

Bohnet, Constanze; Zerres, Thomas

Working Paper

Rechtsrahmen einer grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung in der Europäischen Union

Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 40

Provided in Cooperation with:

Fakultät Medien, Hochschule Offenburg

Suggested Citation: Bohnet, Constanze; Zerres, Thomas (2019) : Rechtsrahmen einer grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung in der Europäischen Union, Arbeitspapiere für Marketing und Management, No. 40, Hochschule Offenburg, Fakultät Medien, Offenburg, <https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:ofb1-opus4-50029>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/244657>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



CHRISTOPHER ZERRES

MARKETING

Schriftenreihe „Arbeitspapiere für Marketing und Management“

**Herausgeber:
Prof. Dr. Christopher Zerres**

**Hochschule Offenburg
Fakultät Medien und Informationswesen**

Arbeitspapier Nr. 40

**Rechtsrahmen einer grenzüberschreitenden
Arbeitnehmerentsendung in der Europäischen Union**

Bohnet, C. / Zerres, T.

Offenburg, Mai 2019

ISSN: 2510-4799



Impressum

**Prof. Dr. Christopher Zerres
Hochschule Offenburg
Fakultät Medien und Informationswesen
Badstraße 24
77652 Offenburg
ISSN: 2510-4799**

Inhalt

1	Entsenderichtlinie	1
2	Ergänzende Durchsetzungsrichtlinie	2
3	Anwendungsbereich	4
4	„Harter Kern“	6
5	Literaturverzeichnis	7
6	Autoreninformation	8

Vor dem Hintergrund einer wachsenden Internationalisierung der Wirtschaft entsenden Unternehmen auch mehr und mehr Mitarbeiter ins Ausland. Ziel dieses neuen Arbeitsberichtes ist es, den hierbei zu beachtenden Rechtsrahmen in seinen Grundzügen aufzuzeigen.

1 ENTSENDERICHTLINIE

Mit Vollendung des EU- Binnenmarktes kam es erstmals zu einem Vorschlag für eine Entsenderichtlinie.¹ Im Jahr 1989 hat die Kommission als „ein Baustein der sozialen Flankierung des Binnenmarkts“² ein Rechtsinstrument zur Regelung der länderübergreifenden Dienstleistungserbringung, die aufgrund des Binnenmarkts immer stärker realisiert wurde, in Betracht gezogen.³ Angekündigt wurde der Vorschlag für eine Richtlinie im Aktionsprogramm zur Umsetzung der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer.⁴

Die rechtliche Grundlage für diese Richtlinie und deren Historie gehen zurück auf den freien Dienstleistungsverkehr im Sinne des Artikels 56 AEUV und den Bemühungen seitens der Europäischen Union, die freie Ausübung einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung innerhalb des Binnenmarkts zu gewährleisten.⁵ Die Thematik der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung wurde im Jahr 1986 durch die Beitritte Spaniens und Portugals zur Europäischen Union zu einem prägenden Thema innerhalb der Binnenmarktdebatte. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „Rush Portuguesa“ vom 07.03.1990 gilt als einer der Auslöser für einen ersten Richtlinienvorschlag zur Entsendung von Arbeitnehmern.⁶ Im Rahmen dieser Rechtsprechung betonte der Europäische Gerichtshof, „daß es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben“⁷ und dass es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten „ebensowenig verbietet [...] die Beachtung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen.“⁸ Mit dem ersten Richtlinienvorschlag wurde deutlich, welche Ziele mit einer Entsenderichtlinie angestrebt wurden.⁹ Es ging darum, Rechtsunsicherheiten hinsichtlich des anwendbaren Arbeitsrechts zu beseitigen, Wettbewerbsverzerrungen zwischen in- und ausländischen Unternehmen zu verhindern sowie den Schutz der Rechte entsandter Arbeitnehmer sicherzustellen. Rechtsunsicherheiten waren vor allem in Bezug auf sogenannte Eingriffsnormen im Sinne des Artikels 9 Rom-I-VO gegeben.¹⁰ Unklar war, welche Normen als Eingriffsnormen im Arbeitsrecht anzusehen

¹ Vgl. *Rebhahn/Windisch-Graetz*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.1 RL 96/71/EG, Rn.1.

² *Dies.*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.1 RL 96/71/EG, Rn.1.

³ Vgl. *Franzen*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 5 (1997), 1055.

⁴ Vgl. *Sörries*, Industrielle Beziehungen: Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management 4 (1997), 125, 130.

⁵ Vgl. *Europäisches Parlament*, Entsendung von Arbeitnehmern, 01.10.2018, S. 1.

⁶ Vgl. *Rebhahn/Windisch-Graetz*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.1 RL 96/71/EG, Rn.2.

⁷ EuGH, Urt. v. 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg.1990, I-01417, Rn.18.

⁸ EuGH, Urt. v. 27.03.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg.1990, I-01417, Rn.18.

⁹ Vgl. *Rebhahn/Windisch-Graetz*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.1 RL 96/71/EG, Rn.2.

¹⁰ Vgl. *Martiny*, in: Säcker/Rixecker/Oetker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2018, zu Art.9 Rom I-VO, Rn.10 f.

sind.¹¹ Es bestand die Gefahr der unterschiedlichen Interpretation und Auslegung der Begrifflichkeit.

Vom ersten Richtlinienvorschlag im Jahr 1991 bis zur Verabschiedung der Entsenderichtlinie vergingen allerdings weitere fünf Jahre.¹² Die unterschiedlichen Ziele der Mitgliedstaaten, darunter Hoch- und Niedriglohnländer hatten den Einigungsprozess erschwert. Die Entsendestaaten Portugal, Großbritannien, Irland und Italien positionierten sich beispielsweise gegen die gesetzliche Erstreckung der Mindestlöhne und forderten den Ausschluss der Anwendung auf kurzfristige Entsendungen, die die Dauer von vier Monaten nicht übersteigen.¹³ Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Luxemburg und die Niederlande setzten sich für eine Anwendung der Vorschriften der Entsenderichtlinie auch auf kurzfristige Entsendungen ein und zielten auf ein höheres Regulierungsniveau ab. Schließlich konnte unter der italienischen Ratspräsidentschaft durch nationale Gesetzgebungsakte, darunter in Deutschland die Erlassung des Arbeitnehmerentsendegesetzes, aber auch bedingt durch politische und wirtschaftliche Veränderungen innerhalb der Mitgliedstaaten, welche zu veränderten Standpunkten führten, eine Einigung erzielt werden.¹⁴ Die Entsenderichtlinie wurde am 16.12.1996 erlassen.¹⁵ Sie war in nationales Recht umzusetzen bis zum 16.12.1999.¹⁶ Die Richtlinie fördert ein faires Wettbewerbsklima zwischen allen Dienstleistungserbringern, indem gleiche Rahmenbedingungen und Rechtssicherheit für die Dienstleistungserbringer und -empfänger sowie für die entsandten Arbeitnehmer garantiert werden.¹⁷ Sie verfolgt außerdem das zentrale Ziel, ein Gleichgewicht herzustellen zwischen dem Recht der Unternehmen, grenzüberschreitende Dienstleistungen nach Art. 56 AEUV anzubieten und den entsandten, dienstleistungserbringenden Arbeitnehmer, ein angemessenes Schutzniveau zu bieten.¹⁸ Deshalb wurden für entsandte Arbeitnehmer gemeinschaftsweit zwingende Vorschriften im Aufnahmestaat festgelegt, indem gemäß Art. 3 I Entsenderichtlinie ein Kern an Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen definiert wurde, welche für die Dienstleister im Aufnahmestaat zwingend einzuhalten sind.

2 ERGÄNZENDE DURCHSETZUNGSRICHTLINIE

Nach der Verabschiedung der Entsenderichtlinie konnten in den ersten Jahren hinsichtlich der Umsetzung der Richtlinie, deren Auslegung und der Organisation der besonderen Situation entsandter Arbeitnehmer mehrere Herausforderungen festgestellt werden.¹⁹ Dazu gehörte ein „wachsendes Lohngefälle“²⁰ und größere Differenzen bei den Arbeitskosten, was es für die Unternehmen interessant machte, entsandte Arbeitnehmer einzusetzen. Des Weiteren kam

¹¹ Vgl. *Franzen*, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 12 (2019), 3, 6 f.

¹² Vgl. *Rebhahn/Windisch-Graetz*, in: *Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2018, zu Art.1 RL 96/71/EG, Rn.2 f.

¹³ Vgl. *Sörries*, Industrielle Beziehungen: Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management 4 (1997), 125, 136.

¹⁴ Vgl. *ders.*, 141 f.

¹⁵ Vgl. *Europäisches Parlament*, Entsendung von Arbeitnehmern, 01.10.2018, S. 2.

¹⁶ Vgl. *Benecke*, in: *Nettesheim/Grabitz/Hilf u.a. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union*, 2018, zu Art.153 AEUV, Rn.60.

¹⁷ Vgl. *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, 21.03.2012, S. 2.

¹⁸ Vgl. *dass.*, Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen – Vorteile und Potenziale bestmöglich nutzen und dabei den Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten, 13.06.2007, 3 f.

¹⁹ Vgl. *Europäisches Parlament*, Entsendung von Arbeitnehmern, 01.10.2018, S. 2.

²⁰ *Dass.*, Entsendung von Arbeitnehmern, 01.10.2018, S. 2.

hinzu, dass Lücken innerhalb der Richtlinie ausgenutzt wurden.²¹ Es kam zur Entstehung sogenannter Briefkastenfirmen, die den Zweck verfolgten, Beschäftigungs- und Sozialversicherungsvorschriften zu umgehen und in anderen Mitgliedstaaten tätig zu werden. Schwierigkeiten kamen auch in der Form auf, dass Unklarheit über die geltenden Normen herrschte und die Zusammenarbeit der Behörden sich als mangelhaft erwies. Dies betraf sowohl die Zusammenarbeit der Behörden innerhalb der Mitgliedstaaten, als auch die grenzüberschreitende Zusammenarbeit, was Probleme für die Durchsetzungsbehörden hervorrief.

Im Jahr 2007 kam es mit dem Vertrag von Lissabon zu der Aufnahme sozialpolitischer Bestimmungen in die EU-Verträge, wodurch Zweifel aufkamen, ob die Entsenderichtlinie noch als ein geeignetes Rechtsinstrument angesehen werden kann, um gleiche Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Binnenmarkts zu schaffen und ebenso den Schutz entsandter Arbeitnehmer zu sichern.²² Problematisch erwies sich, dass in den Bereichen, in welchen den Mitgliedstaaten die Umsetzung und Durchsetzung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gemäß der Richtlinie zugewiesen wurde, die dem Europäischen Gerichtshof obliegende Auslegung von Begrifflichkeiten der Richtlinie nicht die erforderliche Rechtsklarheit erzielte.²³ Dies hatte Unsicherheiten über die Vorschriften zur Folge und zeigte sich in Schwierigkeiten in der Praxis für die Durchsetzungsbehörden, für die Dienstleister bei der Gewährleistung von Mindestbedingungen sowie für die entsandten Arbeitnehmer selbst. In vier Urteilen des Europäischen Gerichtshofs legte dieser die Mindestanforderungen an Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen als Höchstgrenze für die Arbeitnehmer aus.²⁴ Die Urteile entfachten weiterhin eine Debatte über ein ausgewogenes Verhältnis zwischen sozialen Rechten und der Freiheit wirtschaftlichen Handelns.²⁵ In der Rechtsprechung „Sähköalojen ammattiliitto“, bei der der Europäische Gerichtshof regelte, dass auf entsandte Arbeitnehmer die Einstufung in verschiedene Lohngruppen, die als allgemeinverbindlich erklärt wurden, auch anzuwenden sind, setzte sich der Europäische Gerichtshof wiederum für einen stärkeren Arbeitnehmerschutz ein.²⁶ Diese Mängel führten dazu, dass die Kommission die Durchsetzung der Entsenderichtlinie mit der sogenannten Durchsetzungsrichtlinie verbessern wollte.²⁷ Die Richtlinie wurde am 15. Mai 2014 vom Rat zur Durchsetzung der Entsenderichtlinie und zur Änderung der Verordnung Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems, die „IMI-Verordnung“, verabschiedet. Die Durchsetzungs-RL ergänzt die Entsenderichtlinie hinsichtlich der Feststellung einer tatsächlichen Entsendung und Verhinderung von Missbrauch und Umgehung gemäß Art. 4, einem besseren Zugang der Entsender und Arbeitnehmer zu Informationen gemäß Art. 5, nach Art. 6 ff. einer verbesserten Verwaltungszusammenarbeit der Behörden der Mitgliedstaaten sowie der Überwachung der Einhaltung seitens des Aufnahmestaates gemäß Art. 9 f. RL 2014/67/EU.

²¹ Vgl. *dass.*, Entsendung von Arbeitnehmern, 01.10.2018, S. 2.

²² Vgl. *dass.*, Entsendung von Arbeitnehmern, 01.10.2018, 2 f.

²³ Vgl. *dass.*, Entsendung von Arbeitnehmern, 01.10.2018, S. 3.

²⁴ Vgl. EuGH, Urte. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779, Rn.88 f.; Vgl. EuGH, Urte. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007, I-11845, Rn.118 ff.; EuGH, Urte. v. 03.04.2008, Rs. C-346/06 (Rüffert), Slg. 2008, I-01989, Rn. 34 ff.; EuGH, Urte. v. 19.06.2008, Rs. C-319/06 (Kommission gegen Luxemburg), Slg. 2008, I-04323, Rn.47 ff.

²⁵ Vgl. Janson, Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen“, 15.11.2012, S. 1.

²⁶ Vgl. EuGH, Urte. v. 12.02.2015, Rs. C-396/13 (Sähköalojen ammattiliitto ry), ECLI:EU:C:2015:86., Rn.71 f.

²⁷ Vgl. Rebhahn/Windisch-Graetz, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.1 RL 96/71/EG, Rn.16 ff.

Nach Art. 1 I RL 2014/67/EU wird ein gemeinsamer Rahmen angemessener Bestimmungen, Maßnahmen und Kontrollmechanismen festgelegt, die für eine bessere und einheitlichere Durchführung, Anwendung und Durchsetzung der Entsenderichtlinie in der Praxis notwendig sind. Die Maßnahmen dienen zur Verhinderung und Sanktionierung jeglichen Missbrauchs und jeglicher Umgehung der anzuwendenden Rechtsvorschriften. Die Entsenderichtlinie wird durch die Durchsetzungsrichtlinie nicht erneut aufgeschnürt, der Geltungsbereich der Entsenderichtlinie bleibt gemäß Art. 1 I RL 2014/67/EU unberührt, weshalb im Folgenden mit Eröffnung des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie auch die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Durchsetzungsrichtlinie gegeben ist.

3 ANWENDUNGSBEREICH

Nach Art. 1 I RL 96/71/EG findet die Entsenderichtlinie Anwendung auf Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Art. 1 III Entsenderichtlinie in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden. Vom persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie sind somit Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union erfasst.²⁸ Der persönliche Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie und somit auch der Durchsetzungsrichtlinie ist zweifellos eröffnet.

Des Weiteren muss ein Unternehmen zur Eröffnung des Anwendungsbereichs von der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 ff. AEUV Gebrauch machen.²⁹ Es hat demnach eine der in Art. 1 III a)-c) aufgeführten länderübergreifenden Maßnahmen zu treffen. Diesen ist die Voraussetzung eines bestehenden beziehungsweise bestehend bleibenden Arbeitsvertrages zwischen dem Entsendeunternehmen und dem entsandten Arbeitnehmer gemeinsam.³⁰ Art. 1 III a) Entsenderichtlinie beschreibt die Dienstleistungsendsendung. Typischerweise handelt es sich hierbei um einen zwischen einem Unternehmen und einem Dienstleistungsempfänger geschlossenen Werkvertrag.³¹ Unerheblich ist, ob der Dienstleistungsempfänger eine Privatperson, ein Unternehmen oder ein öffentlicher Auftraggeber ist.³² Weiterhin fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie der Fall der Konzernentsendung oder der Entsendung in eine Niederlassung gemäß Art. 1 III b) Entsenderichtlinie. So soll verhindert werden, dass Unternehmen durch die Gründung von Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen versuchen, die Regelungen der Richtlinie zu umgehen.³³ Sofern der Arbeitnehmer allerdings mit dem beschäftigenden Unternehmen für die Dauer der Entsendung einen Arbeitsvertrag schließt und der Vertrag mit dem entsendenden Unternehmen pausiert wird, so stellt dies kein Entsendetatbestand im Sinne des Buchstaben b) des Art. 1 III Entsenderichtlinie dar. Auch wird im vorliegenden Fall vorausgesetzt, dass die Entsendung im Rahmen der länderübergreifenden Dienstleistungserbringung erfolgt. Sofern der entsandte Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringt, ist die Richtlinie nicht anwendbar. Eine Entsendung in das Konzernunternehmen oder eine Zweigniederlassung ausschließlich zu Ausbildungszwecken fällt daher nicht in den

²⁸ Vgl. *dies.*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art. 1 RL 96/71/EG, Rn. 33.

²⁹ Vgl. *dies.*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art. 1 RL 96/71/EG, Rn. 33.

³⁰ Vgl. *dies.*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art. 1 RL 96/71/EG, Rn. 88.

³¹ Vgl. *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, S.300 Rn.88.

³² Vgl. *dies.*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, S.300, Rn.88.

³³ Vgl. *Rebhahn/Windisch-Graetz*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art. 1 RL 96/71/EG, Rn. 56 f.

Anwendungsbereich. Die Entsenderichtlinie ist gemäß Art.1 III c) Entsenderichtlinie auch anwendbar, wenn es sich bei dem entsendenden Unternehmen um ein Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen handelt. In der Rechtsprechung „Vicoplus“ des Europäischen Gerichtshofs wird auf die Rechtsprechung „Webb“ verwiesen, in welcher der Begriff der Leiharbeit definiert wird.³⁴ Danach versteht sich unter Leiharbeit jene Dienstleistung, „die darin besteht, dass ein Unternehmen anderen entgeltlich Arbeitnehmer, die im Dienst dieses Unternehmens bleiben, zur Verfügung stellt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit den Entleihungsunternehmen geschlossen wird.“³⁵ Bei der Arbeitskräfteüberlassung zählt der vorübergehende Wechsel des Arbeitsortes des Arbeitnehmers zu dem eigentlichen Gegenstand einer länderübergreifenden Dienstleistung.³⁶ Wichtiges Abgrenzungskriterium ist zudem, dass der entsandte Arbeitnehmer unter der Aufsicht und der Leitung des verwendenden Unternehmens arbeitet.³⁷

Bei der Entsendung von Arbeitnehmern in einem EU/EWR- Mitgliedstaat muss zwischen zwei Tatbeständen differenziert werden. Zum einen entsendet das Unternehmen seine Mitarbeiter direkt zum Kunden zur Erbringung einer Dienstleistung, zum anderen entsendet das Unternehmen seine Mitarbeiter auch zu einer eigenen Niederlassung im EU/EWR-Mitgliedstaat, ebenfalls zur Erbringung einer Dienstleistung. Dabei ändert sich nichts an dem zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und dem entsendenden Unternehmen geschlossenen Arbeitsvertrag. Des Weiteren ist davon auszugehen, dass das Unternehmen seine Mitarbeiter in seinem Namen und unter seiner Leitung in das Hoheitsgebiet eines anderen Staates entsendet und somit die Weisungsbefugnis auch bei dem entsendenden Unternehmen bestehen bleibt und die Aufsicht und die Leitung nicht auf den Kunden übergeht. Für den Fall der Entsendungen an Kunden in einem anderen EU-Mitgliedstaat ist von der klassischen Entsendung nach Art.1 III a) Entsenderichtlinie auszugehen. Sofern die Mitarbeiter zu einer eigenen Niederlassung ins Ausland entsendet werden, kann von einer Konzernentsendung nach Art.1 III b) Entsenderichtlinie ausgegangen werden.

Zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie bedarf es weiterhin den vorübergehenden Charakter der Entsendung im Sinne des Art. 2 I Entsenderichtlinie.³⁸ Der Wortlaut der Richtlinie deutet darauf hin, dass der Arbeitnehmer vor der Entsendung im Herkunftsstaat beschäftigt war und die Absicht gegeben ist, dass dieser nach der Rückkehr seine Tätigkeit auch dort wieder fortsetzen wird.³⁹ Die Durchsetzungsrichtlinie versucht, in diesem Kontext in Art. 4 III Entsenderichtlinie Kriterien an die Hand zu geben, was unter den Begriff der vorübergehenden Entsendung fällt. Der Arbeitnehmerbegriff der Entsenderichtlinie richtet sich gemäß Art. 2 II Entsenderichtlinie nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsendet wird. Für die Beurteilung des unselbstständigen Tätigwerdens muss das Recht des Aufnahmestaates herangezogen werden.⁴⁰ Dabei hat das Aufnahmeland die Kriterien für den Arbeitnehmerbegriff anzuwenden, nach welchen es die Eigenschaft eines Arbeitnehmers üblicherweise bestimmt.⁴¹

³⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vicoplus), Slg. 2011, I-00453, Rn.27.

³⁵ EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vicoplus), Slg. 2011, I-00453, Rn.27.

³⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 10.02.2011, Rs. C-307/09 (Vicoplus), Slg. 2011, I-00453, Rn.46.

³⁷ Vgl. *Rebhahn/Windisch-Graetz*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.1 RL 96/71/EG, Rn. 61.

³⁸ Vgl. *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, S.301, Rn.94 ff.

³⁹ Vgl. *dies.*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, S.302, Rn.97.

⁴⁰ Vgl. *Rebhahn/Windisch-Graetz*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.2 RL 96/71/EG, Rn. 4.

⁴¹ Vgl. *dies.*

4 „HARTER KERN“

Mit Eröffnung des Anwendungsbereichs der Entsenderichtlinie findet der in Art. 3 I Entsenderichtlinie verankerte „harte Kern“ von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen Anwendung, welche unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anzuwendende Recht anzuwenden sind.⁴²

Diese zentralen Regelungen der Entsenderichtlinie in Art. 3 I, VIII Entsenderichtlinie führen nicht zur Harmonisierung des Arbeitsrechts, sondern schreiben vor, welche nationalen allgemeinen Vorschriften der Aufnahmestaat, für die in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer, an Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen vorzugeben hat.⁴³ Art. 3 IX, X Entsenderichtlinie gibt hingegen an, was der Arbeitgeber darüber hinaus vorschreiben darf. Das sogenannte Günstigkeitsprinzip ist weiterhin in Art. 3 VII Entsenderichtlinie verankert und sieht vor, dass die für den Arbeitnehmer günstigeren Bedingungen, darunter die sich aus Normen des Arbeitsvertragsstatuts oder aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Regelungen, zur Anwendung kommen und die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Art. 3 I-VI Entsenderichtlinie dem nicht entgegenstehen.⁴⁴ In diesem Zusammenhang war es fraglich, ob der Aufnahmestaat durch die Günstigkeitsregel dazu ermächtigt wird, über den harten Kern an Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen hinauszugehen und dem Entsendeunternehmen die Anwendung von weiteren Beschäftigungsbedingungen auf den entsandten Arbeitnehmer vorschreiben darf.⁴⁵ In der Rechtsprechung Laval des Europäischen Gerichtshofs wird dieser Frage unter anderem nachgegangen. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs lässt sich Art. 3 VII Entsenderichtlinie nicht dahingehend auslegen, dass dem Aufnahmestaat nicht erlaubt wird, „die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten wurden, die über die zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen.“⁴⁶ In Folge der Art. 3 I, X, IX Entsenderichtlinie handelt es sich demnach um eine abschließende Regelung für den Aufnahmestaat, einem entsandten Arbeitnehmer die eigenen Beschäftigungsbedingungen vorzuschreiben. Von der Entsenderichtlinie geht also eine „Sperrwirkung“⁴⁷ aus. Denn die Förderung der Dienstleistungsfreiheit kann nur erzielt werden, indem die Richtlinie die Rechtslage für entsendende Unternehmen bzw. für Entsender verbessert sowie die anzuwendenden Beschäftigungsbedingungen begrenzt werden.⁴⁸

Art. 3 VII Entsenderichtlinie hat jedoch zur Folge, dass die sich aus der Umsetzung des Art. 3 I Entsenderichtlinie oder aus Art. 3 IX, X Entsenderichtlinie ergebende Regelungen nicht abschließend sind. Praktische Relevanz erlangt dies bei einem Hochlohnland, sodass im Einzelfall verglichen werden muss, ob die sich für den Arbeitnehmer aus den Normen des Arbeitsvertragsstatuts oder seines Arbeitsvertrags ergebenden Arbeitsbedingungen für den

⁴² Vgl. Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2015, S.304 Rn. 104.

⁴³ Vgl. Rebhahn/Windisch-Graetz, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.3 RL 96/71/EG, Rn.1.

⁴⁴ Vgl. dies., in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.3 RL 96/71/EG, Rn.1.

⁴⁵ Vgl. dies., in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.3 RL 96/71/EG, Rn.2.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007, I-11767, Rn.80.

⁴⁷ Rebhahn/Windisch-Graetz, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.3 RL 96/71/EG, Rn.2.

⁴⁸ Vgl. dies., in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.3 RL 96/71/EG, Rn.2.

entsandten Arbeitnehmer günstiger sind.⁴⁹ Der harte Kern an Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach Art. 3 I a)-g) Entsenderichtlinie setzt sich aus folgenden Aspekten zusammen:

- Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten,
- bezahlter Mindestjahresurlaub,
- Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze; dies gilt nicht für die zusätzlichen betrieblichen Altersversorgungssysteme,
- Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen,
- Sicherheit und Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz,
- Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen sowie
- Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie anderen Nichtdiskriminierungsbestimmungen.

5 LITERATURVERZEICHNIS

Benecke, Martina, Art.153 AEUV - Zusammenarbeit in sozialen Fragen; Mindeststandards, in: Nettesheim, Martin/Grabitz, Eberhard u.a. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2018. Aufl. 65. München 2018.

Europäische Kommission, Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen - Vorteile und Potenziale bestmöglich nutzen und dabei den Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten, 2007. Aufl.0304/ endg.13.06.2007.

—, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, 2012. Aufl.0131 final 21.03.2012.

Europäisches Parlament, Entsendung von Arbeitnehmern 01.10.2018.

Franzen, Martin, Arbeitskollisionsrecht und sekundäres Gemeinschaftsrecht: Die EG-Entsende-Richtlinie, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 5 (1997), S. 1055.

—, Die geänderte Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 12 (2019), S. 3.

Heuschmid, Johannes/Schierle, Florian, §5 Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerentsendung, in: Preis, Ulrich/Sagan, Adam (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht – Grundlagen, Richtlinien, Folgen für das deutsche Recht, Köln 2015.

⁴⁹ Vgl. *dies.*, in: Franzen/Gallner/Oetker u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2018, zu Art.3 RL 96/71/EG, Rn.3.

Janson, Thomas, Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen“ 15.11.2012.

Martiny, Dieter, Art. 9 Rom I-VO - Eingriffsnormen, in: Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., München 2018.

Rebhahn, Robert/Windisch-Graetz, Michaela, Art. 1 RL 96/71/EG - Anwendungsbereich, in: Franzen, Martin/Gallner, Inken u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018.

—, Art. 2 RL 96/71/EG - Begriffsbestimmung, in: Franzen, Martin/Gallner, Inken u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018.

—, Art. 3 RL 96/71/EG - Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, in: Franzen, Martin/Gallner, Inken u.a. (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018.

Sörries, Bernd, Die Entsenderichtlinie: Entscheidungsprozeß und Rückkopplungen im Mehrebenensystem, Industrielle Beziehungen: Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management 4 (1997), S. 125.

6 AUTORENINFORMATION

Constanze Bohnet, LL.B., ist Absolventin des Bachelorstudienganges Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz.

Dr. Thomas Zerres ist Professor für Zivil- und Wirtschaftsrecht an der Hochschule Konstanz. Vor seinem Ruf an die Hochschule Konstanz lehrte Prof. Dr. Thomas Zerres 15 Jahre an der Hochschule Erfurt, nachdem er mehrere Jahre als Rechtsanwalt und als Bundesgeschäftsführer eines großen Wirtschaftsverbandes der Dienstleistungsbranche tätig war. Seine Lehr- und Forschungsschwerpunkte sind das Marketingrecht sowie das Europäische Privatrecht.