom 25.7.2003<sup>25</sup> ergibt sich folgendes Bild: So gab es in **Deutschland**<sup>26</sup>, **Österreich**<sup>27</sup> und **Frankreich**<sup>28</sup> bereits vor der Verabschiedung der Richtlinie Regelungen zur Entsendung von Arbeitnehmern. Nach der endgültigen Verabschiedung der Richtlinie wurden die Rechtsvorschriften dieser Länder den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen angepasst<sup>29</sup>. Der eher klassischen Vorgehensweise folgten andere Staaten wie **Spanien**<sup>30</sup>, **Dänemark**<sup>31</sup>, **Finnland**<sup>32</sup>, **Griechenland**<sup>33</sup>, **Italien**<sup>34</sup>, **Niederlande**<sup>35</sup>, **Portugal**<sup>36</sup>, **Schweden**<sup>37</sup>, **Belgien**<sup>38</sup> und **Luxemburg**<sup>39</sup>, indem sie nach Verabschiedung der Richtlinie entsprechende Rechtsvorschriften erließen.

**Alle Mitgliedstaaten** verlangen von im Ausland niedergelassenen Unternehmen, die Arbeitnehmer in ihr Hoheitsgebiet entsenden, die Einhaltung ihrer Umsetzungsvorschriften. Der Grundsatz, wonach Unternehmen mit Sitz in einem Nichtmitgliedstaat keine günstigere Behandlung zuteil werden darf als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, wurde überall beachtet.

**In Irland** wurden keine speziellen Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie getroffen. Es gibt allerdings eine Bestimmung im Gesetz über den Schutz von Teilzeitbeschäftigten, mit dem eine andere Gemeinschaftsrichtlinie umgesetzt wurde; diese Bestimmung soll klarstellen, dass bestimmte Vorschriften des irischen Rechts auch für nach Irland entsandte Arbeitnehmer gelten.

**In Großbritannien** hielt man den Erlass eines speziellen Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie für nicht erforderlich, weil die nationalen Rechtsvorschriften

---

<sup>25</sup> KOM (2003) 458 endg.

<sup>26</sup> Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 26.02.1996.

<sup>27</sup> Bundesgesetzblatt I 1995/895.

<sup>28</sup> Gesetz vom 20.12.1993 und Durchführungsdekret vom 11. Juli 1994.

<sup>29</sup> Deutschland: Gesetz vom 19.12.1998 zur Änderung des AEntG vom 26.02.1996; Österreich: Verabschiedung des AVRAG, in Kraft getreten am 01.10.1999; in Frankreich: Dekret vom 04.09.1999 und vom 29.05.2000 zur Änderung der Vorschriften des französischen Arbeitsgesetzbuchs über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen.

<sup>30</sup> Gesetz 45/1999 vom 29.11.1999.

<sup>31</sup> Gesetz Nr. 933 vom 15.12.1999 (in Kraft getreten am 17.12.1999).

<sup>32</sup> Gesetz 1146/1999 (in Kraft getreten am 16.12.1999 und durch das Gesetz 74/2001 vom 26.01.2001 modifiziert, um der Verabschiedung eines neuen Arbeitsvertragsgesetzes Rechnung zu tragen).

<sup>33</sup> Präsidialverordnung Nr. 219 vom 28.08.2000 (in Kraft getreten am 31.08.2000).

<sup>34</sup> Decreto-legge Nr. 72 vom 25.02.2000.

<sup>35</sup> Gesetz vom 02.12.1999 (in Kraft getreten am 23. Dezember 1999).

<sup>36</sup> Gesetz 9/2000 vom 15.06.2000.

<sup>37</sup> Gesetz 1999:678 (in Kraft getreten am 16.12.1999).

<sup>38</sup> Gesetz vom 05.03.2002 (Moniteur belge vom 13.03.2002) und Arrêté royal vom 29.03.2002 (Moniteur belge vom 17.4.2002).

<sup>39</sup> Détachement de travailleurs et contrôle de l'application du droit de travail (Entsendung von Arbeitnehmern und Kontrolle der Anwendung des Arbeitsrechts), Gesetz vom 20.12.2002, Gesetzessammlung A-Nr. 154, 31.12.2002.

auf alle Arbeitnehmer unabhängig von ihrem Status anwendbar sind. Es wurden lediglich einige enger gefasste Bestimmungen modifiziert, um entsandte Arbeitnehmer in ihren Geltungsbereich einzubeziehen.

Die meisten Mitgliedstaaten haben in ihren Rechtsvorschriften die in der Richtlinie genannten Entsendungsfälle definiert, einige haben die Definitionen der Richtlinie wörtlich übernommen. In manche Rechtsvorschriften wurde auch die Definition des „entsandten Arbeitnehmers“ der Richtlinie übernommen, während sich in anderen Mitgliedstaaten die Bedeutung dieses Begriffs aus der Gesamtheit der einschlägigen Rechtsvorschriften ergibt.

In Bezug auf die Bestimmung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die nach diesen Rechtsvorschriften auf entsandte Arbeitnehmer anwendbar sind, lassen sich drei Gruppen von Mitgliedstaaten unterscheiden:

- Einige Staaten haben den Wortlaut der Richtlinie im Wesentlichen übernommen, ohne näher auszuführen, welche Bestimmungen des nationalen Rechts den in der Richtlinie genannten Aspekten entsprechen.
- Andere Staaten haben sich bemüht, die den in der Richtlinie genannten Aspekten entsprechenden nationalen Rechtsvorschriften zu identifizieren und Verweise auf diese Rechtsvorschriften vorgenommen.
- Zwei Staaten haben keine besondere Vorschrift über die auf entsandte Arbeitnehmer anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften erlassen; in einem dieser Mitgliedstaaten wurde lediglich eine Bestimmung erlassen, die klarstellt, dass das Arbeitsrecht für die in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer gilt.

Die Frage der Anwendbarkeit von **Tarifverträgen** ist insoweit von großer Bedeutung, als die Löhne vorwiegend tariflich festgelegt werden. Die meisten Umsetzungsvorschriften sehen die Anwendbarkeit oder die Ausweitung der Geltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge auch auf entsandte Arbeitnehmer vor. In einigen Mitgliedstaaten gibt es keine allgemeinverbindlichen Tarifverträge. Diese Mitgliedstaaten wenden auf entsandte Arbeitnehmer folglich nur ihre gesetzlichen Bestimmungen oder sonstigen Rechtsvorschriften an.

Was die *Ausnahme sowie die Möglichkeiten der Abweichung und sonstigen Optionen* angeht, die die Richtlinie vorsieht, so lässt sich die Situation wie folgt zusammenfassen:

Die Ausnahme für – nicht im Rahmen von Bauarbeiten – durchgeführte Montagearbeiten, die nicht länger als acht Tage dauern (Artikel 3 Absatz 2), ist nicht in allen Mitgliedstaaten vorgesehen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass diese Ausnahme nicht für Bauarbeiten gilt, die im Anhang der Richtlinie geregelt sind.

Die meisten Mitgliedstaaten haben die Möglichkeiten der Abweichung von der Richtlinie (Artikel 3 Absätze 3, 4 und 5) nicht genutzt. Zwei Mitgliedstaaten haben die Ausnahme für Montagearbeiten mit sämtlichen Abweichungsmöglichkeiten kombiniert, so dass ihre Umsetzungsvorschriften bei Entsendungen, die acht Tage nicht überschreiten, unanwendbar sind.

Mehrere Mitgliedstaaten haben von der ihnen in Artikel 3 Absatz 10 erster Gedankenstrich eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht, für die betreffenden Unternehmen andere als die in Artikel 3 genannten Arbeitsbedingungen vorzuschreiben.

Gemäß Artikel 3 Absatz 10 zweiter Gedankenstrich können die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmestaats, die in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen oder Schiedssprüchen festgelegt sind und andere als die im Anhang<sup>40</sup> genannten Tätigkeiten betreffen, inländischen und ausländischen Unternehmen in gleicher Weise vorgeschrieben werden.

Folgende Mitgliedstaaten haben von dieser Möglichkeit der Ausdehnung des Geltungsbereichs Gebrauch gemacht: In Österreich, Belgien, Spanien, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Portugal, Luxemburg sind alle Sektoren erfasst.

In **Deutschland** ist eine Ausweitung von tarifvertraglich festgesetzten Arbeitsbedingungen, die andere Tätigkeiten als das Baugewerbe betreffen, auf entsandte Arbeitnehmer nur für die Seeschiffahrtsassistenten vorgesehen (Mindestlöhne, Dauer des bezahlten Urlaubs, Urlaubsentgelt oder zusätzliches Urlaubsgeld). In den Niederlanden ist die Anwendung tarifvertraglich festgesetzter Arbeitsbedingungen auf die im Anhang der Richtlinie genannten Tätigkeiten beschränkt. Da es in Dänemark, in Großbritannien und in Schweden keine allgemeinverbindlichen Tarifverträge gibt, ist diese Möglichkeit dort gegenstandslos.

Die Kommission hat insbesondere folgende Probleme identifiziert:

- Die Rechtslage in Großbritannien und Irland, die den Erlass spezieller, ausdrücklicher Umsetzungsmaßnahmen nicht für erforderlich gehalten haben, entspricht nicht den Kriterien, die der EuGH für die ordnungsgemäße Umsetzung von EU-Richtlinien entwickelt hat. Die zwingenden Vorschriften im Sinne der Richtlinie und die sich aus der Richtlinie ergebenden Rechte und Pflichten sind dort nicht eindeutig festgelegt. Artikel 6 über die gerichtliche Zuständigkeit wurde nicht ausdrücklich umgesetzt.

Die Schwierigkeiten bei der Suche nach Informationen, bei der Kontrolle der Einhaltung nationaler Umsetzungsmaßnahmen oder bei der Durchsetzung von Sanktionen können die Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigen.

## 4. Die Kompetenz der EG zum Erlass der Dienstleistungsrichtlinie

### 4.1. Subsidiarität einer Regelungskompetenz auf EU-Ebene

Der aus der DL-RL folgende Verzicht auf Kontrollmöglichkeiten der Empfängerstaaten ist weniger im Hinblick auf den Subsidiaritätsgrundsatz, sondern vielmehr als möglicher Verstoß gegen den in Art. 5 Abs. 3 EG niedergelegten **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** problematisch.

---

<sup>19</sup> Im Anhang sind aufgeführt: alle Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen, insbesondere Aushub, Erdarbeiten, Bauarbeiten im engeren Sinne, Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen, Einrichtung oder Ausstattung, Umbau, Renovierung, Reparatur, Abbauarbeiten, Abbrucharbeiten, Wartung, Instandhaltung (Maler- und Reinigungsarbeiten), Sanierung.

#### 4.1.1. Verstoß gegen die Erforderlichkeit gem. Art. 5 Abs. 3 EG

Gem. Art. 5 Abs. 3 EG dürfen Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele des EG Vertrages erforderliche Maß hinausgehen. Dies entspricht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip nach deutschem Verständnis. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist auch als allgemeiner Grundsatz durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannt.<sup>41</sup> Bei dem Grundsatz der Erforderlichkeit handelt es sich letztlich um eine weitere Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes.

Die Geeignetheit zur Erreichung des angestrebten Ziels, dem Abbau von Hemmnissen zur Verwirklichung des Binnenmarktes, mag zwar gegeben sein. Zu bezweifeln ist dies jedoch bereits bei der Erforderlichkeit im engeren Sinn, also der Frage der Auswahl zwischen mehreren in Betracht kommenden Mitteln.

#### 4.1.2 Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz in Art. 5 Abs. 2 EG

Die in Art. 5 Abs. 2 EG festgelegte Subsidiarität ist ein Unterfall des (weiteren) allgemeinen Subsidiaritätsprinzips und wurde im zwölften Erwägungsgrund der Präambel zum EU-Vertrag verankert.<sup>42</sup>

Bei Art. 5 Abs. 2 EG handelt es sich um eine Kompetenzregel. Sie greift ein, wenn die EG in einem Bereich tätig wird, der nicht ihrer ausschließlichen Zuständigkeit unterliegt. Danach bleibt es grundsätzlich beim Vorrang des Gemeinschaftsrechtes; Art. 5 Abs. 2 verschafft der Gemeinschaft folglich keine (neue) Kompetenz, es handelt sich vielmehr um eine zusätzliche Beschränkung für die Ausübung einer bereits vorhandenen Kompetenz.<sup>43</sup>

Danach darf die Gemeinschaft nur unter zwei Voraussetzungen tätig werden: (1) ein Ziel des EG Vertrages kann durch das Handeln der Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene **nicht ausreichend** erreicht werden und (2) das Ziel kann in Anbetracht des Umfangs und der Wirkungen einer gemeinschaftlichen Maßnahme **besser** auf Gemeinschaftsebene erreicht werden

Insbesondere das Herkunftslandprinzip in Art. 16 der DL-RL ist daran zu messen. Soweit das Subsidiaritätsprinzip einem Tätigwerden der EG entgegensteht, ist eine Rechtssetzung durch die Gemeinschaft ausgeschlossen. Ein solcher Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz ergibt sich vorliegend aus zwei Gründen: Zum einen ist das Herkunftslandsprinzip zur Integration des Binnenmarktes nicht erforderlich; zum anderen kommt ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip durch einen Verzicht auf Kontrollmöglichkeiten in Betracht.

So ist es vorstellbar, dass bereits die Überprüfung nationaler Vorschriften anhand Art. 49 EG zur Integration des Binnenmarktes ausreicht.<sup>44</sup> Auch könnte die DL-RL dazu führen, dass gerechtfertigte nationale Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs ohne unmittelbare Notwendigkeit hierfür harmonisiert

<sup>41</sup> Zuleeg in von der Groeben/Schwarze, Art. 5 Rn. 37 m.w.N. in Fn. 193

<sup>42</sup> Dazu Pieper, DVBl. 1993, 705 (712)

<sup>43</sup> Zuleeg in von der Groeben/Schwarz, EGV, Art 5 EG Rn 26

<sup>44</sup> Eine ähnliche Fragestellung wird aufgeworfen bei Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (702)

werden.<sup>45</sup>

Die hierfür maßgeblichen Voraussetzungen der „Erforderlichkeit“ und einer „besseren Regelung“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe und unterliegen grundsätzlich in vollem Umfang der Kontrolle durch den EuGH. Hier ist ein weiter Ermessens- und Beurteilungsspielraum der zuständigen Organe anerkannt.<sup>46</sup>

## 4.2 Die Rechtsgrundlage der DL-RL

Die DL-RL ist gestützt auf die Regelungskompetenz der Gemeinschaft nach Art. 47 Abs. 2 S. 1 in Verbindung mit Art. 55 EG, d.h. auf die Koordinierung von Vorschriften zur Erleichterung der Dienstleistungsfreiheit. Dies kann durchaus soweit gehen, dass hier bei produktbezogenen Dienstleistungen auch Vorschriften zu den Dienstleistungserzeugnissen enthalten sind. Dies war zum Beispiel bei der Fernseh-Richtlinie<sup>47</sup> der Fall. Andere Beispiele sind der Einbezug von Regelungen zur Warenverkehrsfreiheit, so bei Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen<sup>48</sup> und zur Öffnung der Energiemärkte<sup>49</sup>.

Die DL-RL beschreitet insofern bedenkliches Neuland, als er die Grenzen seiner Rechtsgrundlage und damit des dadurch umrissenen Kompetenzrahmens gleich an mehreren Stellen überschreitet. Das betrifft einmal die Bestimmungen zur Niederlassungsfreiheit (Art. 9 ff. DL-RL), aber auch diejenigen Regelungsgebiete, die mangels gemeinschaftlicher Harmonisierung und aufgrund primärrechtlicher Normen wie z.B. die Gesundheitsdienste gem. Art. 152 Abs. 5 EG in die vorrangige Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen.

## 5. Der Richtlinienentwurf und die Dienstleistungsfreiheit

### 5.1 Das Herkunftslandprinzip

Kernstück der DL-RL und zugleich wesentlicher Kritikpunkt nicht zuletzt in sozialpolitischer Hinsicht ist das Herkunftslandprinzip in seinem Art. 16.

Gleichwohl ist das Herkunftslandprinzip in der Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit insbesondere durch den EuGH nicht neu. Das gilt vor allem auch bei der Entsendung von Arbeitnehmern. So soll die Dienstleistungsfreiheit Unternehmen begünstigen, die bereits im **Herkunftsland** rechtmäßig Dienstleistungen erbringen<sup>50</sup>. Die Behörden des Empfängerstaats der Dienstleistung müssen zunächst prüfen, ob die nach dem Herkunftsstaat verlangten Unterlagen für eine Kontrolle hinreichend sind. Vor nationalen Kontrollmaßnahmen ist

<sup>45</sup> Spindler, RabelsZ 66 (2002), 633 (702) mit weiteren Nachweisen in Fn. 262

<sup>46</sup> Kritisch zur Justiziabilität auch Zuleeg in *von der Groeben/Schwarze*, EGv, Art 5 EG Rn. 35 mit weiteren Nachweisen

<sup>47</sup> Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. EG 1989 Nr. L 298, S. 23

<sup>48</sup> beginnend mit der Richtlinie 93/36/EWG über öffentliche Lieferaufträge, ABl. 1993 EG Nr. L 199

<sup>49</sup> vgl. z.B. die Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. 1996 EG Nr. L 27, S. 20

<sup>50</sup> EuGH, Säger/Dennemeyer, C-76/90, Slg. 1991, I-4221, 12; Vander Elst, C-43/93, Slg. 1994, I-3803, 14; Parodi, C-222/95, Slg. 1997, I-3899, 18; Arblade/Leloup, C-369 u. 376/96, Slg. 1999, I-8453, 33; De Coster, C-17/00, Slg. 2001, I-9445, 29

zu prüfen, ob die Kontrollergebnisse nicht im Wege der Verwaltungskooperation erzielt werden können<sup>51</sup>.

In Art. 50 Abs. 3 EG heißt es, dem Dienstleistungserbringer müsse ermöglicht werden, die Dienstleistung im Empfangsland unter den Bedingungen zu erbringen, „*welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt*“. Dies bedeutet aber nach der neueren Rechtsprechung des EuGH nicht automatisch, dass damit gerechtfertigt wäre, dem Dienstleistungserbringer die Bedingungen des Empfangsstaates aufzuerlegen. Damit hat der EuGH seine Rechtsprechung im Urteil „Säger“<sup>52</sup> aufgegeben. Neuerdings betont der EuGH gerade in Entscheidungen, die zur Entsendung von Arbeitnehmern ergangen sind, den Liberalisierungsgehalt der Dienstleistungsfreiheit und formuliert:

*„Die Anwendung der nationalen Regelungen des Aufnahmestaats ist geeignet, Dienstleistungen zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, soweit daraus zusätzliche Kosten und zusätzliche administrative und wirtschaftliche Belastungen folgen.“*<sup>53</sup>.

Das Herkunftslandprinzip basiert auf einer Garantenstellung des Herkunftslandes und dem wechselseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten zueinander, wenn entsprechendes Sekundärrecht existiert, das eine *Harmonisierung* bereits bewirkt hat<sup>54</sup>.

Genau hierin liegt das wesentliche Problem der grundsätzlichen Anordnung des Herkunftslandprinzips in der DL-RL: Damit wird eine Anerkennungspflicht begründet für Regelungsbereiche, die derzeit noch nicht harmonisiert sind. Das gilt z.B. für die Arbeitnehmerüberlassung.

## 5.2. Das Diskriminierungsverbot

Bei einer Beurteilung dazu, inwieweit die DL-RL durch die Aufhebung von Leistungsbeschränkungen in das deutsche Recht eingreift, ist zunächst notwendig, sich einen Überblick über die schon bisher eingetretene Liberalisierung zu verschaffen. Diese ist im Wesentlichen durch die konkretisierende Rechtsprechung des EuGH erfolgt.

Zuallererst beinhaltet die Dienstleistungsfreiheit ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich Erbringer und Empfänger von Dienstleistungen aus dem EU-Ausland. Deutlich tritt dieser Begriffsinhalt im Wortlaut von Artikel 50 Abs. 3 EG zutage. Danach ist die Erbringung von Dienstleistungen zulässig „...*unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt*.“ Die Vokabel „*vorschreibt*“ in Art. 50 Abs. 3 EG impliziert zugleich, dass der Dienstleistungserbringer nur Vorschriften **zwingender Natur** zu beachten hat. Diese Diskussion bildete bekanntlich bei der Gesetzgebung zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) eine maßgebliche Rolle<sup>55</sup> und hat letztlich zu dem vom Gesetzgeber präferierten und trotz anfänglicher Kritik inzwischen aner-

<sup>51</sup> EuGH, Arblade/Leloup, C-369 u. 376/96, Slg. 1999, I-8453

<sup>52</sup> EuGH, Säger/Dennemeyer, C-76/90, Slg. 1991, I-4221, 13

<sup>53</sup> EuGH, Mazzoleni/ISA, C-165/98, Slg. 2001, I-2189, 22; Finalarte u.a., C-49/98 ff., Slg. 2001, I-783,

30

<sup>54</sup> EuGH, Arblade/Leloup, C-369 u. 376/96, Slg. 1999, I-8453

<sup>55</sup> vgl. hierzu Lorenz (1996), 9, 18

kannten Weg geführt, für die Regelung der auf ausländische Arbeitgeber zu erstreckenden Mindestarbeitsbedingungen auf für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge zurückzugreifen.

Rechtfertigen lassen sich unmittelbar diskriminierende Verstöße gegen die Dienstleistungsfreiheit in Form von Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit grundsätzlich nicht. Sie sind jedoch unbeachtlich, wenn sie ihren Grund in der Ausübung öffentlicher Gewalt oder der Abwehr von Angriffen auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung haben. Folgende Fallgruppen von Diskriminierungen lassen sich unterscheiden:

### **a) Offene Diskriminierung**

Eine Leistung darf nur von Staatsangehörigen des Mitgliedstaates A erbracht werden (*personenbezogen*) (vgl. Art. 14 Ziffer 1 Buchstabe a) DL-RL) oder wird nur zugelassen, wenn sie aus A erbracht wird (*produktbezogen*).

Das Erfordernis, dass eine Gesellschaft ihren Hauptsitz im Mitgliedstaat A hat, wird – wie in Art. 14 Abs. 1 Einleitungssatz DL-RL - dem Erfordernis der Staatsangehörigkeit gleich gestellt<sup>56</sup>, jedoch nicht, wenn der Mitgliedstaat A eine unselbständige Niederlassung<sup>57</sup> oder Filiale<sup>58</sup> genügen lässt. Darin läge zumindest keine offene Diskriminierung, jedoch aber wohl eine versteckte Diskriminierung (s.u.). Gleichermaßen wird es wie eine Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit behandelt, wenn Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten grundsätzlich untersagt werden.

### **b) Versteckte Diskriminierung**

Das klassische Beispiel wäre, dass ein im Mitgliedstaat B ansässiger Dienstleistungserbringer im Mitgliedstaat A nur tätig sein darf, wenn er dort eine unselbständige Niederlassung errichtet. Dies greift Art. 14 Abs. 3 DL-RL auf, der die Wahlfreiheit der Empfängerstaaten beim Niederlassungserfordernis einschränken soll.

Auch hier ist zwischen personenbezogenen und produktbezogenen Diskriminierungen zu unterscheiden.

#### **aa) personenbezogen**

Verboten ist z.B. das Erfordernis eines dauerhaften privaten Wohnsitzes des Dienstleistungserbringers im Leistungserbringungsstaat<sup>59</sup> (vgl. auch Art. 14 Abs. 1 Buchstabe b) DL-RL), aber auch die Benennung eines Bevollmächtigten mit inländischer Zustellungsanschrift<sup>60</sup>. In der Rechtsprechung des EuGH konnte bisher noch kein Mitgliedstaat damit durchdringen, dass die Errichtung einer

<sup>56</sup> EuGH, Kommission/Spanien, C-114/97, Slg. 1998, I-6717

<sup>57</sup> EuGH, Kommission/Italien, C-279/00, Slg. 2002, I-1425 zur Niederlassungspflicht eines Leiharbeitsunternehmens in Italien

<sup>58</sup> EuGH, Kommission/Belgien, C-355/98, Slg. 2000, I-1221

<sup>59</sup> vgl. nur EuGH, Kommission/Spanien, C-114/97, Slg. 1998, I-6717

<sup>60</sup> Kommission/Luxemburg, C-478/01, 6.3.2003

Niederlassung im Erbringerstaat unerlässlich sei<sup>61</sup>. Auch bei Zeitarbeitsfirmen<sup>62</sup> oder Baufirmen, um Einhaltung des deutschen Tarifrechts zu kontrollieren<sup>63</sup>, lehnte der EuGH das Erfordernis einer Zweitniederlassung ab. Ausnahmsweise hat der EuGH die Zulässigkeit der Präsenzpflicht für die Dauer der Dienstleistungserbringung bejaht bei einem deutschen Wirtschaftsprüfer wegen und dies mit dem geringen Liberalisierungsgrad der RL 84/253/EWG begründet<sup>64</sup>.

Die Verpflichtung zur Benennung eines dauerhaften Vertreters vor Ort wird dagegen als zulässig angesehen<sup>65</sup>, nicht jedoch die zwingende Qualifizierung als Arbeitnehmer im Staat der Dienstleistungserbringung, obwohl dieselbe Person im Herkunftsstaat als Selbstständiger tätig ist<sup>66</sup>. Bei entsandten Arbeitnehmern wäre allerdings auch nach Verabschiedung der DL-RL weiterhin die Entsende-Richtlinie 96/71/EG einschlägig. Deren Art. 2 Abs. 1 stellt hierfür auf das Recht des *Erbringerstaats* ab, da dieser gem. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie für die Einhaltung der Mindestarbeits- und Mindestbeschäftigungsbedingungen zuständig ist.

### bb) produktbezogen

Hier besteht ein erheblich weiterer Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten, z.B. können Lotterien, Glücks- und Wettspiele grundsätzlich verboten werden<sup>67</sup>.

Die versteckte Diskriminierung bedarf einer objektiven Rechtfertigung. Die Rechtsprechung des EuGH ist hier bisher v.a. zur unterschiedlichen steuerlichen Behandlung grenzüberschreitender Dienstleistungen ergangen; problematisch wäre daher z.B. eine Strafsteuer gegen grenzüberschreitendes Sozialdumping, soweit sie allein auf den Aspekt der Grenzüberschreitung abstellt.

## 5.3. Das Beschränkungsverbot

Da sich das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, zu denen die Dienstleistungsfreiheit gehört, keineswegs in einem statischen Zustand befinden, sondern einem ständigen (dynamischen) Wandel unterlegen sind, machte auch der Begriffsinhalt der Dienstleistungsfreiheit nicht von der Schranke der Nichtdiskriminierung halt. Ausschlaggebend hierfür war die Rechtsprechung des EuGH. Den wesentlichen Grund dafür, warum das Gebot der Inländergleichbehandlung für die Dienstleistungsfreiheit nicht hinreichend ist, dürfte in der Unterscheidung zur Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 ff. EG liegen, die notwendigerweise mit einer dauerhaften und nicht - wie bei der Dienstleistungsfreiheit - nur vorübergehenden Unterwerfung unter die nationalen Regelungen verbunden ist<sup>68</sup>. Von einem Unionsbürger, die sich nur für

<sup>61</sup> z.B. in dem vom EuGH als „*besonders sensibel*“ eingestuften Bereich der Schadensversicherung EuGH, Kommission/Deutschland, C-205/84, Slg. 1986, 3755, 52-57

<sup>62</sup> EuGH, Kommission/Italien, C-279/00, Slg. 2002, I-1425

<sup>63</sup> EuGH, Kommission/Deutschland, C-493/99, Slg. 2001, I-8163

<sup>64</sup> EuGH, Ramrath, C-106/91, Slg. 1992, I-3351 EuGH, Ramrath, C-106/91, Slg. 1992, I-3351

<sup>65</sup> zur Entsende-RL EuGH, Arblade/Leloup, C-369/96 und 376/96, Slg. 1999, I-8453

<sup>66</sup> zu Fremdenführern in Griechenland EuGH, SETTG, C-398/95, Slg. 1997, I-3091; für Hafenarbeiter in Belgien EuGH, Becu/Verweire, C-22/98, Slg. 1999, I-5665

<sup>67</sup> EuGH, Schindler, C-275/92, Slg. 1994, I-1039

<sup>68</sup> Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge vom 21.2.1991 in der Rs. C-76/90, Säger & Dennemeyer, Slg. 1991, I-4229, Randnr. 23

einen abgegrenzten Zeitraum in einen anderen Mitgliedstaat begibt, kann man nicht erwarten, dass er sich sämtlichen dort geltenden Regelungen unterwirft. Vielmehr hat er einen gemeinschaftsrechtlich verbrieften Anspruch darauf, seine Dienstleistung ohne Behinderungen und Beschränkungen zu empfangen oder zu erbringen.

Vor diesem Hintergrund hat sich für weiterreichende Rechte der Erbringer und Empfänger von grenzüberschreitenden Dienstleistungen der Begriff des „*Beschränkungsverbot*“ herausgebildet, der nicht immer leicht gerade zur mittelbaren, auch als versteckt oder indirekt bezeichneten, Diskriminierung abzugrenzen ist.

Eine **Beschränkung** ist nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH immer dann gegeben, wenn die Regelung gleichermaßen für in- und ausländische Dienstleistungserbringer gilt, jedoch eine tatsächliche und unmittelbare Beeinträchtigung der Dienstleistungserbringung bewirkt<sup>69</sup>. Hiervon könnte zum Beispiel das Erfordernis einer inländischen Bankverbindung erfasst sein. Eine mittelbare Diskriminierung stellt im Unterschied dazu eine Ungleichbehandlung dar, die an ein Merkmal anknüpft, das von der überwiegenden Mehrzahl der ausländischen Dienstleistungserbringer erfüllt wird. Umstritten ist hingegen, ob in Analogie zum EG-Wettbewerbsrecht gemäß den Kartellverboten der Art. 81 ff. EG die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit *spürbar* sein muss oder ob es bereits genügt, dass die angegriffene nationale Regelung objektiv für eine Beschränkung *geeignet* ist. Bislang hat sich der EuGH zu dieser Frage nicht geäußert und hat bei den vorgetragenen Beschränkungen stets ohne weitere Prüfung unterstellt, dass sie sich auf die Dienstleistungsfreiheit auswirken. Das spricht dafür, dass der EuGH die bloße *Geeignetheit* genügen lässt.

Ebenso wie Diskriminierungen können Beschränkungen, die wegen der Dienstleistungsfreiheit als problematisch angesehen werden, sowohl *personenbezogen* (Anforderungen an die Person des Leistungserbringers) als auch *produktbezogen* (Anforderungen an das Dienstleistungsprodukt)<sup>70</sup> sein. Typischerweise betrifft das Beschränkungsverbot Zulassungserfordernisse und Regelungen über die Ausübung der Dienstleistung. Als eine solche Beschränkung hat der EuGH u.a. angesehen Erlaubnispflichten für Tätigkeiten, die in anderen Mitgliedstaaten nicht genehmigungspflichtig sind<sup>71</sup> oder die notwendige Vorlage von Genehmigungen und Entrichtung von Gebühren, wenn für den identischen Tatbestand schon eine Genehmigung des Herkunftsstaates präsentiert werden kann<sup>72</sup>.

Unabhängig davon erachtet der EuGH Beschränkungen ausnahmsweise als zulässig, wenn sie durch erhebliche Gründe des allgemeinen Interesses gerechtfertigt sind<sup>73</sup>. Hierzu zählt der Gerichtshof z.B. die Funktionsfähigkeit der Justiz<sup>74</sup>, die Kohärenz des Steuersystems<sup>75</sup> und der Erhalt der guten Reputati-

<sup>69</sup> EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-76/90, Säger & Dennemeyer, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12

<sup>70</sup> Vgl. für Fernsehspots z.B. EuGH, Rs. C-6/98, ARD/Pro Sieben, Slg. 1999, I-7599; zu Leistungen der Krankenversorgung EuGH, Rs. C-158/96, Kohll, Slg. 1998, I-1931

<sup>71</sup> EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-76/90, Säger/Dennemeyer, Slg. 1991, I-4221

<sup>72</sup> z.B. EuGH, 4.12.1986, Rs. 205/84, Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755

<sup>73</sup> EuGH, 30.11.1995, C-55/94, Gebhard, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 21

<sup>74</sup> EuGH, 3.12.1974, 33/74, van Binsbergen, Slg. 1974, 1299

<sup>75</sup> EuGH, 28.11.1992, C-204/90, Bachmann, Slg. 1992, I-249

on des Finanzsektors<sup>76</sup>. Im hier näher interessierenden Bereich der Sozialpolitik hat er zunächst die Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer bei Arbeitnehmerüberlassung als ein solches schutzwürdiges Interesse anerkannt, das die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt<sup>77</sup>. Ohne ausdrücklich den Arbeitnehmerschutz hierfür ins Feld zu führen, gestattet der EuGH im Urteil „Rush Portuguesa“<sup>78</sup> und seither in mittlerweile ständiger Rechtsprechung den Mitgliedstaaten die Erstreckung ihrer Rechtsvorschriften und Tarifverträge der Sozialpartner auf die in ihr Staatsgebiet entsandten Arbeitnehmer gestattet und inzwischen mehrfach bestätigt, zuletzt wiederum im Urteil „Climatec“<sup>79</sup>. Vor allem enthält jedoch das „Climatec“-Urteil des EuGH einen unmittelbaren Hinweis auf einen hier einschlägigen zwingenden Grund des Allgemeininteresses: In Randnr. 16 des Urteils wird der „*soziale Schutz der Arbeitnehmer des Bausektors wegen der besonderen Bedingungen dieses Sektors*“ als Rechtfertigung für eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs genannt.

Beschränkungen haben daher vier Voraussetzungen: Sie müssen

- a) aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
- b) für alle im Mitgliedstaat A tätigen Personen gelten,
- c) für das verfolgte Ziel geeignet sein und
- d) nicht über dieses Ziel hinausgehen.

Anerkannte Rechtfertigungsgründe sind im hier interessierenden Bereich der Entsendung von Arbeitnehmern zur Ausführung von Dienstleistungen u.a. der Schutz der Arbeitnehmer<sup>80</sup> und die Sicherung der Qualität handwerklicher Arbeit<sup>81</sup> sowie Gründe der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit und Ordnung.

Das bedeutet, dass eine vorherige Genehmigung erforderlich sein kann in **sensiblen** Dienstleistungssektoren wie z.B. der Zeitarbeit<sup>82</sup>. zum sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes sollen aber nach neuerer Rechtsprechung nachträgliche Kontrollen genügen<sup>83</sup>. Das Verbot der Doppelkontrolle und Doppelbelastung, das an das **Herkunftslandprinzip** anknüpft, gilt auch in den sensiblen Dienstleistungssektoren, z.B. bei der finanziellen Belastung eines Bauunternehmers mit Beiträgen zum Schlechtwettergeld<sup>84</sup>, soweit die Anforderungen im Herkunftsland und im Empfangsland vergleichbar sind. Der EuGH stellt hierfür nicht auf das wirtschaftliche Ausmaß der Belastungen ab, sondern darauf, ob die Zahlungen überhaupt geeignet sind, den entsandten Arbeitnehmern soziale Vorteile zu verschaffen. Entscheidend ist der Vergleich der konkreten Schutzzwecke im Herkunfts- und Empfangsstaat<sup>85</sup> und ob deren Umsetzung im Empfängerstaat **für die Arbeitnehmer günstiger** ist<sup>86</sup>.

Zu Erstreckung von **Mindestlöhnen** sagte die bisherige Rechtsprechung des EuGH aus, dass die Erstreckung auf entsandte Arbeitnehmer im Rahmen der

<sup>76</sup> EuGH, 10.5.1995, C-384/93, Alpine, Slg. 1995, I-1141

<sup>77</sup> EuGH, 17.12.1981, 279/80, Webb, Slg. 1981, 3305

<sup>78</sup> EuGH, 27.3.1990, Rs. C-113/89, Slg. 1990, I-1417, Randnr. 18

<sup>79</sup> EuGH, Slg. 1996, I-1920, Randnr. 12

<sup>80</sup> EuGH, Arblade/Leloup, C-369 u. 376/96, Slg. 1999, I-8453

<sup>81</sup> EuGH, Corsten, C-58/98, Slg. 1999, I-7919

<sup>82</sup> EuGH, Webb, 279/80, Slg. 1981, 3305

<sup>83</sup> EuGH, Arblade/Leloup, C-369 u. 376/96, Slg. 1999, I-8453; Finalarte u.a., C-49/98, Slg. 2001, I-7831

<sup>84</sup> EuGH, Arblade/Leloup, C-369 u. 376/96, Slg. 1999, I-8453

<sup>85</sup> EuGH, Guiot/Climatec, C-272/94, Slg. 1996, I-1905

<sup>86</sup> EuGH, Finalarte u.a., C-49/98, Slg. 2001, I-7831, in Abweichung von Guiot/Climatec

Dienstleistungsfreiheit generell zulässig sei. Ein Wandel trat mit den Entscheidungen „Arblade/Leloup“<sup>87</sup> und „Mazzoleni“<sup>88</sup> ein. Seither sind Mindestlohnregelungen als Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen. In der Entscheidung „Mazzoleni“, die zum Bewachungsgewerbe erging, waren außerdem noch die Besonderheiten der Grenznähe und der nur Stunden weisen Entsendung aus Sicht des EuGH maßgeblich.

#### 5.4. Europarechtliche Schranken der Dienstleistungsfreiheit

Neben den Gründen, aus denen eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sein, enthält die gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsfreiheit selbst eine Reihe von immanenten Schranken.

##### 5.4.1. Beschränkung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit

Hatte der EuGH mit der Entwicklung des „*Beschränkungsverbot*“<sup>89</sup> den sachlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit erheblich ausgedehnt, scheint nunmehr die gegenteilige Entwicklung eingetreten zu sein.

Mit seinem Aufsehen erregenden Urteil in der Rechtssache „Keck“ vom 24.11.1993<sup>90</sup> zum Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 24 EG wich der EuGH zum ersichtlich ersten Mal von einer Rechtsprechung ab, die bis dato von einer stetigen Ausweitung der Grundfreiheiten bestimmt war. Der Gerichtshof schloss nunmehr solche nationale Regelungen aus dem Anwendungsbereich des Art. 24 EG aus, die „für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten und den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren“<sup>91</sup>.

Eine solche Grundsatzentscheidung hatte auch Rückwirkungen auf die anderen Grundfreiheiten. Der EuGH bestätigte dies im Verfahren „Alpine Investments“<sup>92</sup>. Von Bedeutung ist dieses Urteil vor allem deswegen, weil der EuGH zum Ausdruck bringt, dass der Schutz des mitgliedstaatlichen definierten Allgemeininteresses, z.B. des Arbeitnehmerschutzes, nicht durch die am wenigsten belastende Regelung erreicht werden muss. Vielmehr ist die Tatsache, dass in anderen Mitgliedstaaten den Dienstleistungserbringer weniger belastende Regelungen existieren, kein Beleg dafür, dass eine gegen Art. 49 EG verstoßende Beschränkung vorliegt<sup>93</sup>. Ein „*race to the bottom*“, in dem die Mitgliedstaaten untereinander mit den am wenigsten einschneidenden Regelungen konkurrieren und das im Ergebnis zu einer dauerhaften Absenkung der sozialen Standards

<sup>87</sup> EuGH, C-369 u. 376/96, Slg. 1999, I-8453

<sup>88</sup> EuGH, C-165/98, Slg. 2001, I-2198

<sup>89</sup> für die Dienstleistungsfreiheit erstmalig Urteil vom 18.1.1979, Rs. 110 und 111/78, van Wesemael, Slg. 1979, 35

<sup>90</sup> EuGH, Slg. 1993, I-6097

<sup>91</sup> EuGH, a.a.O., Randnr. 21 des Urteils

<sup>92</sup> EuGH, 10.5.1995, C-384/93 Slg. 1995, I-1141

<sup>93</sup> Randnr. 27 des Urteils

führen würde, ist also auch durch die Dienstleistungsfreiheit gemeinschaftsrechtlich nicht geboten<sup>94</sup>.

Eine weitere europarechtliche Beschränkung liegt in der missbräuchlichen Ausnutzung der Dienstleistungsfreiheit. Der Missbrauch der Dienstleistungsfreiheit wird so behandelt, als ob der Dienstleistungserbringer keine grenzüberschreitende Leistung anbietet. Das ist z.B. der Fall, wenn sich jemand in einem anderen Mitgliedstaat nur niederlässt, um dessen möglicherweise flexibleren Regelungen auszunutzen, dann aber seine Leistungen in das Herkunftsland reimportiert<sup>95</sup>. Die Errichtung einer spanischen Zweigniederlassung eines deutschen Unternehmens mit dem Ziel, in Spanien eingestellte Arbeitnehmer deutscher Staatsangehörigkeit nach Deutschland zu entsenden, wäre ein solcher Missbrauch.

#### 5.4.2. Begrenzung der Dienstleistungsfreiheit durch Harmonisierung

Neben der Beschränkung des sachlichen Geltungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit auf solche Regelungen, die eine „*rechtliche und tatsächliche*“ Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bewirken, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Rechtsgrundlage der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern auf einen weiteren Aspekt der immanenten Begrenzung der Dienstleistungsfreiheit aufmerksam gemacht. Diese Richtlinie, die auf Art. 57 Abs. 2 i.V.m. Art. 66 Abs 2 EGV beruht, der Ermächtigungsnorm zur gemeinschaftsrechtlichen Koordinierung der Regelungen über die Erbringung und den Empfang von Dienstleistungen, hat zum Ziel, beide Tatbestände dadurch zu erleichtern, dass sie die zu beachtenden Regelwerke vereinheitlicht. Deutlich wird dieser Aspekt am 5. Erwägungsgrund der Richtlinie, wonach Voraussetzung für eine „*Förderung des länderübergreifenden Dienstleistungsverkehrs*“ ein fairer Wettbewerb sowie „*Maßnahmen, die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren*“, sind.

Auf der Grundlage von Art. 57 Abs. 2 und Art. 66 EGV können Vorschriften verabschiedet werden können, die rein dienstleistungsbezogene Beschränkungen enthalten, wenn sie keine über die Dienstleistungserbringung hinausgehenden Bedingungen enthalten<sup>96</sup>. So wie im klassischen Anwendungsbereich des Art. 57 Abs. 2 die gegenseitige Anerkennung von Diplomen und anderen Berufsabschlüssen an Voraussetzungen hinsichtlich der Berufsausbildung der Betroffenen geknüpft, ist dies im Rahmen von Art. 66 i.V.m. Art. 57 Abs. 2 EGV ebenso zulässig.

#### 5.4.3. Begrenzung durch praktische Konkordanz mit Artikel 39 EG

Die Gewährung der Dienstleistungsfreiheit wird aber zusätzlich durch eine praktische Konkordanz mit der Freizügigkeit der entsandten Arbeitnehmer begrenzt.

Diese Feststellung ist auf den ersten Blick überraschend. Zum einen scheint fraglich, ob entsandte Arbeitnehmer überhaupt Nutznießer der Freizügigkeit

<sup>94</sup> zu vergleichbaren Entwicklungen im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht und den deswegen nötigen suprastaatlichen Aufsichtsinstrumenten *Ebenroth/Einsele*, ZvgIRWiss 87 (1988), 217, 246

<sup>95</sup> EuGH, van Binsbergen, 33/74, Slg. 1974, 1299, 13; Reisebüro Broede, C-3/95, Slg. 1996, I-6511

<sup>96</sup> *Grabitz/Hilf*, EUV, Kommentar, Art. 66, Rn. 6

sein können. Dies wird z.B. von Eichenhofer<sup>97</sup> bestritten. In der Tat dürfte die Freizügigkeit der im Rahmen des arbeitgeberischen Direktionsrechts grenzüberschreitend entsandten Arbeitnehmer eine andere Qualität haben als die desjenigen Arbeitnehmers, der sich aus eigenem Entschluss in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder dessen Entsendung auf einer Änderung des Arbeitsvertrages beruht. Der Wechsel des Arbeitsorts stellt bei den vorübergehend entsandten Arbeitnehmern daher häufig nur eine Folge, einen Annex der Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit durch ihren Arbeitgeber dar. Deswegen ist es angemessen, hierfür den Begriff der „Annex-Freizügigkeit“ zu wählen. Damit sind diese Arbeitnehmer aber von den Rechten aus Art. 39 EG nicht völlig ausgeschlossen. Einen Anspruch auf Gleichbehandlung „*hinsichtlich der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, insbesondere der Entlohnung*“, gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 besitzen sie wohl nicht. Andernfalls wäre auch die gesamte, jahrelang währende Auseinandersetzung um die EG-Entsende-Richtlinie überflüssig gewesen. In der Zusammenschau mit Art. 7 Abs. 4 der Verordnung besteht dieser Gleichbehandlungsanspruch im Privatrechtsverhältnis nur dann, wenn der Arbeitnehmer auch den Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen und sonstigen kollektiven Vereinbarungen des Staates unterliegt, in den er entsandt wird.

Ein wichtiges Indiz für den Einbezug auch entsandter Arbeitnehmer ist aber, dass der dritte Erwägungsgrund der Verordnung das Recht auf Freizügigkeit auch den Arbeitnehmern zuspricht, „*die ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Dienstleistung ausüben*“. Hieraus folgt, dass die entsandten Arbeitnehmer ihre freizügigkeitsrelevanten Rechte - wenn auch grundsätzlich nicht im Privatrechtsverhältnis - außer, es handelt sich um zwingende Normen -, so aber doch im Verhältnis zu dem Staat, in den sie entsandt sind, geltend machen können.

In Frage kommen zum einen Rechte aus den Art. 9 ff. der VO (EWG) Nr. 1612/68 einschließlich denen für die mitgebrachten Familienangehörigen. Zum anderen schließt dies eine Schutzpflicht des Staates ein, in den entsandt wird, und zwar hinsichtlich des vom EuGH in seinem Urteil vom 4.4.1974<sup>98</sup> herausgearbeiteten Zweck des Artikel 39 Abs. 2 EG, Lohnunterbietung zu verhindern. Art. 39 Abs. 2 EG gewährt und schützt gerade die Möglichkeit des entsandten Arbeitnehmers, von der Freizügigkeit ohne Lohnunterbietung Gebrauch zu machen. An diesem Beweggrund muss sich auch die Gewährung der Dienstleistungsfreiheit gegenüber dem entsendenden Arbeitgeber messen lassen.

## 5.5. Zusammenfassung

Neben den in der Rechtsprechung entwickelten Rechtfertigungsgründen für eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, insbesondere aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes, ist zugleich der Zweck der Freizügigkeit beachtlich, Lohnunterbietung zu verhindern. Dieser Aspekt der Art. 39 ff. EG kommt gerade auch den entsandten Arbeitnehmern zugute. Zugleich gebietet die Dienstleistungsfreiheit nicht, allein den niedrigsten Schutzstandard als ausreichend anzusehen. Die neuere Rechtsprechung des EuGH tendiert jedoch dazu, auch Beschränkungen in sozial sensiblen Dienstleistungssektoren unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Das gilt sowohl bei Kontrollerforder-

<sup>97</sup> Eichenhofer, ZIAS 1996, 55, 60

<sup>98</sup> EuGH, 4.4.1974, Kommission/Frankreich, Slg. 1974, 359

nissen des Empfängerstaats als auch der Erstreckung von Mindestlohnregelungen. Die DL-RL beschränkt die Befugnis des Empfängerstaats, seine Kontrollbefugnisse durchzusetzen, drastisch. Hinsichtlich der Erstreckung von Mindestarbeitsbedingungen setzt er hingegen auf dem derzeitigen Regelungsstand der Entsende-Richtlinie auf, die eine solche Erstreckung branchenübergreifend zulässt, soweit sie durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften erfolgt.

## 6. Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit zur Niederlassungsfreiheit

Dem DL-RL liegt die Konzeption zugrunde, nationale Genehmigungsverfahren zu Gunsten der Dienstleistungsfreiheit auch dort einzuschränken, wo es um die Niederlassung von Gesellschaften geht. Deswegen müssen zunächst Dienstleistungsfreiheit einerseits und Niederlassungsfreiheit andererseits gegeneinander abgegrenzt werden.

### 6.1. Kriterien für Abgrenzungen im EG-Vertrag

In der Systematik des EG-Vertrages basiert die Niederlassungsfreiheit auf dem volkswirtschaftlichen Gesetz der komparativen Kosten, d.h. der Nutzung der möglichst vorteilhaftesten Bedingungen, um dadurch Arbeitsteilung zwischen den Regionen und positive Beschäftigungseffekte zu erzielen<sup>99</sup>.

Zur Abgrenzung nennt der EG-Vertrag drei objektive Kriterien, die kumulativ vorliegen müssen:

- eine feste und dauerhafte Einrichtung (nicht bloß eine Baustelle);
- der Umfang der tatsächlichen Benutzung der Einrichtung (keine Briefkastenfirma);
- der örtliche Schwerpunkt einer ständig ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit<sup>100</sup>.

### 6.2. Regelungen zur Niederlassungsfreiheit im DL-RL

Art. 14 der DL-RL geht in seiner derzeitigen Fassung weit über die bisherige Interpretation der Niederlassungsfreiheit und ihrer zulässigen Beschränkungen durch den EuGH hinaus. Dies betrifft sowohl Fragen der Haftungsbeschränkung als auch z.B. der steuerlichen Behandlung. Problematisch sind das Verbot des Erfordernisses einer Hauptniederlassung (Art. 14 Abs. 3 DL-RL) und die Gestattung der Mehrfachregistrierung (Art. 14 Abs. 2 DL-RL). Die Formulierung zu Sitzregelungen in Art. 14 Ziff. 3 DL-RL ist unklar, dazu gibt es schon seit langem bestehende Parallelregelungen (z.B. die Richtlinie zu Zweigniederlassungen<sup>101</sup>). Auch das Verbot in Art. 16 Ziffer 3 f) der DL-RL Beschränkungen im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen abhängiger und selbständiger Tätigkeit vorzunehmen, spielt hier hinein.

Der gemeinschaftsrechtliche Begriff einer „Niederlassung“ ist im EuGH-Urteil „Factortame“ erstmals definiert worden als *„tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“*<sup>102</sup>. Von Interesse ist hier, dass die Fernseh-Richtlinie 89/552/EWG in ihrem Art. 2 Abs. 3 einen dezidierten Kriterienkatalog enthält, was eine Niederlassung im Sinne der Richtlinie

<sup>99</sup> Samuelson/Nordhaus, Volkswirtschaftslehre, S. 778 ff.

<sup>100</sup> Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 43 EG, Randnr. 7.

<sup>101</sup> Elfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet worden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, ABl. EG Nr. L 395, vom 30.12.1989, S. 36

<sup>102</sup> EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Factortame, Rs. 221/89, Slg. 1991, I-3905

ausmacht. Sofern eine Dienstleistungs-Richtlinie überhaupt Regelungen zur Niederlassungsfreiheit enthalten kann, sind diese auf die Begriffsbestimmung der Niederlassung beschränken. Eine Ausweitung der Niederlassungsfreiheit selbst hingegen ist vom Kompetenzrahmen der DL-RL nicht gedeckt.

Grundsätzlich ist den Mitgliedstaaten gestattet, mit geeigneten Bestimmungen gegen Dienstleistungserbringer vorzugehen, die die Dienstleistungsfreiheit ausnutzen, z.B. indem sie nationale Regelungen zum Niederlassungsrecht umgehen<sup>103</sup>. Dementsprechend kann Dienstleistungserbringern auch untersagt werden, sich der Dienstleistungsfreiheit zu bedienen, um von Mitgliedstaat A aus, der laxere Regelungen vorsieht, eine Leistung im Mitgliedstaat B zu erbringen<sup>104</sup>. Dabei müssen die Untersagungs(=Beschränkungs-)gründe allerdings mit dem EG-Vertrag im Einklang stehen.

Die neuere Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit hat zumindest Unsicherheiten darüber ausgelöst hat, inwieweit nationale Niederlassungserfordernisse noch greifen können. Das betrifft im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht die Frage der Geltung von Sitz- oder Gründungstheorie, d.h. ob sich die rechtliche Anerkennung einer Gesellschaft nach dem Staat richtet, in dem sie gegründet wurde oder nach dem Staat, in dem sie ihren Sitz hat.

Bei der letztgenannten Alternative kann zudem zwischen dem statutorischen und dem tatsächlichen Verwaltungssitz unterschieden werden. Das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht sieht mehrheitlich bislang den tatsächlichen Verwaltungssitz als maßgeblich an. Der EuGH hat zwar bereits im Urteil „Centros“<sup>105</sup> entschieden, dass es für sich alleine keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechtes darstellen könne, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet. Anders als noch in der „Daily Mail“-Entscheidung, bei der die mangelnde Harmonisierung des Gesellschaftsrechts noch die entscheidende Argumentationslinie für die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit, war, führt der EuGH nunmehr aus, dass es unerheblich sei, dass das Gesellschaftsrecht in der Gemeinschaft nicht voll harmonisiert worden sei. Es stehe dem Rat jederzeit frei, diese Harmonisierung zu vervollständigen. Der EuGH schließt jedoch aus der Unzulässigkeit der Eintragungsverweigerung nicht, dass die Mitgliedstaaten nicht „alle geeigneten Maßnahmen“ treffen können, um Betrügereien zu verhindern oder zu verfolgen. Welche Maßnahmen konkret gemeint sind, bleibt unklar. Im Urteil „Überseering“<sup>106</sup> hat der EuGH diese Linie zwar fortgeführt.

---

<sup>103</sup> EuGH, Urteil vom 3.12.1974, van Bisbergen, Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299; bestätigt im Urteil vom 9.3.1999, Centros, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459

<sup>104</sup> EuGH, Urteil vom 3.2.1993, Veronica Omroep Organisatie, Rs. C-148/91, Slg. 1993, I-487

<sup>105</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.1999, Centros, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459

<sup>106</sup> EuGH, Urteil vom 5.11.2002, Rs. C-208/00, Überseering, EuZW 2002, 754

Dennoch darf - insbesondere vor dem Hintergrund der vom EuGH nicht berücksichtigten aktuellen Rechtsprechung des BGH zur ex lege Umwandlung einer ausländischen Gesellschaft in eine dem deutschen Recht unterliegende OHG oder GbR – bezweifelt werden, ob der EuGH sich tatsächlich gegen die Sitztheorie und für die Gründungstheorie aussprechen wollte. Denn der EuGH geht in seiner Entscheidung davon aus, dass der ausländischen Gesellschaft nach deutschem Recht die Partei- und Rechtsfähigkeit aberkannt wird und eine Neugründung der Gesellschaft erforderlich ist. Dies entspricht aber nicht der aktuellen Rechtsprechung des BGH. Mit Urteil vom 1.7.2002 hat der BGH festgestellt, dass eine ausländische Gesellschaft, die ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt und entsprechend ihrem Statut nach dem Recht des Gründungsstaates als rechtsfähige Gesellschaft ähnlich einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutschen Rechts zu behandeln wäre, nach deutschem Recht jedenfalls eine rechtsfähige Personengesellschaft ist und damit vor den deutschen Gerichten aktiv und passiv parteifähig ist.

Große Bedenken bestehen auch bei Art. 14 Ziff. 7 DL-RL: Gemäß dieser Formulierung soll es einem Mitgliedstaat untersagt sein, eine Niederlassung auf seinem Territorium davon abhängig zu machen, eine finanzielle Sicherheit zu stellen. Das Verbot, Erfordernisse hinsichtlich der Rechtsform aufzustellen, ist in Deutschland mit der grundgesetzlich vorgeschriebenen kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) nicht vereinbar.

Das Verbot einer Beschränkung mengenmäßiger Zulassungsgrenzen betreffe Zulassungsgrenzen für Arztpraxen oder Apotheken, was die Gefahr einer Überversorgung in Ballungsgebieten sowie einer Unterversorgung in großflächigeren Gegenden mit sich brächte. Das Verbot der Anforderung von Mindest- und Höchstpreisen stellt Honorarordnungen zwischen Ärzten und Sozialversicherungen ebenso in Frage wie Honorarordnungen bei Rechtsanwälten, Ingenieuren oder Architekten.

In der Fassung der **luxemburgischen Präsidentschaft** weisen die Erwägungsgründe 33 und 33a auf die besondere Bedeutung der öffentlichen Gesundheit und der Sozialpolitik hin, die besondere Anforderungen seitens der Mitgliedstaaten ermöglichen. Neben Genehmigungserfordernissen sind hier Vorgaben hinsichtlich der Rechtsform des Dienstleistungserbringers ausdrücklich benannt und damit zulässig.

## 7. Kollisionsrechtliche Probleme des Richtlinienentwurfs

### 7.1. Anwendung zwingenden inländischen Rechts

Die niederländische Ratspräsidentschaft geht in ihrer Stellungnahme für den Rat Wettbewerb am 25./26.11.2004 davon aus, dass nationale Regelungen zu Mindestlohn und sozialer Sicherheit auch weiterhin Anwendung finden.

Dies lässt sich aus der DL-RL derzeit nicht unmittelbar entnehmen. Im Gegenteil:

Art. 16 Ziffer 3 Buchstabe e) DL-RL untersagt dem Entsendestaat, dem Dienstleistungserbringer die Erfüllung der auf seinem Hoheitsgebiet für die Erbringung der Dienstleistung geltenden Anforderungen zu verlangen. Insbesondere ist unklar, in welchem Verhältnis die Richtlinie zum Internationalen Privatrecht, hier vor allem zu der durch Art. 34 EGBGB angeordneten Geltung der Mindestarbeitsbedingungen des Entsendestaates steht. Im DL-RL finden sich dazu keine Äußerungen. Art. 34 EGBGB ist eine innerstaatliche Umsetzung eines völkerrechtlich verbindlichen Übereinkommens, nämlich des EG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980. Art. 20 dieses Übereinkommens sieht vor, dass „in bestimmten Bereichen“ durch Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft von den Bestimmungen des Übereinkommens abgewichen werden kann. Ob „Dienstleistungen“ ein solcher „bestimmter Bereich“ sind, ist zur Zeit offen.

Hiervon macht Art. 17 Ziffer 5 der DL-RL eine Ausnahme, in dem er für die „Angelegenheiten“ der Richtlinie 96/71/EG (Entsende-Richtlinie) das Herkunftslandprinzip nicht anwenden will. Damit bliebe den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen, die zu den in Art. 3 Abs. 1 2. Spiegelstrich genannten Regelungsgebieten ergangenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Zum zwingenden innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland gem. Art 34 EGBGB zählen alle Regeln, die Arbeitnehmerschutzcharakter haben, z.B. das Mutterschutzgesetz, das Arbeitsschutzgesetz, das Arbeitszeitgesetz und auch die Bestimmungen des AÜG. Nicht zum zwingenden Recht gem. Art. 34 EGBGB zählen nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge<sup>107</sup>.

Es ist daher dringend klärungsbedürftig, dass die DL-RL, wenn es nicht zu verhindern sein sollte, nicht in die Grundlagen des Internationalen Privatrechts, insbesondere die Anordnung von Mindestarbeitsbedingungen eingreift. Die Gefahr eines solchen Eingriffs besteht weniger aufgrund des derzeitigen Status quo, sondern im Hinblick auf künftige gesetzliche Regelungen z.B. zum Mindestlohn. So sieht Art. 15 Ziffer 4 DL-RL vor, dass derzeitige und damit in jedem Fall auch zukünftige Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Rahmen der Evaluierung der Kommission zur Überprüfung vorzulegen sind, ob sie das Gebot der Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen gefährden. Bleibt es beim jetzigen Text, besteht zumindest die Gefahr, dass die zukünftigen deutschen Mindestarbeitsbedingungen nicht mehr angewendet werden können. Da die

<sup>107</sup> zuletzt BAG, 9.7.2003 – 10 AZR 593/02; anderer Ansicht ist die überwiegende Literatur

Evaluierung aber auch derzeit geltende Regelungen betrifft, ist deren gesamter Regelungsinhalt einer Evaluationskontrolle der Kommission unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Gefährdung der Dienstleistungsfreiheit unterworfen.

## 7.2. Dienstleistungsfreiheit und das Internationale Privatrecht

Neben den Schranken, die der Dienstleistungsfreiheit bereits aus Gemeinschaftsrecht selbst innewohnen, gilt es im Folgenden zu untersuchen, in welchem Verhältnis das Internationale Privatrecht in Gestalt seiner Umsetzung in das Recht der EU-Mitgliedstaaten zur EG-Dienstleistungsfreiheit steht. Alle EU-Mitgliedstaaten unterliegen den Bindungen der jeweiligen Übereinkommen zum Internationalen Privatrecht. Für Entsendungen aus Drittstaaten gelten zudem die Privilegierungen durch die Dienstleistungsfreiheit ohnehin nicht.

### 7.2.1 Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum Internationalen Privatrecht

Das Internationale Privatrecht hat nicht völlig hinter einer unbeschränkten Gewährung der Grundfreiheiten zurückzutreten. Das trifft grundsätzlich auch auf das Arbeitsrecht und das insoweit einschlägige, am 19.6.1980 geschlossene Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ)<sup>108</sup> zu, das inzwischen von allen Mitgliedstaaten ratifiziert worden ist. Es wird sogar als „*IPR gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs*“ bezeichnet<sup>109</sup>.

In Art. 20 enthält das EVÜ einen ausdrücklichen Vorrang auch für zukünftiges Gemeinschaftsrecht einschließlich des Sekundärrechts wie z.B. aufgrund von EG-Richtlinien. Das würde auch für die DL-RL gelten. Die Entsende-Richtlinie 96/71/EG hat noch in ihren Erwägungsgründen 7 bis 11 auf das EVÜ verwiesen. Gerade durch den Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 EVÜ im 9. und Art. 7 EVÜ im 10. Erwägungsgrund hat der Gemeinschaftsgesetzgeber zu verstehen gegeben, dass er den Grundsatz der zwingenden Geltung arbeitsrechtlicher Normen auch zur Grundlage der Auslegung der Entsende-Richtlinie macht. Ein entsprechender Hinweis fehlt in den Erwägungsgründen der DL-RL völlig.

Allenfalls der Hinweis auf die Fortgeltung der gegenwärtigen Richtlinie 96/71/EG zur Entsendung hinsichtlich der Herausnahme des Herkunftslandprinzips gibt hier einen Hinweis: Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 96/71/EG formuliert ein eigenes Günstigkeitsprinzip zugunsten der entsandten Arbeitnehmer mit der Folge, dass hinsichtlich der zu erstreckenden Arbeitsbedingungen in Inhalt und Umfang zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann, *ohne* dass damit gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen wird.

Für die Niederlassungsfreiheit der Art. 52 ff. EGV hat der EuGH in seinem Urteil vom 27.9.1988 in der Rechtssache „Daily Mail“<sup>110</sup> zum Verhältnis zwischen IPR und Gemeinschaftsrecht eindeutig Stellung bezogen. Die Niederlassungsfreiheit

<sup>108</sup> ABl. EG Nr. L 266 vom 9.10.1980, S. 1

<sup>109</sup> Brödermann, MDR 1992, 89

<sup>110</sup> EuGH, Rs. 81/87, Slg. 1988, 5483

ist danach nicht geeignet, die Anwendung des nationalen IPR einzuschränken, wenn in dem betreffenden Rechtsgebiet *erhebliche Unterschiede* zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, die sich auch im Gemeinschaftsrecht widerspiegeln. Überträgt man die Argumentation des EuGH auf das Arbeitsrecht, so lassen sich erhebliche Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zumindest im Arbeitsentgelt und den kollektiven Beziehungen feststellen. Ihren legislativen Niederschlag haben diese Unterschiede in Art. 137 Abs. 5 EG gefunden. Diese Bestimmung nimmt die wesentlichen arbeitsrechtlichen Regelungsgebiete „*Arbeitentgelt, Koalitionsrecht, Streikrecht, Aussperrungsrecht*“ aus der sozialpolitischen Kompetenz der EG heraus. Fraglich dürfte der Verzicht auf einen Harmonisierungswillen allerdings in all jenen Rechtsgebieten, in denen bereits durch geltende Richtlinien eine Harmonisierung eingesetzt hat, so z.B. beim **Arbeitsschutz, Arbeitszeit, Teilzeitarbeit** und dem **Urlaubsanspruch**. So sieht beispielsweise Art. 7 der Richtlinie 93/104/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 23.11.1993<sup>111</sup> sieht für alle Mitgliedstaaten einen einheitlichen Jahresurlaub von vier Wochen vor.

## 7.2.2 Kollisionsrechtliche Regelungen im Sekundärrecht

Die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG (EG-Entsende-Richtlinie), der arbeitsrechtlichen Kollisionsnorm des Gemeinschaftsrechts, genannten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen stellen eine nahezu wortwörtliche Wiederholung der sozialen Schutzvorschriften dar, die bereits in früheren Verordnungsentwürfen enthalten waren, so im Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über das auf Arbeitsverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft anzuwendende Konfliktrecht vom 23.3.1972<sup>112</sup>, dem am 28.4.1976 ein überarbeiteter Vorschlag nachfolgte<sup>113</sup>. Beide Vorschläge sollten auch Drittstaatsangehörige mit einschließen. Die EG-Kommission beabsichtigte mit ihren Entwürfen, bei allem Vorrang für die Parteiautonomie grundsätzlich das Arbeitsrecht des Beschäftigungsortes als maßgeblich anzusehen. Gleichzeitig war eine Sonderregelung für entsandte Arbeitnehmer enthalten. Nach Art. 5 (1972) bzw. Art. 4 (1976) sollte auch für die entsandten Beschäftigten grundsätzlich das am Ort des entsendenden Betriebes geltende Arbeitsrecht maßgeblich sein. Gleichwohl war vorgesehen, dass gegenüber den entsandten Arbeitnehmern bestimmte am Ort der Arbeitsleistung geltende Vorschriften nicht durch das Recht des Heimatortes ersetzt werden konnte. Diese in Art. 4 (1972) bzw. Art. 8 (1976) aufgelisteten Bestimmungen betrafen u.a. „gesetzliche, kollektivvertragliche oder gewohnheitsrechtliche“ Vorschriften über den „Mindesturlaub“ sowie „garantierte Mindestlöhne und ähnliche garantierte Leistungen“. Der wesentliche Regelungsgehalt der Entsende-Richtlinie wurde damit, freilich weitaus strikter und mit einem breiteren Anwendungsbereich, bereits vorweggenommen. Zu einer Verabschiedung der Verordnung ist es nicht gekommen, teils wegen des Einbezugs Drittstaatsangehöriger, teils aber auch, weil der Eingriff in die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien durch die Geltung einer Reihe zwingender Bestimmungen vielfach als zu weitgehend angesehen wurde<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> ABl. EG Nr. L 307, 18

<sup>112</sup> RabelsZ 37 (1973), 585

<sup>113</sup> RdA 1978, 56

<sup>114</sup> Engels, RdA 1978, 52, 58; differenzierend zum Vorentwurf Beitzke, Gedächtnisschrift Dietz, 1973, 127, 137

### 7.3. Zwingende Regelungen im Sinne von Artikel 34 EGBGB und Gemeinschaftsrecht

Da die Anwendung des Art. 30 Abs. 1 EGBGB mithin für die überwiegende Mehrheit der Entsendungen in der EU nicht in Frage kommen dürfte, bedarf es der Prüfung, in welchem Verhältnis die Geltung zwingenden nationalen Rechts im Sinne von Art. 34 EGBGB zur EG-Dienstleistungsfreiheit steht.

Ob neben Art. 30 EGBGB im Internationalen Arbeitsrecht überhaupt noch Raum bleibt für die in Art. 34 EGBGB angeordnete zwingende Geltung von Eingriffsnormen, ist umstritten<sup>115</sup>. Richtigerweise wird man sich der Anwendung des Art. 34 EGBGB neben Art. 30 EGBGB auch im Arbeitsrecht nicht versagen können, wenn mit der betreffenden Regelung ein sozialpolitisches Anliegen verfolgt wird, das über den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers hinausgeht<sup>116</sup>. Das ist z.B. mit dem AEntG der Fall, da das Gesetz gespaltene Arbeitsmärkte und die durch sie hervorgerufenen sozialen Spannungen einschließlich einer Entwertung der Tarifautonomie verhindern will. Hanau<sup>117</sup> sieht in der Entsende-Richtlinie gar eine Konkretisierung von Art. 34 EGBGB. Insbesondere für Mindestlohnregelungen wurde schon weit vor Verabschiedung des AEntG und der EG-Entsende-Richtlinie die Anwendung von Art. 34 EGBGB bejaht<sup>118</sup>.

Dabei gewinnt ein Aspekt an Bedeutung, auf den Reich<sup>119</sup> im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zum Schutz der unterlegenen Vertragspartei aufmerksam gemacht hat.

Bei aller Wandlung der arbeitsvertraglichen Strukturen in der Neuzeit herrscht vor allem in Entsendungskonstellationen ein erhebliches Ungleichgewicht der Kräfte vor, das auch den EuGH bewog, vor allem den Bausektor einem besonderen sozialen Schutz zu unterstellen<sup>120</sup>. In seinem Beschluss vom 19.10.1993<sup>121</sup> bejahte das BVerfG ein Eingriffsrecht der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt bei struktureller Unterlegenheit einer Vertragspartei in zivilrechtlichen Verträgen. Rechtsgrundlage dieses Eingriffsrechts sind das Grundrecht der Privatautonomie gem. Art. 2 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG. Bei der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung trifft den Gesetzgeber die Pflicht, die Interessen der schwächeren Vertragspartei gegenüber der durchsetzungsstärkeren auszugleichen<sup>122</sup>. Dem BVerfG zufolge handelt es sich bei dem dergestalt konkretisierten **Sozialstaatsprinzip** um den unerlässlichen Grundrechtsbestand der Bundesrepublik Deutschland. Hieraus erwächst dieser Konkretisierung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 GG durch Art. 34 EGBGB eine kollisionsrechtliche Komponente, die Eingriffe in ausländische Rechtsverhältnisse zulässt und auch angesichts des Gebots der einheitlichen Auslegung des EVÜ in Art. 38 EGBGB stets zu berücksichtigen ist<sup>123</sup>.

<sup>115</sup> für Art. 30 als *lex specialis* MünchKomm/Martiny, Art. 30 EGBGB, Randnr. 28

<sup>116</sup> MünchArbR/Birk, Band 1, § 19, Rn. 83, der allerdings im Rahmen der EG harmonisiertes Arbeitsrecht generell aus dem Anwendungsbereich von Art. 34 EGBGB herausnehmen will

<sup>117</sup> Hanau, Festschrift Everling, 1994, 415, 428 f.

<sup>118</sup> Gamillscheg, ZfA 1983, 307, 361

<sup>119</sup> Reich, NJW 1994, 2128 ff.

<sup>120</sup> vgl. EuGH, Climatec, Slg. 1996, I-1921, Randnr. 16

<sup>121</sup> BVerfG, 1 BvR 567/89 u.a., NJW 1994, 36

<sup>122</sup> BVerfG, NJW 1994, 36, 38

<sup>123</sup> Reich, NJW 1994, 2128, 2131

Die entsprechende Schutzpflicht des Gesetzgebers reicht auch über seine alleinige Rechtsetzungsbefugnis hinaus, wenn im Zusammenwirken des deutschen Arbeitsrechts mit anderen Arbeitsrechtsordnungen mit Grundrechtsverletzungen zu rechnen ist. Das hat das BVerfG im Urteil vom 10.1.1995 zur Verfassungsmäßigkeit des Internationalen Seeschiffregisters für die Wahrung der Koalitionsfreiheit festgestellt<sup>124</sup>. Die der Koalitionsfreiheit zugrunde liegende Tarifautonomie wäre aber gerade gefährdet, wenn eine erhebliche Anzahl nicht tarifgebundener Arbeitnehmer mit erheblich niedrigeren Arbeitsbedingungen in der Bundesrepublik tätig wird<sup>125</sup>.

Insoweit schließt sich der Kreis. Die gegenseitige Abwägung der Grundfreiheit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 39 EG mit den zwingend geltenden Regeln des nationalen IPR findet für den Schutz der unterlegenen Vertragspartei ihren gemeinschaftsrechtlichen Anhaltspunkt in Art. 136 Abs. 1 EG, der die „*Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte*“ zum Ziel hat. Wenngleich keine Rechtsgrundlage, so hat Art. 136 Abs. 1 EG in der grundrechtlich motivierten Rechtsprechung des EuGH an Inhaltsschwere gewonnen und ist nicht nur ein bloßer Programmsatz, sondern eine verbindliche Zielvorgabe gemeinschaftsrechtlichen Handelns<sup>126</sup>. Das in ihm enthaltene Ziel einer Verbesserung der Lage der Arbeitnehmer entspricht dem Sozialschutzgedanken, dem Art. 34 EGBGB zugrunde liegt. Art. 34 EGBGB enthält damit einen wichtigen Gleichklang mit Art. 50 Abs. 3 EG, der dem Staat der Dienstleistungserbringung gestattet, sein zwingendes Recht auf den ausländischen Dienstleistungserbringer anzuwenden.

#### **7.4 Die Dienstleistungsfreiheit und die Regelungsebene abweichender Bestimmungen**

Ist der materielle Gehalt einer Konkretisierung der Dienstleistungsfreiheit durch die Regeln des Internationalen Privatrechts einmal geleistet, muss es in der Folge darum gehen, die Regelungsebene einer solchen Konkretisierung zu bestimmen.

Gerade die Frage, ob eine gesetzliche Regelung erforderlich ist, hat vor der Verabschiedung des AEntG unter dem Eindruck der in den romanischen Ländern verbreiteten Mindestlohnverordnung qua Gesetz<sup>127</sup> die anfängliche Diskussion bestimmt. Unsicherheiten bestehen auch deswegen, weil das BAG es nach wie vor ablehnt, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge Art. 34 EGBGB zu unterstellen<sup>128</sup>. Dabei sind gerade diese Tarifverträge geeignet, den Umsetzungserfordernissen des EuGH im Hinblick auf die zwingende Verpflichtung aller Arbeitsvertragsparteien gerecht zu werden. Die überwiegende Auffassung in der Literatur geht davon aus, dass die Rechtsprechung des BAG mit Art. 34 EGBGB nicht im Einklang steht<sup>129</sup>.

<sup>124</sup> BVerfG, NZA 1995, 672

<sup>125</sup> vgl. die Begründung der Bundesregierung zum AEntG in BT-Drucks. 13/2414, 6

<sup>126</sup> EuGH, 29.9.1987, Zaera, Slg. 1987, 3697

<sup>127</sup> vgl. z.B. zur französischen Rechtslage *Beisiegel/Mosbacher/Lepante*, JZ 1996, 668 ff.

<sup>128</sup> BAG, 4.5.1977, AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau

<sup>129</sup> vgl. *Hanau/Heyer*, Die Mitbestimmung 10/93, 16, 19

## 7.5. Kollisionsrechtliches Günstigkeitsprinzip und die EG-Dienstleistungsfreiheit

Bei vorübergehenden Entsendungen treffen daher das Arbeitsvertragsstatut, das zumeist gleichzeitig das objektive Vertragsstatut im Sinne des Art. 30 Abs. 2 EGBGB ist, und die zwingend geltenden Regelungen des nationalen Rechts *aufeinander*. Wie zu verfahren ist, wenn zwei Geltung gebietende Rechtsordnungen aufeinander stoßen, regelt das kollisionsrechtliche Günstigkeitsprinzip. Auch wenn es für dieses Prinzip keinen wortwörtlichen Anhaltspunkt im EVÜ bzw. im EGBGB gibt, wird es doch überwiegend in Art. 30 Abs. 1 EGBGB angesiedelt<sup>130</sup>. Dennoch kommt es nicht nur zur Anwendung, wenn darüber zu entscheiden ist, ob das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes oder das dem Arbeitsvertrag zugrunde liegende Recht entscheidend sind. Das Günstigkeitsprinzip ist ebenso dann der Maßstab, wenn es zu einem Konflikt zwischen der nach Art. 30 EGBGB maßgeblichen ausländischen Norm und der durch Art. 34 EGBGB berufenen inländischen Norm kommt<sup>131</sup>. Dem Günstigkeitsprinzip zufolge ist stets die Lösung zu wählen, die dem einzelnen Arbeitnehmer am ehesten entgegenkommt und seine Ansprüche und Rechte am besten schützt<sup>132</sup>. Als praktikabel hat sich erwiesen, bestimmte *Vertragskomplexe* wie Entgelt oder Urlaub einschließlich Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld miteinander zu vergleichen<sup>133</sup>.

Bei der Prüfung der Frage, ob der Anwendung des Günstigkeitsprinzips die gemeinschaftsrechtliche Dienstleistungsfreiheit entgegensteht, genügt es nicht, sich mit der bisherigen Rechtsprechung des EuGH auseinander zu setzen. Selbst aus dieser, vor allem aus den jüngsten Urteilen zu Inhalt und Reichweite der Dienstleistungsfreiheit wird aber deutlich, dass der EuGH bei der Feststellung des den Mitgliedstaaten erlaubten Schutzstandards nicht vom *Minimal-*, sondern vom *Mindestprinzip* ausgeht und dies im Hinblick auf Art. 49 ff. EG allenfalls einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzieht<sup>134</sup>.

Im besonderen Fall der für entsandte Arbeitnehmer maßgeblichen und zwingend geltend Arbeitsbedingungen sind über diese Rechtsprechung hinaus noch zwei Aspekte heranzuziehen: Erstens findet sich die Definition und die Reichweite der erstreckten Arbeitsbedingungen im Gemeinschaftsrecht selbst, nämlich der Richtlinie 96/71/EG, und nicht etwa im nationalen Recht; zweitens stellt Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie den Mitgliedstaaten frei, von diesem gemeinschaftsrechtlichen Maßstab zugunsten der Arbeitnehmer abzuweichen. Bei der Abwägung dessen, was für den Dienstleistungserbringer verhältnismäßig ist, ist damit bereits aus der einschlägigen Regelung des Gemeinschaftsrechts heraus eine Gewichtung zugunsten der entsandten Arbeitnehmer vorgenommen worden.

## 7.6. Zusammenfassung

Die bereits aus dem Gemeinschaftsrecht selbst heraus mögliche und gebotene Berücksichtigung sozialer Schutzbestimmungen wird für grenzüberschreitende

<sup>130</sup> vgl. nur *Eser*, RIW 1992, 1, 3

<sup>131</sup> MünchKomm/Martiny, Art. 30 EGBGB, Randnr. 29

<sup>132</sup> Münch ArbR/Birk, Band 1, 1992, § 19, Randnr. 25

<sup>133</sup> *Hohloch*, RIW 1987, 353, 358

<sup>134</sup> EuGH, 10.5.1995, C-384/93, Alpine, Slg. 1995, I-1141

Arbeitsverhältnisse durch das auf Arbeitsverhältnisse anzuwendende Internationale Privatrecht konkretisiert. Mit dem EVÜ hat sich das IPR dem Schutz der schwächeren Vertragspartei verschrieben. In der Regel ist dies der Arbeitnehmer, dessen Schutzbedürfnis durch Anwendung der für ihn günstigeren Regelung Rechnung zu tragen ist. Diese Zielsetzung wird zusätzlich durch das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes und den EG-Vertrag gestützt. Anwendung findet das kollisionsrechtliche Günstigkeitsprinzip auch, wenn das nach dem Arbeitsvertrag geltende Recht und die zwingenden Bestimmungen des Entsendestaates aufeinander treffen. Von der zwingenden Anordnung des günstigeren Rechts sind allerdings nach der Rechtsprechung des BAG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge nicht erfasst, sondern nur gesetzliche Regelungen.

## 8. Kollektivarbeitsrechtliche Auswirkungen

### 8.1 Zutritts- und Organisationsrechte deutscher Gewerkschaften

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, die bei ihnen geltenden Tarifverträge auch auf ins Inland entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken<sup>135</sup>. Nach deutschem Recht fehlt es jedoch an einer entsprechenden Grundlage, denn im Tarifvertragsgesetz (TVG) ist hierzu nichts geregelt.

Grundsätzlich bestehen hier nach geltendem Recht zwei Möglichkeiten:

Die erste Möglichkeit wäre die tarifvertragliche Regelung des Arbeitsvertragsstatuts. Das BAG ordnet das Tarifvertragsstatut, d.h. die Frage, ob deutsche Tarifverträge überhaupt ins Inland entsandte Arbeitnehmer erfassen können, auf der geltenden gesetzlichen Grundlage dem Arbeitsvertragsstatut zu. Diese Arbeitsvertragsstatut könnten auch die Tarifvertragsparteien im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages bestimmen<sup>136</sup>.

Daneben ist nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung der Literatur auch möglich, unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut ausländische Arbeitsverhältnisse durch deutsche Tarifverträge zu erfassen, da § 3 Abs. 1 TVG allein auf die Verbands(=Gewerkschafts-)zugehörigkeit und nicht auf das Arbeitsvertragsstatut abstellt<sup>137</sup>. Dies bedarf dann aber einer ausdrücklichen Regelung im Tarifvertrag.

Nach bisheriger Rechtslage würde folgendes gelten: Hält man –wie hier- die Erstreckung deutscher Tarifverträge auf nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer grundsätzlich für möglich, beinhaltet dies zugleich, dass auch die koalitionspezifischen Betätigungsrechte, die aus Art. 9 Abs. 3 GG folgen, gegenüber diesen Arbeitnehmern ausgeübt werden können<sup>138</sup>. Einstweilen wird zwar das Problem sein, dass die bisher bestehenden Tarifverträge, vom Sonderfall des Anwendungsbereichs des AEntG abgesehen, vergleichbare Erstreckungen nicht beinhalten. Aus dem vorher gesagten ergibt sich jedoch, dass die Herbei-

<sup>135</sup> vgl. nur EuGH, Urteil vom 9.8.1994, Rs. C-43/93, Vander Elst, EuZW 1994, 600 (601)

<sup>136</sup> BAG, IPRax 1994, 44 (45); a.A. MünchKomm-Martiny, Art. 30 EGBGB, Rn. 83

<sup>137</sup> Däubler/Däubler, TVG, Einl. Rn. 617 ff. mwNw.

<sup>138</sup> Wie hier Däubler/Däubler, TVG, Einl. Rn. 623

führung derartiger Regelungen damit auch Gegenstand von Arbeitsk Kampfmaßnahmen sein kann.

Dies wäre nach Verabschiedung des DL-RL anders. Für die Kollektivrechte der nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer würde allein das kollektive Arbeitsrecht des Herkunftslandes gelten. Etwaige Zutritts- und Organisationsrechte deutscher Gewerkschaften würden sich z.B. nach lettischem oder britischem Recht richten.

## 8.2 Betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen

### 8.2.1 Betriebsverfassungsrechtliche Stellung der entsandten Arbeitnehmer

Hinsichtlich der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung von im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit entsandten Arbeitnehmern muss man zunächst unterscheiden, innerhalb welchen rechtlichen Rahmens sie eingesetzt werden.

Sind sie im Rahmen eines Dienstleistungsauftrages<sup>139</sup> tätig, den ihr ausländischer Arbeitgeber erfüllt, wird es i.d.R. an einer Eingliederung in den Betrieb, in dem sie tätig werden, fehlen. Daher würden sie vom BetrVG nicht erfasst werden.

Anders wäre dies bei einer Entsendung im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung. Nach § 7 Satz 2 BetrVG sind zur Erbringung von Arbeitsleistung in einen anderen Betrieb überlassene Arbeitnehmer im Entsendebetriebe wahlberechtigt, sofern sie dort länger als drei Monate eingesetzt werden sollen. Entscheidend ist dabei nicht, ob sie am Wahltag bereits drei Monate im Betrieb tätig sind, sondern ob die Überlassung insgesamt länger als drei Monate andauern soll. Das deutsche BetrVG geht vom Territorialprinzip aus, so dass das Recht des Betriebssitzes anwendbar ist. Dies führt dazu, dass auch aus dem Ausland nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer wahlberechtigt wären, sofern sie das 18. Lebensjahr vollendet haben<sup>140</sup>. Wohnsitz- oder Staatsangehörigkeitserfordernisse bestehen laut dem BetrVG nicht.

Hinsichtlich der in seinen Betrieb entsandten Arbeitnehmer hat der dortige Betriebsrat das Informationsrecht nach § 80 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz BetrVG sowie die sonstigen Beteiligungsrechte bezüglich des Einsatzes von Leiharbeitnehmern.

### 8.2.2 Auswirkungen auf den Betriebsbegriff

Eine andere Frage ist, ob aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer hier einen Betrieb bilden. Es gibt zwar eine entsprechende Fiktion in § 1 Abs. 4 AEntG, aber nach deutschem Betriebsverfassungsrecht ist Voraussetzung, dass die wirtschaftliche Einheit „auf Dauer angelegt ist“. Hieran wird es in der Regel fehlen.

<sup>139</sup> Dienstleistung wird hier im europarechtlichen Sinn verstanden und kann daher auch die Erbringung von Arbeiten im Rahmen eines Werkvertrages beinhalten.

<sup>140</sup> ErfK/Eisemann, § 1 BetrVG, Rn. 4: „Das BetrVG erfasst ausländische Arbeitnehmer in deutschen Betrieben.“

## 9. Individualarbeitsrechtliche Auswirkungen

### 9.1 Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs zur Scheinselbständigkeit

Das Herkunftslandprinzip in Art. 16 Ziffer 3 f) des DL-RL verbietet nationale Regelungen, die die selbständige Ausführung von Dienstleistungen beschränken. Im Ergebnis ist damit der Staat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, an die Angaben des Dienstleisters gebunden und nicht mehr in der Lage, z.B. aufgrund der Anforderung von Nachweisen eigene Nachforschungen anzustellen. Hier gab es schon bislang im Anwendungsbereich des AEntG das Problem der Anerkennungspflicht bezüglich im Herkunftsstaat erstellter Bescheinigungen (E 101), nach denen insbesondere aus Großbritannien stammende Personen unter Vorlage der vorgenannten Bescheinigung automatisch als selbständig galten<sup>141</sup>.

Die Frage, ob der Staat der Erbringung der Dienstleistung berechtigt ist, die Qualifizierung als Arbeitnehmer selbst zu überprüfen, ist von essenzieller Bedeutung. Ist nämlich – sei es wegen weniger intensiver Kontrollen im Herkunftsstaat oder wegen eines dort verwandten, engeren Arbeitnehmerbegriffs – der Erbringungsstaat an die Qualifizierung als Selbständiger gebunden, führt dies zum Ausschluss sämtlicher arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften einschließlich teilweise bestehender Lohngleichbehandlungsgebote. Gegenüber den mittel- und osteuropäischen Beitrittsstaaten wären die Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht anwendbar, da für die Tätigkeit Selbständiger im Zweifel die (unbeschränkt geltende) Niederlassungsfreiheit einschlägig wäre.

Die Neufassung der **luxemburgischen Präsidentschaft** ist hier widersprüchlich. Erwägungsgrund 41c gestattet jedoch dem Empfängerstaat, selbständig nach seinen Regelungen festzulegen, wann jemand selbständig und wann jemand abhängig beschäftigt ist. Hinsichtlich der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 39 EG wird die Weisungsunterworfenheit und damit die persönliche Abhängigkeit betont. Dies entspricht dem Arbeitnehmerbegriff nach deutschem Arbeitsrecht. Arbeitnehmer ist danach, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist<sup>142</sup>. Häufig beruht die Frage der Abgrenzung zwischen abhängiger und selbständiger Beschäftigung aufgrund dessen auf tatsächlichen Feststellungen, die aber dann wirkungslos bleiben, wenn sich deren Nachprüfung im Sinne des DL-RL als Behinderung erweist.

Es wäre für sich genommen hier auch nicht hilfreich, wenn – wie im deutschen Sozialversicherungsrecht für die Feststellung der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung in § 7 SGB IV umgesetzt und im deutschen Arbeitsrecht seit längerem diskutiert – auf die wirtschaftliche Abhängigkeit abgestellt werden würde. Dies wäre zwar gerade bei Entsendungstatbeständen schwieriger zu umgehen als die persönliche Abhängigkeit, bliebe aber bei einer Bindung an die Angaben des Dienstleisters gleichermaßen wirkungslos.

<sup>141</sup> *Koberski/Sahl/Hold*, AEntG, § 1 Rn. 27

<sup>142</sup> BAG, Urteil vom 12.9.1996, 5 AZR 104/95, AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer

## 9.2 Leiharbeit

Bei der Leiharbeit ist das Bild vor allem vor dem Hintergrund der rechtlichen Änderungen zum 1.1.2004 kompliziert.

### 9.2.1 Geltungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Wie bereits ausgeführt, erfasst die DL-RL grundsätzlich auch die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, sofern sie grenzüberschreitend durchgeführt wird. Auch hier gilt freilich, dass das AÜG überhaupt nur zur Anwendung gelangt, wenn die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit entsandte Person als Arbeitnehmer qualifiziert werden kann.

Zunächst wird nach § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG die Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) auch aus dem Ausland heraus nicht als Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG gesehen, so dass das AÜG insoweit nicht greift. Das gleiche gilt für konzerninterne Leiharbeit.

Arbeitnehmerüberlassung ist zwar im Baugewerbe verboten, aber nach § 1b Satz 3 AÜG gilt das Verbot nicht zwischen Betrieben des Baugewerbes auch aus dem Ausland heraus, wenn die ausländischen Betriebe seit mindestens drei Jahren überwiegend Tätigkeiten ausüben, die unter den Geltungsbereich derselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträge fallen, von denen der Betrieb des Entleihers erfasst wird.

### 9.2.2 Das Lohnleichbehandlungsgebot des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Hier kommt es darauf an, ob man die Ausnahme im Herkunftslandprinzip in Art. 17 Ziffer 5 des DL-RL weit oder eng versteht. Der Vorschlag der **Kommission** lässt dies offen.

Bei einem **weiten** Verständnis der Ausnahme fiel das AÜG insgesamt aus dem Anwendungsbereich des DL-RL heraus und bliebe auch bei Verabschiedung des Entwurfs nach wie vor in vollem Umfang anwendbar. Das würde insbesondere für die Genehmigungserfordernisse in §§ 2 ff. AÜG gelten.

Bei einem weiten Verständnis der Ausnahme vom Herkunftslandprinzip in Art. 17 Ziffer 5 DL-RL in Verbindung mit der Anordnung der Regeln des Empfängerstaates zur Arbeitnehmerüberlassung gem. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe d) der Entsende-Richtlinie 96/71/EG fände das AÜG in Gänze Anwendung. Damit würde auch das Lohnleichbehandlungsgebot des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG gelten, das seinerseits die Geltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen des Entsendebetriebs unter den dort genannten Voraussetzungen anordnet.

Allerdings gilt dies nicht für die beiden gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen, d.h. die konzerninterne Leiharbeit und die (auch grenzüberschreitende) Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft. § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG lässt Abweichungen durch einen Tarifvertrag zu. Soweit hier bekannt, existieren zwar entsprechende Tarifverträge, aber derzeit kein Tarifvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung, der

Sachverhalte der Auslandsberührung regelt. Müssten nun ausländische Verleihagenturen als Dienstleistungserbringer den branchenüblichen Tariflohn zahlen, inländische Verleihagenturen könnten sich aber als Tarifvertragspartei auf den Tarifvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung beziehen, läge hierin wohl auch ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. Art. 3 Abs. 9 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG greift diese Problematik auf und lässt es genügen, dass die Mitgliedstaaten, in die entsandt wird, die für Leiharbeiter geltenden Tarifverträge erstrecken.

Daneben steht zu erwarten, dass im baunahen das auch für Unternehmen aus dem EU-Ausland geltende Privileg der Arbeitsgemeinschaften nach § 1 Abs. 1 AÜG, das zur Nichtanwendung des AÜG führt, weitestgehend und ggf. missbräuchlich genutzt wird.

Eine größere Gefahr im Hinblick auf einen Druck auf die Beschäftigungsbedingungen liegt daher darin, dass drittbezogener Personaleinsatz im Zuge von Werk- und Dienstleistungsverträgen stattfindet, für den das AÜG (und damit das Gleichbehandlungsgebot) dann nicht gilt, z.B. bei IT-Dienstleistungen vor Ort oder ggf. im technischen Facility Management. Außerhalb des Arbeitnehmerentsendegesetzes, das inhaltlich auf das Baugewerbe beschränkt ist, gibt es hierzu derzeit in Deutschland keine begrenzenden Regelungen. Nach der bereits zitierten Rechtsprechung des BAG wären für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge hier gleichfalls keine Lösung.

Die Neufassung von Art. 17 Ziffer 5 des DL-RL im Vorschlag der **luxemburgischen Präsidentschaft** unterstützt ein **enges** Verständnis der Ausnahme vom Herkunftslandprinzip, da die Ausnahme von Herkunftslandprinzip dort ausdrücklich auf die „*Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für Arbeitnehmer, die zur Erbringung einer Dienstleistung eingesetzt werden*“, bezogen wird. Damit entfallen die Genehmigungserfordernisse, so dass letztlich eine Situation gegeben ist, die mit dem „Unberührtlassen“ der Richtlinie 96/71/EG korrespondiert: Der Empfängerstaat darf Gleichbehandlung verlangen, aber er darf deren Einhaltung nicht kontrollieren.

### 9.3 Arbeits- und Gesundheitsschutz

Im Arbeits- und Gesundheitsschutz ist die Lage nicht eindeutig.

Einerseits ist der Arbeitsschutz in der EU in vielen Bereichen auf gemeinschaftlicher Ebene geregelt. Insofern gibt es gemeinsame Standards, die auch nach Verabschiedung des DL-RL erhalten blieben. Insbesondere sind hier die Rahmen-Richtlinie 89/391/EG und die hierzu ergangenen Einzelrichtlinien einschlägig, die auch in Deutschland zu erheblichen Verbesserungen des Arbeitsschutzes (ArbSchG, Gefährdungsanalyse, ArbZG etc.) geführt haben.

Andererseits ist es gem. Art. 16 Ziffer 3 h) der DL-RL dem Erbringerstaat untersagt Anforderungen bzgl. Ausrüstungsgegenstände zu stellen, was z.B. die Normung für Baugerüste betrifft. Zwar gilt für die außervertragliche (z.B. deliktische) Haftung eines Dienstleistungserbringers nach Art. 17 Ziffer 23 der DL-RL das Herkunftslandprinzip nicht. Ein Dienstleistungserbringer in Deutschland macht sich danach Schadensersatzpflichtig gem. § 823 BGB, aber nur dann

wenn er gegen seine z.B. portugiesischen Normungsvorschriften verstößt. Deren Einhaltung müsste dann von einem deutschen Gericht überprüft werden. Dies führt zu einer erheblichen Verlängerung von Verfahren. Z.B. durch die Einholung von Übersetzungen oder ggf. Rechtsgutachten.

Dienstleistungen, die mit der **Prävention** oder Inspektion/Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen betraut sind, fallen unter die DL-RL und damit unter private Konkurrenz und das Verbot, besondere Voraussetzungen für diese **Unternehmen**, beispielsweise in der **Rechtsform**, vorzusehen. Soweit es in Art. 15 Abs. 2 DL-RL um das Erfordernis bestimmter Rechtsformen bei der Niederlassung von Unternehmen geht, sollen dies die Mitgliedstaaten nicht mehr verlangen können. Damit können auch privatwirtschaftliche Unternehmen in Bereichen tätig werden, die bislang Körperschaften des öffentlichen Rechts oder gemeinnützigen Vereinen vorbehalten waren.

Daneben steht die Wirkung und Arbeit der **Berufsgenossenschaften** zur Disposition, da ihr Geltungsbereich über das Herkunftslandprinzip bei ausländischen Dienstleistungsunternehmen eingeschränkt ist. Es entsteht einerseits ein Wettbewerbsdruck (Inländerdiskriminierung), andererseits gibt es offene Fragen im Zusammenhang mit dem konkreten Vorgehen bei Arbeitsunfällen. So untersagt Art. 14 Ziff. 7 der DL-RL dem Empfängerstaat der Dienstleistung, eine Versicherung des Dienstleisters im Erbringerstaat zu verlangen.

## **10. Auswirkungen auf die Branchen der Metall-, Elektro-, Holz- und Kunststoffindustrie sowie ausgewählter Handwerkssegmente**

### **10.1 Rechtswissenschaftliche Schlussfolgerungen**

#### **10.1.1 Anforderungen an eine Neufassung der DL-RL**

In genereller Hinsicht hat sich –neben den kompetenzrechtlichen Problemen und den unvollständigen Regelungen zur Niederlassungsfreiheit– das Herkunftslandprinzip in Art. 16 DL-RL als Hauptkritikpunkt herauskristallisiert. Ein völliges Streichen des Herkunftslandprinzips würde die DL-RL jedoch in weiten Teilen überflüssig machen, da dann als wesentliche Regelungsinhalte solche allein prozeduraler Natur wie der einheitliche Ansprechpartner in Art. 6 DL-RL verblieben.

Eine Herausnahme einzelner Sektoren, z.B. des Gesundheitswesens, ist wegen des dann vorherrschenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses zu den erfassten Sektoren nicht empfehlenswert. Viel spricht daher dafür, entweder von einer Positivliste der Anwendungsgebiete auszugehen oder von vornherein ein sektorspezifisches Regelwerk aufzustellen. Die Vielzahl allein z.B. der Richtlinien zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene macht deutlich, dass komplexe Themen wie die konkrete Umsetzung der Grundfreiheiten für derart abstrakte Rahmeninstrumente nicht geeignet sind.

Neben dem bereits im DL-RL berücksichtigten Sekundärrecht in harmonisierten Sektoren ist das Internationale Privatrecht als bewährte Rechtsgeltungsanordnung zu erhalten. Auch im kollektiven Arbeitsrecht hat sich der europäische

Gesetzgeber aus gutem Grund, nämlich hauptsächlich wegen der Vielgestaltigkeit der mitgliedstaatlichen Traditionen, Zurückhaltung auferlegt. Wollte man hiervon abgehen, müssten allerdings auch die Möglichkeiten, grenzüberschreitend zur Durchsetzung von Forderungen Arbeitskämpfmaßnahmen einzuleiten, geschaffen werden.

### 10.1.2 Regelungsbedürfnisse im deutschen Arbeitsrecht

Hinsichtlich der Wirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht wären bei einer Umsetzung der DL-RL im Wesentlichen drei Fallkategorien zu unterscheiden:

1. Arbeitnehmerentsendung im baunahen Bereichen, die durch das AEntG geregelt werden
2. Arbeitnehmerentsendung in allen übrigen Bereichen
3. Leiharbeit

Bezüglich der ersten Fallkonstellation gilt in der Baubranche das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), allerdings existieren bereits in den nur baunahen Bereichen keine allgemeinverbindlichen Tarifverträge. Bei Anwendung der DL-RL bliebe es für diese Branchen zunächst bei den in § 7 Abs. 1 AEntG abschließend aufgeführten „Zwingenden Arbeitsbedingungen“. Diese betreffen im Wesentlichen gesetzliche Regelungen zu Arbeits- und Ruhezeiten, Urlaub, Arbeits- und Gesundheitsschutz, Antidiskriminierung, zum Schutz von Schwangeren, Kindern und Jugendlichen. Dagegen käme für die Entlohnung und sonstigen Arbeitsbedingungen das Herkunftslandprinzip aufgrund des Fehlens für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge und sonstiger gesetzlicher Regelungen zur Anwendung.

Eine weitere Fallkonstellation ist die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen des drittbezogenen Personaleinsatzes. Außerhalb des AEntG gibt es derzeit keine begrenzenden Regelungen. Es gilt zwar das AÜG und dessen Gleichbehandlungsgebot, aber eben nur, soweit tatsächlich Arbeitnehmerüberlassung vollzogen wird. Einem Unterbietungswettbewerb bei Löhnen und Arbeitsbedingungen wird hier durch die DL-RL Tür und Tor geöffnet.

Diese Fallkonstellation dürfte angesichts der zunehmenden Bedeutung von Dienstleistungsfunktionen auch in der Industrie bzw. im Produzierenden Gewerbe eine wachsende Bedeutung haben. Beispielsweise kann es sich dabei im Bereich von IT-Dienstleistungen um die Entsendung von Arbeitnehmern ausländischer Dienstleistungserbringer handeln, die zur Vorbereitung und Durchführung von Offshoring-Strategien am Ort des Dienstleistungsempfängers arbeiten. Ebenso könnte es sich auf Arbeitnehmerentsendungen ausländischer Dienstleistungsanbieter beispielsweise in den Tätigkeitsbereichen Werkschutz- und Sicherheitsdienste, Werkskantinen, Facility Management, textiles Reinigungsgewerbe, Wartungsdienste von Maschinen usw. beziehen.

Die dritte Kategorie ist die Leiharbeit. Die DL-RL ist hier uneinheitlich, weil er einerseits auch die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung erfasst, andererseits derzeit durch einen Verweis auf die Entsende-Richtlinie 96/71/EG diese vom Herkunftslandprinzip des Art. 16 ausnimmt. Das AÜG steht durch die DL-RL unter einem ständigen Rechtfertigungsdruck gegenüber der Europäischen Kommission, ob es als Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit verhältnismäßig ist.

### 10.1.3 Rechtspolitische Regelungsmöglichkeiten

#### 10.1.3.1 Gesetz über die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG)

Bereits anlässlich der Verabschiedung des AEntG sind, teilweise aufgrund von Zweifeln hinsichtlich dessen Wirksamkeit, teilweise aus vorgeblich ordnungspolitischen Überlegungen, Alternativen u.a. in Hinblick auf das Gesetz über die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) vom 11. Januar 1952<sup>143</sup> angesprochen worden, so u.a. von *Löwisch*<sup>144</sup>, der das MiArbG favorisiert.

Es wird aber rasch deutlich, dass dieser Vorschlag nicht zur Problemlösung geeignet und hierfür auch nicht gedacht ist. Denn die Nutzung der Grundlage des MiArbG begegnet grundsätzlichen Bedenken aufgrund der Voraussetzungen, die das MiArbG aufstellt. Es setzt voraus, dass

- Gewerkschaften oder Arbeitgebervereinigungen für den Wirtschaftszweig oder die Beschäftigungsart nicht bestehen oder nur eine Minderheit der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber umfassen

und

- die Regelung von Entgelten oder sonstigen Arbeitsbedingungen durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages nicht erfolgt ist

und

- die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zur Befriedung der notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer notwendig erscheint (§ 1 Abs. MiArbG).

Dementsprechend wäre die Nutzung des MiArbG in seiner gegenwärtigen Fassung nicht nur ein gewerkschaftspolitischer Offenbarungseid, wenn seine Voraussetzungen denn vorlägen; zudem wird es in der Praxis an diesen Voraussetzungen regelmäßig fehlen.

Lockert man die vorgenannten Voraussetzungen, lassen sich die tarifpolitischen Folgewirkungen nicht vernachlässigen. Sowohl die Möglichkeit, bessere Arbeitsbedingungen im Wege der Tarifverhandlungen als auch die Organisationsfähigkeit wären eingeschränkt. Die Gefahr einer Spirale nach unten ließe sich nicht auf eine Branche beschränken und schlosse auch einzelvertragliche Regelungen ein. Eine ähnlich negative Wirkung gesetzlicher Vorgaben lässt sich derzeit an den Auswirkungen der vermeintlichen Regelabfindung in § 1a KSchG ablesen, die den Abschluss besserer Sozialplanregelungen erheblich erschwert. Ein erforderlicher Anpassungsmechanismus könnte sich – da notwendigerweise branchenübergreifend – nur am Lebenshaltungsindex und nicht an der Produktivitätssteigerung orientieren. Auch insoweit wären negative Auswirkungen auf künftige Tarifabschlüsse offensichtlich. Schließlich hätten Mindestlöhne, soweit sie aus Anlass der Entsendung ausländischer Arbeitnehmer verordnet werden, eine nivellierende Wirkung, da sie deren Wettbewerbsvorteile stärker berücksichtigen müssten als das deutsche Lebenshaltungsniveau. Eine

---

<sup>143</sup> BGBl. I, S. 17

<sup>144</sup> *Löwisch*, Der Entwurf einer Entsende-Richtlinie der EU in rechtlicher Sicht, in: FS Zeuner, 1994, 91

Erstreckung schließlich nur auf ausländische Arbeitnehmer wäre europarechtlich, im Zweifel aber auch völkerrechtlich nicht zulässig.

Welchen Anknüpfungspunkt man für eine Mindestlohnregelung wählt, ist im Wesentlichen eine politische Frage. Will man die oben ausgeführten Gefahren einer Mindestlohnregelung auf einem Niveau unterhalb der tarifvertraglichen Inhalte vermeiden, bliebe nur die generelle Erstreckung der ortsüblichen Vergütungen, die aber abgesehen von ihrer politischen Durchsetzbarkeit nach der derzeitigen Rechtsprechung des BVerfG verfassungsrechtlich nicht unproblematisch sind, soweit sie ausschließlich an Tarifvertragsabschlüsse anknüpfen. Angesichts der derzeit hauptsächlich und wohl ausschließlich im Bereich der drittbezogenen Dienstleistungen außerhalb der Arbeitnehmerüberlassung bestehenden Gefahren sind die sozial- und organisationspolitischen Risiken eines derartigen Vorgehens sorgfältig gegeneinander abzuwägen.

### **10.1.3.2 Lohndumping-Gesetz**

Ein Lohndumping-Gesetz<sup>145</sup>, das auf das jeweilige Tarifniveau Bezug nimmt und eine Abweichung von mehr als z.B. 20 % oder 30 % unabhängig von Entsendetatbeständen als rechtswidriges Dumping definiert, ist wegen der bestehenden Rechtsprechung des BVerfG problematisch. Das BVerfG hat mehrfach entschieden<sup>146</sup>, dass eine Verweisung des Gesetzgebers auf tarifvertragliche Bestimmungen nicht dazu führen darf, dass der Bürger der Normsetzung der Tarifvertragsparteien, die ihm gegenüber – bei fehlender Zugehörigkeit zur tarifvertragsschließenden Gewerkschaft - nicht legitimiert ist, schrankenlos ausgesetzt ist. Dies widerspräche sowohl dem Rechtsstaatsprinzip als auch dem Demokratieprinzip.

### **10.1.3.3 Ausweitung des Geltungsbereichs des AEntG**

Die Ausweitung des Geltungsbereichs des AEntG wäre für sich genommen durchaus eine Lösungsmöglichkeit. Art. 3 Abs. 1 der Entsende-Richtlinie 96/71/EG unterscheidet zwischen der für alle Branchen vorgeschriebenen Erstreckung von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften u.a. zum Mindestlohn und der nur im Baugewerbe vorgeschriebenen Erstreckung der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge. Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie 96/71/EG gestattet ausdrücklich auch die Ausweitung für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge anderer Branchen. Deswegen stünde eine Ausweitung des Geltungsbereichs des AEntG, auch wenn der EuGH bislang nur Gelegenheit hatte, auf die besondere Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer des Baugewerbes und des Bewachungsgewerbes hinzuweisen, mit der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG in Einklang.

Im engeren Rahmen des Regelungsbereichs des AEntG stellten sowohl der Gesetzentwurf des Bundesrates<sup>147</sup> als auch Gesetzentwurf der SPD-Bundestagsfraktion<sup>148</sup> nicht auf für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge,

<sup>145</sup> Vgl. z.B. Gesetzentwurf des Landes NRW, BT-Drs. 12/1060 vom 14.08.1991

<sup>146</sup> BVerfGE 64, 208, 214 ff.; 78, 32, 35 ff.

<sup>147</sup> BR-Drs. 546/95

<sup>148</sup> BT-Drs. 13/2418

sondern auf den ortsüblichen Lohn ab<sup>149</sup>. Dies widerspräche allerdings Art. 3 Abs. 1 und 10 der Richtlinie 96/71/EG.

## 10.2 Sozialwissenschaftliche Schlussfolgerungen

Wir haben bereits einleitend darauf hingewiesen, dass die DL-RL explizit auf dem weiten europarechtlichen Begriffsverständnis einer Dienstleistung beruht. So wird unter einer Dienstleistung gerade nicht nur der tertiäre Sektor einer Volkswirtschaft verstanden, sondern grundsätzlich jede Leistungserstellung, bei der ein Arbeitsauftrag zwischen zwei Wirtschaftssubjekten erbracht wird, die sich einander als Gebietsfremde, d.h. auf dem Staatsgebiet zweier verschiedener EU-Mitgliedstaaten, gegenüberstehen<sup>150</sup>. Dieses Verständnis führt dazu, dass z. B. eine Dienstleistung dann vorliegt, wenn ein Betrieb des produzierenden Sektors, z.B. ein bundesdeutscher Anlagenbauer, grenzüberschreitende Leistungen erbringt, z.B. beim Betreiben einer überlassenen Anlage in einem polnischen Produktionsbetrieb. Auf der Grundlage dieses breiten Begriffsverständnisses von Dienstleistung beschränkt sich der Geltungsbereich der DL-RL nicht auf den wachsenden Dienstleistungssektor<sup>151</sup>, sondern umfasst ohne Ausnahme alle Wirtschaftssektoren, d. h. auch des primären (Land-, Forstwirtschaft, Fischerei) und des sekundären Sektors der gesamten Güterproduktion.

Mit dieser Begriffsbestimmung von Dienstleistung wären von der EU-Dienstleistungsrichtlinie grundsätzlich alle Sektoren der Metall-, Elektro-, Holz- und Kunststoffindustrie betroffen.

Speziell für diese Sektoren haben wir hinsichtlich der Rechtsgrundlagen und der Auswirkungen deshalb im Wesentlichen drei Fallkategorien zu unterscheiden:

1. Arbeitnehmerentsendung in baunahen Bereichen, die durch das AEntG geregelt werden (im folgenden 10.2.1)
2. Arbeitnehmerentsendung, die nicht unter das AEntG fällt (drittbezogener Personaleinsatz im Rahmen von Werk- und Dienstleistungsverträgen) (im folgenden 10.2.2)
3. Zeit- und Leiharbeit (im folgenden 10.2.3)

### 10.2.1 Arbeitnehmerentsendung in baunahen Bereichen

Die erste Fallkonstellation gilt für über alle Arbeitnehmer in den baunahen Bereichen des Elektrohandwerks, des Heizungs-, Klima- und Sanitärhandwerks, des Metallbauer- und Schlosserhandwerks sowie des Holz- und Tischlerhandwerks. Hier gilt in den baunahen Bereichen das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), allerdings gibt es keine allgemeinverbindlichen Tarifverträge. Bei Anwendung der DL-RL bliebe es für diese Branchen zunächst bei den im Arbeitnehmer-Entsendegesetz abschließend aufgeführten „Zwingenden Arbeitsbedingungen“. Diese betreffen im Wesentlichen gesetzliche Regelungen zu Ar-

<sup>149</sup> zustimmend *Däubler*, DB 1995, 726

<sup>150</sup> *Tiedje/Troberg* in *von der Groeben/Schwarze*, Art. 43 EG, Randnr. 5

<sup>151</sup> *Eichner/Heinze* (2005)

beits- und Ruhezeiten, Urlaub, Arbeits- und Gesundheitsschutz, Antidiskriminierung, zum Schutz von Schwangeren, Kindern und Jugendlichen.

Dagegen käme für die Entlohnung und sonstigen Arbeitsbedingungen das Herkunftslandprinzip aufgrund des Fehlens für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge und sonstiger gesetzlicher Regelungen selbst in diesen baunahen Handwerksbereichen zur Anwendung.

Der Bereich der baunahen Handwerke würde bei Anwendung der DL-RL folglich für den grenzüberschreitenden Unterbietungswettbewerb bei den Löhnen und Arbeitszeiten freigegeben. Bezogen auf die Arbeitszeit gilt dies zumindest formal bis zu den Grenzen des Arbeitszeitgesetzes. Für die tatsächlichen Verhältnisse kommen dann jedoch alle Probleme zum Tragen, die bereits mit Blick auf die vorgesehenen Beschränkungen für die Kontrolle bei der Einhaltung rechtlicher Vorschriften angesprochen wurden.

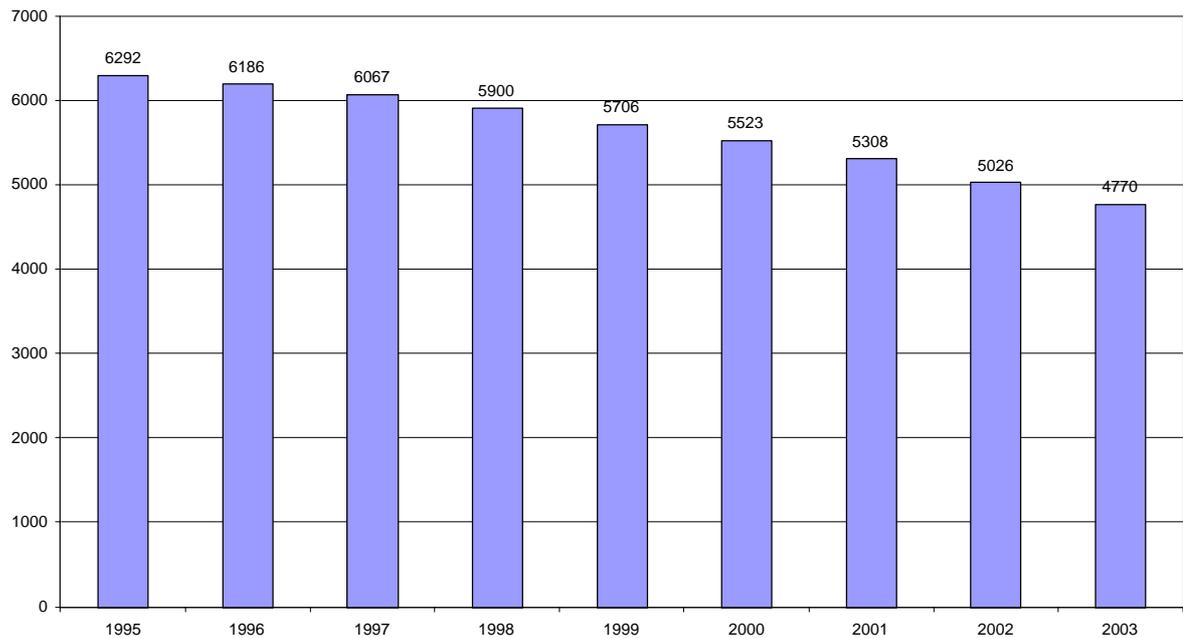
Auf der Grundlage eigener statistischen Auswertungen jüngst abgeschlossener und aktuell laufender Forschungsprojekte zu den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ausgewählter Gewerbegruppen im Handwerk<sup>152</sup>, haben wir für den vorliegenden Problembereich der möglichen Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf Gewerbegruppen des Handwerks und handwerksähnlicher Bereiche folgende statistische Annäherungen erarbeitet.

Dabei müssen wir im Vergleich zur letzten Handwerkzählung aus dem Jahre 1995 bereits von insgesamt dramatischen Beschäftigungseinbrüchen in allen Gewerbegruppen des Handwerks in den letzten 10 Jahren ausgehen. Das Handwerk verliert insbesondere nicht zuletzt wegen der schlechten Binnen- nachfrage seit 1995 bis 2003 - von 6,29 Mio. auf 4,77 Mio - insgesamt 1,52 Mio. Beschäftigte. Im traditionellen Handwerk bedeutet dies einen Beschäftigungs- einbruch von 24,8%:

Auch für 2004 identifizierte das Statistische Bundesamt 2005 einen weiteren Verlust von 3,4% für die zulassungspflichtigen Handwerksbetriebe gegenüber dem Vorjahr;

<sup>152</sup> siehe unter: [www.tischlerprojekt.de](http://www.tischlerprojekt.de) und <http://rubigm.ruhr-uni-bochum.de/wisoc/startwisoc.htm>

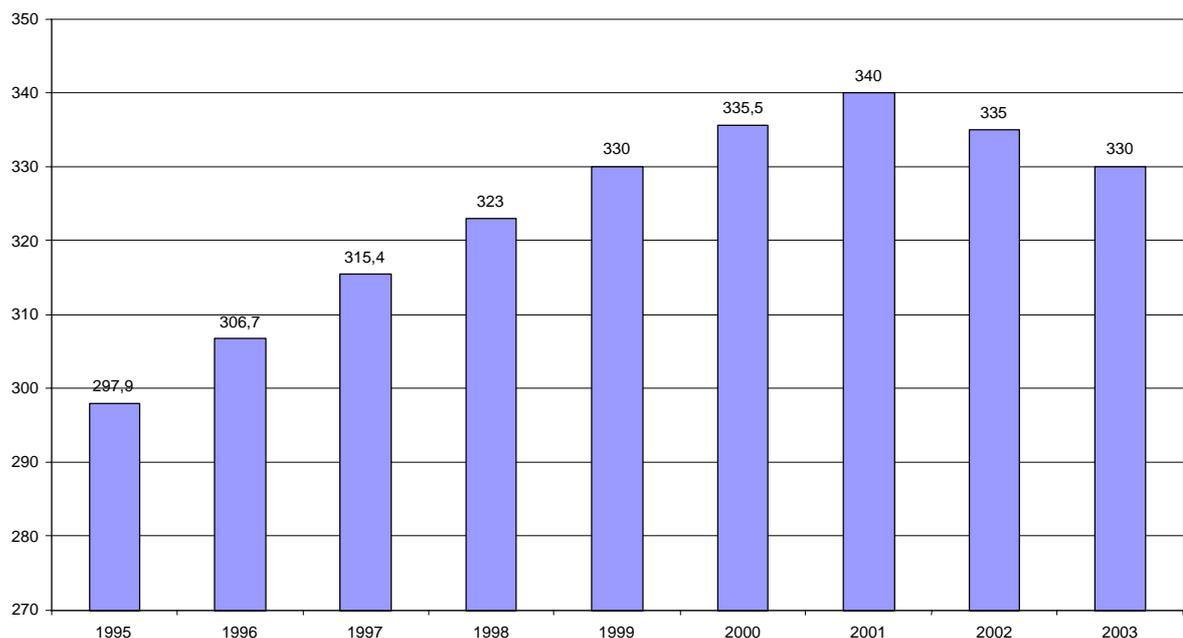
**Abb.1** Beschäftigte in 1.000 im Handwerk (ohne handwerksähnliches Gewerbe)



Quelle: Zahlen ZDH; eigene Darstellung

Dieser Beschäftigungsrückgang im traditionellen Handwerk muss jedoch um die Veränderungen insbesondere durch das Aufkommen von dienstleistungsorientierten bzw. handwerksähnlichen Unternehmen durch die Novellierungen der Handwerksordnungen 1994 relativiert werden, die von 1995 bis 2003 durch einen Zuwachs auf 330.000 Dienstleistungsbeschäftigten gekennzeichnet war. Auch bei der Entwicklung der Beschäftigtenzahlen im handwerkähnlichen Dienstleistungsbereich zeigt seit 2002 die schlechte Binnennachfrage deutliche negative Auswirkungen.

**Abb. 2** Beschäftigte in 1.000 im handwerksähnlichen Gewerbe



Quelle: Zahlen ZDH; eigene Darstellung

Insgesamt waren im Dezember 2003 jedoch immer rund 5,1 Mio. Beschäftigte im Handwerk und handwerkähnlichen Dienstleistungsunternehmen tätig; dies entspricht 13,3% aller Erwerbstätigen in Deutschland.

Für die uns interessierenden Sektoren haben wir auf der Grundlage der vorliegenden Ergebnisse eine Schätzung für einzelne Gewerbe aufgrund der Gewichtung bei der Handwerkszählung 1995 für die Jahre 1997 bis 2003 unternommen. Diese Zahlen stellen eine erste Annäherung dar, welche Gewerbe- und Beschäftigungsgruppen vom DL-E insbesondere betroffen wären. Wir kommen dabei zu folgenden Ergebnissen:

### Abb. 3

Abschätzung der Beschäftigtenentwicklung im Handwerk nach Gewerbegruppen 1997-2003

Gewerbegruppen	Anzahl Beschäftigte <sup>1</sup>			
	1997	1999	2001	2003
<b>Insgesamt</b> <sup>2</sup>	6 067 000	5 706 000	5 308 000	4 770 000
Bau- und Ausbaugewerbe	1 658 718	1 560 020	1 451 207	1 304 118
Elektro- und Metallgewerbe	2 078 554	1 954 876	1 818 521	1 634 202
Holzgewerbe	354 920	333 801	310 518	279 045
Bekleidungs-, Textil- und Ledergerbergewerbe	94 645	89 014	82 805	74 412
Nahrungsmittelgewerbe	597 600	562 041	522 838	469 845
Gewb. für Gesund.- und Körperpfl., chem. und Reinigungsgewerbe	1 157 584	1 088 705	1 012 766	910 116
Glas-, Papier-, keramische und sonstige Gewerbe	124 980	117 544	109 345	98 262
<sup>1</sup> Schätzung für einzelne Gewerbe aufgrund der Gewichtung bei der Handwerkszählung 1995				
<sup>2</sup> Zahlen ZDH				

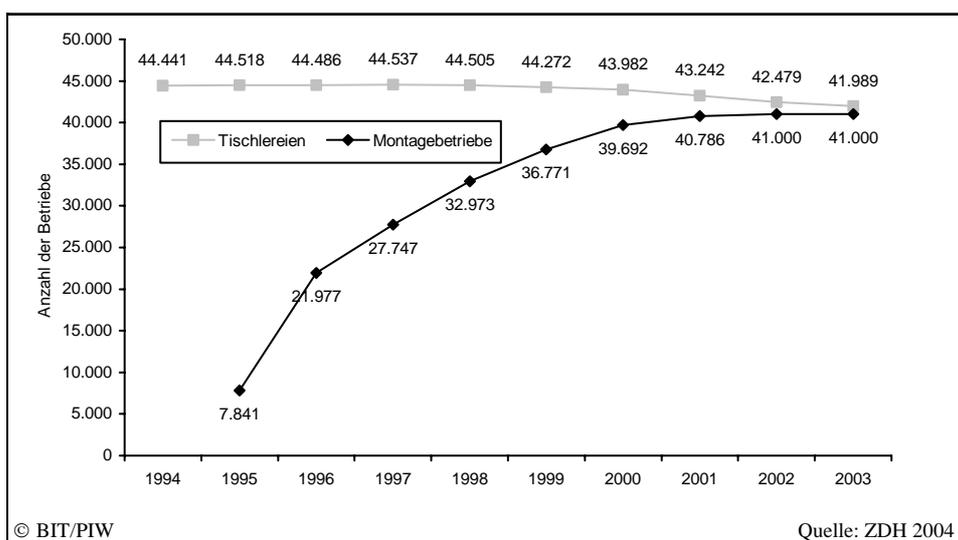
Quelle: Statistisches Bundesamt, ZDH, eigene Berechnungen

So gehen wir davon aus, dass Ende 2003 in den baunahen Bereichen des Elektrohandwerks, des Heizungs-, Klima- und Sanitärhandwerks, des Metallbauer- und Schlosserhandwerks sowie des Holz- und Tischlerhandwerks ca. 1,9 Mio. Beschäftigte von der EU-Dienstleistungsrichtlinie nur bedingt betroffen gewesen wären. Hier gilt das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG). Bei Anwendung der DL-RL bliebe es für diese Branchen zunächst bei den im Arbeitnehmer-Entsendegesetz abschließend aufgeführten „Zwingenden Arbeitsbedingungen“, gesetzliche Regelungen zu Arbeits- und Ruhezeiten, Urlaub, Arbeits- und Gesundheitsschutz, Antidiskriminierung, zum Schutz von Schwangeren, Kindern und Jugendlichen. Beim Entgelt käme allerdings das Herkunftslandprinzip zur Anwendung.

Die ca. 75.000 Beschäftigten im Bekleidungs-, Textil und Ledergewerbes zählen dagegen wie die Kfz.-Handwerker zu jener Gruppe, die nicht unter den Bedingungen Schutz des AEntG fallen.

Im Rahmen dieser Expertise war allerdings eine allgemeine Abschätzung über die Entwicklung der dienstleistungsorientierten, handwerksähnlichen Betriebe der Metall-, Elektro-, Holz- und Kunststoffbranchen – aktuell sind in allen Wirtschaftssektoren über 330.000 Arbeitnehmer beschäftigt – nicht möglich. Nur für den Bereich des Holzhandwerks kommen wir auf der Grundlage eines jüngst abgeschlossenen Forschungsprojektes<sup>153</sup> zu detaillierten Aussagen über die deutlichen Verschiebungen zwischen traditionellem Handwerk und dienstleistungsorientierten Montageunternehmen. Sie stellen direkte Konkurrenten des traditionellen Tischlerhandwerks dar. Es handelt sich um werkstattlose Dienstleistungsunternehmen nach Anlage B der Handwerksordnung, von denen es im Holzgewerbe mittlerweile ebenso viele gibt wie klassische Handwerksbetriebe.

Abb. 4 Entwicklung des Bestandes von Handwerks- und Dienstleistungsunternehmen



Tischlereien werden zukünftig immer häufiger zu Dienstleistern von Montagebetrieben. Dazu gehören bereits vor der Verabschiedung der Dienstleistungsrichtlinie heute vermehrt Montageunternehmen und Alleinunternehmer die nicht unter die Entsenderichtlinie aus Osteuropa fallen.<sup>154</sup>

### 10.2.2 Arbeitnehmerentsendung außerhalb des AEntG

Unsere zweite angenommene Fallkonstellation ist die Entsendung von Arbeitnehmern außerhalb dieser baunahen Bereiche in den wachsenden Sektoren der industriellen Dienstleistungen, die nicht unter das AEntG fallen. Für diesen Teil des drittbezogenen Personaleinsatzes außerhalb des Arbeitnehmerentsendegesetzes aus anderen EU-Staaten gibt es derzeit überhaupt keine begren-

<sup>153</sup> siehe: [www.tischlerprojekt.de](http://www.tischlerprojekt.de)

<sup>154</sup> siehe: HOB 3/2005, S. 10;

zenden Regelungen. Einem Unterbietungswettbewerb bei Löhnen und Arbeitsbedingungen wäre hier durch die DL-RL Tür und Tor geöffnet.

Diese Konstellation ist im Rahmen dieser Studie allerdings nur fallweise zu quantifizieren, hat aber angesichts der zunehmenden Bedeutung von Dienstleistungsfunktionen in der Industrie bzw. im Produzierenden Gewerbe ohne Zweifel eine wachsende Bedeutung.<sup>155</sup>

Um die zunehmende Integration von unternehmensnahen und –internen Dienstleistungen in das produzierende Gewerbe der Metall-, Elektro-, Holz- und Kunststoffindustrie ansatzweise abschätzen zu können, orientieren wir uns am Wirtschaftsgruppenraster des Instituts für Arbeit und Technik in Gelsenkirchen (IAT). Diese gibt einen Überblick über unternehmensbezogene und –interne Dienstleistungen in Abgrenzung zu den für traditionellen Dienstleistungsgruppen Handel, Finanzen und Immobilien, Verbände, Organisationen und Politik sowie Haushalts- und Personenbezogenen Dienstleistungen.

**Abb. 5**

<b>Wirtschaftsgruppe</b>	<b>Bestehend aus:</b>
<b>Land-, Forstwirtschaft, Fischerei</b>	Landwirtschaft, Garten- und Weinbau, Forst- und Jagdwirtschaft, Fischerei, Fischzucht
<b>Güterproduktion</b>	Vorleistungsgüterproduzenten Investitionsgüterproduzenten Verbrauchsgüterproduzenten Gebrauchsgüterproduzenten
<b>Bauwirtschaft</b>	Bauhauptgewerbe, Zimmerei und Dachdeckerei, Ausbau- und Bauhilfsgewerbe, Lüftungs- und Wärmeanlagen
<b>Infrastruktur und Transport</b>	Ver- und Entsorgung Logistik und Transport Informationsübermittlung
<b>Unternehmensbezogene Dienstleistungen</b>	Forschung, Entwicklung, Technik, Planung Datenverarbeitung Objektschutz und –pflege Managementbezogene DL sonstige unternehmensbezogene DL
<b>Handel, Finanzen und Immobilien</b>	Handel Finanzdienstleistungen Immobilienwirtschaft
<b>Verbände, Organisationen und Politik</b>	Verbände, Organisationen und Interessenvertretungen Staatliche Verwaltung
<b>Haushalts- und Personenbezogene Dienste</b>	Gesundheit und Soziales Erziehung, Bildung, Weiterbildung Gastronomie und Tourismus Medien, Kultur, Freizeit, Sport Sonstige Haushalts- und Personenbezogenen DL

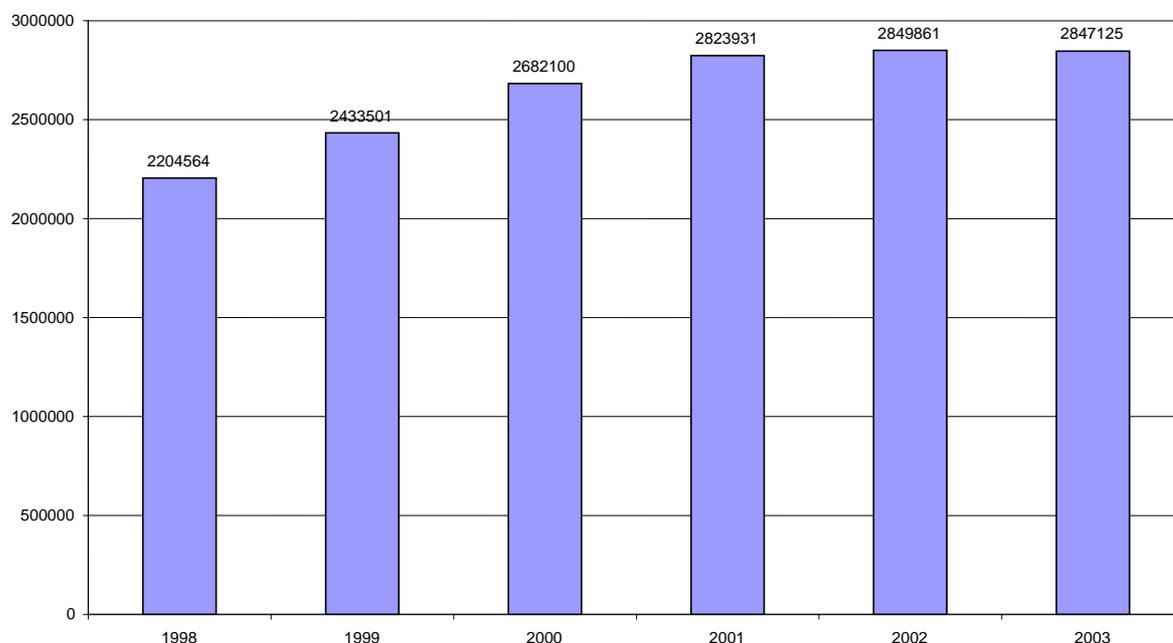
Quelle: IAT Wirtschaftsgruppenraster

<sup>155</sup> Peters, Jürgens (Hrsg.) (2000): Dienstleistungs@rbeit in der Industrie, Hamburg; Bosch, Gerhard / Wagner, Alexandra (2001) Dienstleistungen und Industrie., Hamburg

Folgende Grafik gibt einen Überblick über das uns interessierende allgemeine Wachstum der unternehmensbezogenen und –internen Dienstleistungen zwischen 1998 und 2003. Das Beschäftigungsvolumen dieser Dienstleistungen ist auf über 2,85 Mio. Beschäftigte angewachsen.

**Abb. 6**

Sozialversicherungspflichtig Beschäftigte in unternehmensbezogenen und –internen Dienstleistungen



Quelle: Zahlen IAT; eigene Darstellung

Bei diesen Beschäftigten handelt es sich um die verschiedensten Tätigkeitsbereiche, vom Werksschutz- und Sicherheitsdienste, Werkskantinen, Facility Management, textiles Reinigungsgewerbe, Wartungsdienste von Maschinen und vor allem IT-Dienstleistungen.

Letztere beziehen auch auf Bereiche von Dienstleistungen, die zur Vorbereitung und Durchführung von Offshoring-Strategien am Ort des Dienstleistungsempfängers arbeiten. So reorganisieren insbesondere die Unternehmen des Maschinen- und Anlagenbaus ihre Wertschöpfungskette durch die Einführung von Betreibermodellen. Produktions-Betreibermodelle sind dabei eine Form des Outsourcing, in dem die Sicherstellung des Betriebs von Produktionsmaschinen bzw. -anlagen, wie bspw. die Sicherstellung einer garantierten Verfügbarkeit, vermehrt auf den Anbieter verlagert wird. Hierbei sind grundsätzlich zwei Arten der auf den Anbieter verlagerten Betreiberleistung zu unterscheiden: Anbieterseitig wird ausschließlich die objektbezogene Arbeitsleistung eingebracht (nutzungsorientierte Betreibermodelle) oder anbieterseitig wird sowohl die objektbezogene als auch die ausführende Arbeitsleistung eingebracht (ergebnisorientierte Betreibermodelle).

Darüber hinausgehende Leistungen des Anbieters über den Lebenszyklus des Objektes, wie z.B. Planung und Entwicklung, Finanzierung, etc., sind fakultativ und können als komplementäre Betreiberleistungen bezeichnet werden. Da bei Produktions-Betreibermodellen – wie beim Outsourcing – eine vertikale Arbeitsteilung vorliegt, kann es sich um Ausrüster oder sonstige Dienstleister aus den EU-Staaten handeln. Der neue (organisationale) Funktionsträger wird als den Betrieb übernehmende Unternehmung, externer Betreiber oder Fremdbetreiber

(wahlweise objektbezogen, ausführend, total) bezeichnet. Die Geschäftsbeziehungen zwischen Ausrüstern und ihren Kunden werden zunehmend durch den funktionalen Nutzen der Investitionsgüter im Sinne ihrer spezifischen Gebrauchsfunktionen geprägt, sodass in dieser an Flexibilität und Verfügbarkeit orientierten Geschäftsbeziehung Maschinenhersteller zu Full-Service-Anbietern und Käuferunternehmen zu Nutzern werden.

Auch wenn Betreibermodelle heute vielfach als eine zu favorisierende Form von Kunden-Lieferanten-Beziehungen dargestellt werden, ergibt eine kritische Betrachtung quantitativ noch kein klares Bild über die Entwicklung: Interne Dienstleistungsmodelle scheinen bei weitem nicht für jeden industriellen Anwendungsfall geeignet. Seit Ende der 90er Jahre beschäftigt sich die IG Metall intensiv mit der Reorganisation der industriellen Wertschöpfungsprozesse und speziell hier mit der Herausbildung industrieller Dienstleistungssektoren.<sup>156</sup> Auf der Grundlage einer Sonderauswertung der Berufsstatistik der Bundesagentur für Arbeit zum Stichtag 31. März 1994 kommt Nikolaus Schmidt zu einer quantitativen Abschätzung der Sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten in der Metall- und Elektroindustrie. Sein Ergebnis lautet, dass von den derzeit 3,67 Mio. Beschäftigten der Metall- und Elektroindustrie bereits über 1,5 Mio., also 41% internen Dienstleistungsberufen (42,5% Technische Berufe und 57,5% Dienstleistungsberufe) zu zuordnen sind.<sup>157</sup>

Wesentliche Treiber für die zunehmende Entgrenzung von industrieller Produktion und unternehmensnahen und –internen Dienstleistungen stellt die Entwicklung des Informations- und Kommunikationssektors dar. Der IuK-Sektor gilt als ein Schlüsselsektor für die Überwindung traditioneller Branchen- und Sektorabgrenzungen, ist Vehikel der industrieinternen Tertiarisierung, liefert die Grundlage für eine qualitative Weiterentwicklung der technologischen Infrastruktur des Informationsflusses und ist somit Auslöser umfangreicher Reorganisationsprozesse.<sup>158</sup> Auf der Grundlage der Auswertung aktueller Daten des Bundesverbandes Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM)<sup>159</sup> wird deutlich, dass der IuK-Sektor Industrie- und Dienstleistungsbereiche in hohem Maße integriert. Folgende Tabelle gibt einen Überblick über die Entwicklung einzelner Beschäftigtengruppen im IuK-Sektor für den Zeitraum zwischen 2000 und 2005:<sup>160</sup>

---

<sup>156</sup> *IG Metall, Ressort Industriepolitik* (2005): Industrieinterne Dienstleistungen. Versuch einer quantitativen Abschätzung. Symposium IG Metall – Gesamtmetall 11. Januar 2005

<sup>157</sup> ebd., und *IG Metall, Ressort Wirtschaft-Technologie-Umwelt* (2000): Tertiarisierung – Ende der Industriegesellschaft?

<sup>158</sup> ebd., S. 23

<sup>159</sup> siehe: [www.bitkom.org](http://www.bitkom.org)

<sup>160</sup> für detailliertere Information siehe das HBS-Forschungsprojekt unter: <http://www.ruhr-uni-bochum.de/soaps-nemax>

**Abb. 7 Beschäftigte in der Informations- und Kommunikationswirtschaft 2000-2005**

Beschäftigte	2000	2001	2002	2003	2004	2005*
<b>Informationstechnik</b>	<b>490.000</b>	<b>492.000</b>	<b>474.000</b>	<b>459.000</b>	<b>457.000</b>	<b>468.000</b>
- Herstellung von Büromaschinen und DV-Geräten	108.000	104.000	99.000	94.000	93.000	92.000
- Software und IT-Dienstleistungen	382.000	388.000	375.000	365.000	364.000	376.000
<b>Telekommunikation</b>	<b>330.000</b>	<b>327.000</b>	<b>307.000</b>	<b>294.000</b>	<b>289.000</b>	<b>288.000</b>
- Herstellung von nachrichtentechnischen Geräten und Einrichtungen	83.000	80.000	72.000	68.000	67.000	66.000
- Telekommunikationsdienste	247.000	247.000	235.000	226.000	222.000	222.000
<b>Gesamt</b>	<b>820.000</b>	<b>819.000</b>	<b>781.000</b>	<b>753.000</b>	<b>746.000</b>	<b>756.000</b>

Quelle: BITKOM 2005; \*geschätzt

Die hier aufgeführten Beschäftigungssegmente des IuK-Sektors nach BITKOM unterstreichen die weitgehende Integration von industriellen und dienstleistungsorientierten Segmenten. Das Segment Informationstechnik weist demnach für das Jahr 2005 468.000 Beschäftigte auf, wobei auf die industrielle Herstellung der Informationstechnik lediglich 92.000 Beschäftigte bzw. 19,7% fallen. Die überwiegende Mehrheit von 376.000 Beschäftigten bzw. 80,3% werden den IT-Dienstleistungen zugeordnet. Ein vergleichbares Verhältnis von industrieller Produktion und Dienstleistung weist das Segment der Telekommunikation auf. Von den insgesamt in 2005 zu erwartenden 288.000 Beschäftigten sind nur 66.000 oder 22,9% der industriellen Herstellung zuzuordnen, während der überwiegende Teil bei den Telekommunikationsdiensten mit 222.000 oder 77,1% beschäftigt ist.

Gerade die Entwicklung des IuK-Sektors unterstreicht wie kein anderer exemplarisch die zunehmende Integration von spezifisch industrienahen und – internen Dienstleistungen in die industrielle Produktion. Es ist davon auszugehen, dass durch die Erschließung der Möglichkeit von unternehmensinternen Dienstleistungen massive Kostenvorteile zu erzielen, auch die Entwicklung und die Nachfrage nach entsprechenden Dienstleistungsangeboten aus anderen EU-Staaten nach sich ziehen wird. Eine Abschätzung der potenziellen Vielzahl von Möglichkeiten und ihre Praxisrelevanz in Bezug auf die EU-Dienstleistungsrichtlinie sind im Rahmen dieser Expertise allerdings nicht leistbar.

Es existiert ein elementarer Forschungsbedarf bei der Abschätzung des tatsächlichen Potenzials von unternehmensinternen Dienstleistungen im produzierenden Gewerbe.<sup>161</sup> In weiterführenden Forschungen zu den Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie auf die spezifischen Bereiche des IuK-Sektors sollten daher die Begriffe von industrieller Produktion und industrieller Dienstleistung zukünftig erweitert werden, um die zunehmende Integration von Herstellung und Dienstleistungen zu berücksichtigen. Diese Erweiterung käme auch

<sup>161</sup> nähere Angaben zu der Ausbreitung von industrieinternen Dienstleistungen, siehe unter: Kreimeier

dem weiter gefassten Begriff von Dienstleistung der vorliegenden DL-RL entgegen.

### 10.2.3 Arbeitnehmerüberlassung

Unsere dritte angenommene Fallkonstellation ist der komplexe Bereich der Leiharbeit und spätestens hierdurch werden die gesamten Sektoren der Metall-, Elektro-, Holz- und Kunststoffindustrie durch die DL-RL betroffen. Das AÜG steht durch die DL-RL unter einem ständigen Rechtfertigungsdruck gegenüber der Europäischen Kommission, ob es als Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit verhältnismäßig ist.

Leiharbeiter sind in erster Linie Zeitarbeitsbeschäftigte einschließlich der so genannten Personal-Service-Agenturen (PSA). Nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit hat Leih- und Zeitarbeit mit knapp 400.000 zum Stichtag 30.06.2004 eine neue Rekordmarke erreicht (Vorjahr: 327.000, +26%). Der Anteil der Zeitarbeiter an den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten ist auf nunmehr 1,5% gestiegen. Im internationalen Vergleich liegt Deutschland damit zwar immer noch im unteren Drittel, doch belegt der Zuwachs von 0,5% innerhalb weniger Jahre das Wachstum der Zeitarbeitbranche in Deutschland. Bei den PSA waren zum Stichtag 30.06.2004 knapp 26.000 beschäftigt. Bereinigt um die PSA-Zahlen wurden 47.000 Mitarbeiter (+ 14,4%) mehr als ein Jahr zuvor in der Zeitarbeit beschäftigt, insgesamt 374.000. Knapp 70% der neu eingestellten Leih- bzw. Zeitarbeiter waren vorher erwerbslos. Bei den Berufsgruppen ist der Anteil der einfachen Helfertätigkeiten auf rund 32% gestiegen.

Für die Bereiche von Metall-, Elektro-, Holz- und Kunststoff ist von besonderer Bedeutung, dass ca. 27,5% der ermittelten Zeit- bzw. Leiharbeiter aus dem Bereich der Metall- und Elektroberufe stammen, also insgesamt über 110.000 Beschäftigte.

Weitere 10,7% fallen auf die Gruppe „Sonstige Berufe“, zu denen u.a. Chemiearbeiter und Facharbeiter aus dem Baunebengewerbe gehören. Der gewerbliche Beschäftigungssektor bildet mit 70% aller Beschäftigten immer noch das Hauptstandbein der Zeitarbeitbranche. Während kaufmännische Tätigkeiten kaum verändert bei rund 10% und technische Berufe bei rund 3,9% liegen, hat der Anteil der Dienstleistungsberufe gegenüber dem Vorjahr um 2,7% auf 15,6% zugelegt.<sup>162</sup>

Nach den der Expertise zugrunde liegenden, Zahlen des Bundesverbandes Zeitarbeit (BZA) konnte für das Jahr 2004 von einem ein Gesamtwachstum der Beschäftigten bis zu 15% und einem Umsatzwachstum zwischen acht und zehn Prozent ausgegangen werden. Für 2005 ist ein weiterer Zuwachs bei den Leih- bzw. Zeitarbeitsbeschäftigten zu erwarten, die im Fall der Realisierung der Dienstleistungsrichtlinie in der vorliegenden Fassung direkt mit Anbietern aus anderen EU-Staaten konkurrieren würden. Zum Sonderproblem der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung sind empirische Angaben derzeit nicht verfügbar.

Jede der ausgewählten drei Fallkonstellationen - die Arbeitnehmerentsendung in baunahen Bereichen, die durch das AEntG geregelt werden, die Arbeitneh-

<sup>162</sup> Zahlen von Bundesverband Zeitarbeit ([www.bza.de](http://www.bza.de))

merentsendung, die nicht unter das AEntG fällt und die Zeit- und Leiharbeit – ist derartig unterschiedlich komplex, dass im Rahmen dieser Expertise nur annähernd die Problematik der Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf spezielle Sektoren der Metall-, Elektro-, Holz- und Kunststoffbranche umrissen werden konnte.

Um über diese ersten Anhaltspunkte mit Vorstudiencharakter hinaus, solide empirische Erkenntnisse zu erarbeiten, bedarf es weitergehender und vor allem spezifischer Untersuchungen jeweils für die Branchen der Metall-, Elektro-, Holz- und Kunststoffindustrie sowie entsprechender Handwerkssegmente.

## 11. Literatur

- Beitzke, Günter* (1973): EWG-Kollisionsnormen zum Arbeitsverhältnis, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München, 127
- Bosch, Gerhard / Wagner, Alexandra* (2001): Dienstleistungen und Industrie, Hamburg
- Brödermann, Eckart* (1992): Europäisches Gemeinschaftsrecht versus IPR: Einflüsse und Konformitätsgebot, MDR 1992, 89
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.) (2003): Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Baden-Baden
- Däubler, Wolfgang* (1995): Ein Antidumping-Gesetz für die Bauwirtschaft, DB 1995, 726
- Ebenroth/ Einsele*, ZvgIRWiss 87 (1988), 217
- Eichenhofer, Eberhard* (1996): Arbeitsbedingungen bei der Entsendung von Arbeitnehmern, ZIAS 1996, 55
- Eichner V. /Heinze, R.G. (Hrsg.)* (2005): *Beschäftigungspotenziale im Dienstleistungssektor, im Erscheinen (Mai 2005), Düsseldorf*
- Eser, Gisbert* (1992): Kollisionsrechtliche Probleme bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen, RIW 1992, 1
- Gamillscheg, Franz* (1983): Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA 1983, 307
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Meinhard (Hrsg):* Kommentar zur Europäischen Union, Loseblatt
- Hanau, Peter* (1994): Lohnunterbietung („Sozialdumping“) durch Arbeitsrecht, Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, Baden-Baden, 415
- Hanau, Peter/ Heyer, Jörg* (1993): Rechtliche Regelungen bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerentsendung in der EG, Die Mitbestimmung 10/93, 16
- Hohloch, Gerhard* (1987): Arbeitsverhältnisse mit Auslandsbezug und Vergütungspflicht, RIW 1987, 353
- IG Metall*, Ressort Wirtschaft-Technologie-Umwelt (2000): Tertiärisierung – Ende der Industriegesellschaft?
- IG Metall*, Ressort *Industriepolitik* (2005): Industrieinterne Dienstleistungen. Versuch einer quantitativen Abschätzung. Symposium IG Metall – Gesamtmetall 11. Januar 2005
- Koberski, Wolfgang /Sahl, Karl-Heinz /Hold Dieter* (2002): Arbeitnehmer-Entsendegesetz, München
- Löwisch, Manfred* (1994): Der Entwurf einer Entsende-Richtlinie der EU in rechtlicher Sicht, in: Festschrift für Albrecht Zeuner, Tübingen, 91
- Lorenz, Frank* (Hrsg.) (1996): Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG), Gesetzestext und Materialien
- Müller, Andreas* (1997): Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, Baden-Baden
- Peters, Jürgens* (Hrsg.) (2000): Dienstleistungs@rbeit in der Industrie, Hamburg;
- Pieper, Stefan Ulrich* (1993): Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union, DVBl. 1993, 705
- Reich, Norbert* (1994): Grundgesetz und internationales Vertragsrecht, NJW 1994, 2128
- Samuelson, Paul A./ Nordhaus, William D.* (1998): Volkswirtschaftslehre, Zürich
- Spindler, Gerold* (2002): Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht - Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?, RabelsZ 66 (2002), 633
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.) (2003): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden