

### III. Arbeitsrechtliche Fragen



# Zur Anwendung und Durchsetzung nationaler Arbeitsbedingungen

*Martin Franzen*

A. Einleitung	145
B. Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)	146
I. Begünstigter: Arbeitnehmer als Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten	146
II. Inhalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit	147
III. Anwendbares Arbeitsrecht	148
IV. Durchsetzung	149
C. Ausübung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)	149
I. Unionsrechtliche Grundlagen	150
1. Begriff der Dienstleistungsfreiheit	150
2. Inhalt der Dienstleistungsfreiheit	150
3. Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung	152
II. Das auf den Arbeitsvertrag anwendbare Recht (Art. 8 Rom I-VO)	154
III. Anwendung von Regelungen des Zielstaats	155
1. Rechtsvorschriften nach Maßgabe der EU-Entsenderichtlinie 96/71/EG	155
2. Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen nach §§ 3 ff. AEntG	156
IV. Durchsetzung der zwingend auf ausländische Arbeitnehmer anzuwendenden Regelungen	156
1. Gerichtsstand nach Art. 6 RL 96/71/EG	156
2. Durchsetzung mit Hilfe von Behörden	157
V. Entsendung von Drittstaatsangehörigen	158
D. Zusammenfassung	159

## *A. Einleitung*

Mein Thema beschäftigt sich mit der Frage, welche arbeitsrechtlichen Regelungen anwendbar sind, wenn Arbeitnehmer grenzüberschreitend tätig werden und damit von ihren durch die Europäischen Verträge garantierten Grundfreiheiten Gebrauch machen. Dabei will ich mich in meinem Vortrag auf die Perspektive Deutschlands beschränken. Die Frage lautet daher zugespitzt: Welche arbeitsrechtlichen Regelungen finden Anwendung, wenn Arbeitnehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten in Deutschland als Arbeitskräfte tätig werden? Dies hängt zunächst davon ab, in welcher Form der grenzüber-

schreitende Arbeitseinsatz durchgeführt wird und welche unionsrechtliche Grundfreiheit einschlägig ist. Grob gesprochen muss man hier zwischen der Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (II) und den Fallkonstellationen der Dienstleistungsfreiheit (III) unterscheiden. Das anwendbare Recht bestimmt sich in jedem Fall nach der sogenannten Rom I-Verordnung, genauer nach Art. 8 Rom I-VO.

## *B. Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV)*

### *I. Begünstigter: Arbeitnehmer als Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten*

Der EuGH bestimmt den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 45 AEUV autonom und einheitlich aus dem Unionsrecht heraus.<sup>1</sup> Der Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV kann somit nicht mit Blick auf das Verständnis in einem Mitgliedstaat konkretisiert werden, da anderenfalls die Mitgliedstaaten über die Reichweite einer unionsrechtlich verbürgten Grundfreiheit entscheiden könnten.<sup>2</sup> Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist ein Arbeitnehmer eine Person, die „während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die diese als Gegenleistung eine Vergütung erhält“.<sup>3</sup> Ferner muss die Tätigkeit dem Wirtschaftsleben zugerechnet werden können.<sup>4</sup>

Wegen der grundlegenden Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Verwirklichung der Vertragsziele muss der den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV bestimmende Begriff des Arbeitnehmers nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich weit ausgelegt werden.<sup>5</sup> Dabei spielt die Abgrenzung zum Selbständigen in der Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit keine besondere Rolle,

- 1 St. Rspr. EuGH v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), Slg. 1982, S. 1035 Rdnr. 11 ff.; EuGH v. 8.6.1999, Rs. C-337/97 (Meeusen), Slg. 1999, S. I-3289 Rdnr. 13; EuGH v. 13.4.2000, Rs. C-176/96 (Lehtonen), Slg. 2000, S. I-2681 Rdnr. 45; EuGH v. 9.11.2000, Rs. C-357/98 (Yiadom), Slg. 2000, S. I-9265 Rdnr. 26.
- 2 Zu den verschiedenen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffen *Rebhahn*, Die Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts in der neueren Judikatur des EuGH, EuZA 2012, S. 3 ff.
- 3 St. Rspr., EuGH v. 3.7.1986, Rs. 66/85 (Lawrie-Blum), Slg. 1986, S. 2121 Rdnr. 17; EuGH v. 26.02.1992, Rs. C-357/89 (Raulin), Slg. 1992, S. I-1027 Rdnr. 10.
- 4 Siehe zu diesem Merkmal *Franzen*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 AEUV Rdnr. 28 ff. mit weiteren Nachweisen.
- 5 EuGH v. 26.2.1975, Rs. 67/74 (Bonsignore), Slg. 1975, S. 297 Rdnr. 6; EuGH v. 23.3.1982, Rs. 53/81 (Levin), Slg. 1982, S. 1035 Rdnr. 13; EuGH v. 30.6.1986, Rs. 139/85 (Kempf), Slg. 1986, S. 1741 Rdnr. 13; EuGH v. 26.2.1991, Rs. C-292/89 (Antonissen), Slg. 1991, S. I-745 Rdnr. 11; EuGH v. 20.2.1997, Rs. C-344/95, Kommission/Belgien, Slg. 1997, S. I-1035 Rdnr. 14; EuGH v. 9.11.2000, Rs. C-357/98 (Yiadom), Slg. 2000, S. I-9265 Rdnr. 24; kritisch dazu *Hailbronner*, Die soziale Dimension der EG-Freizügigkeit-Gleichbehandlung und Territorialitätsprinzip, EuZW 1991, S. 171 (173 f.).

weil dann die unionsrechtliche Parallelgewährleistung der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) einschlägig wäre.<sup>6</sup>

Erfasst sind auch Arbeitssuchende.<sup>7</sup> Art. 45 AEUV gibt einem Arbeitssuchenden das Recht, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben und zu diesem Zweck in den anderen Mitgliedstaat einzureisen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Arbeitssuchende EU-Bürger solange freizügigkeitsberechtigt, als er mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht. Dies kann über den Dreimonatszeitraum des § 2 Abs. 5 FreizügigkeitsG/EU hinausgehen. Der EuGH hat jedoch einen Mitgliedstaat für berechtigt gehalten, einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats auszuweisen, wenn dieser nach sechs Monaten noch keine Stelle gefunden hat.<sup>8</sup> Allerdings kann der betreffende Arbeitssuchende nachweisen, dass er nach wie vor mit Aussicht auf Erfolg sucht.

Typologisch kann man im Wesentlichen zwei Arbeitnehmergruppen unterscheiden, die von ihrem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch machen: Wanderarbeitnehmer und Grenzgänger. Der klassische Wanderarbeitnehmer gibt seinen Lebensmittelpunkt im Herkunftsstaat auf, um einer Beschäftigung im Zielstaat nachzugehen. Der Grenzgänger behält seinen Wohnsitz im Herkunftsstaat bei und übt seine Arbeitsleistung in einem anderen Mitgliedstaat aus. Nach der Definition des Art. 1 lit. f VO (EG) Nr. 883/2004 kehrt ein Grenzgänger im Rechtssinne täglich, mindestens aber einmal pro Woche an seinen Wohnsitz im Herkunftsstaat zurück. Diese Konstellation spielt vor allem in Grenzregionen eine wichtige Rolle.

## II. Inhalt der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit der EU-Bürger umfasst ein umfassendes Einreise-, Aufenthalts- und Verbleiberecht. Der aufenthaltsrechtliche Teil dieser Verbürgung ist näher geregelt im Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU) vom 30. Juli 2004, das die Richtlinie 2004/38/EG<sup>9</sup> umsetzt.

Darüber hinaus gewährt Art. 45 AEUV den Trägern dieser Grundfreiheit das Recht auf umfassende Gleichbehandlung mit Inländern.<sup>10</sup> Verboten sind danach die unmittelbare und mittelbare Benachteiligung wegen der Staatsangehörigkeit. Grundsätzlich müssen die Angehörigen aus dem anderen Mitgliedstaat hinsichtlich der Arbeitsbedingungen (Entlohnung, Kündigung) genauso behandelt werden wie die Inländer. Das stellt

---

6 Siehe *Franzen*, Art. 45 AEUV (Fußn. 4), Rdnr. 18.

7 Näher *Franzen*, Art. 45 AEUV (Fußn. 4), Rdnr. 121 f.

8 EuGH v. 26.2.1991, Rs. C-292/89 (Antonissen), Slg. 1991, S. I-745.

9 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. EU L 158/77).

10 Ausführlich dazu *Franzen*, Art. 45 AEUV (Fußn. 4), Rdnr. 81 ff.

Art. 7 Abs. 1 VO (EU) 492/2011<sup>11</sup> klar. Art. 7 Abs. 4 VO (EU) 492/2011 erweitert dies auf Bestimmungen in Tarifverträgen und Einzelarbeitsverträgen. Solche Bestimmungen sind nichtig, wenn sie in Bezug auf Arbeitsbedingungen (Zugang zur Beschäftigung, Beschäftigung, Entlohnung, Kündigung und andere Arbeitsbedingungen) EU-ausländische Staatsangehörige schlechter stellen als inländische Staatsangehörige.

### III. Anwendbares Arbeitsrecht

Für nach dem 17. Dezember 2009 abgeschlossene Arbeitsverträge bestimmt die Rom I-VO,<sup>12</sup> welche Rechtsordnung bei Berührung verschiedener Rechtsordnungen anwendbar ist. Dies ergibt sich aus Art. 28 Rom I-VO. Für zuvor abgeschlossene Arbeitsverträge gelten aus deutscher Sicht die Vorgängervorschriften der Art. 27 bis 37 EGBGB, für Arbeitsverträge insbesondere Art. 30 EGBGB. Diese Vorschriften beruhen auf dem Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ)<sup>13</sup>, das am 19. Juni 1980 in Rom geschlossen wurde und am 1. April 1991 in Kraft getreten ist.<sup>14</sup> Die Grundregeln für Arbeitsverträge sind dieselben geblieben, weshalb ich mich auf die aktuelle Version der Rom I-VO beschränke.

Für die meisten Fälle, in denen die Arbeitsvertragsparteien gerade keine Vereinbarung über die anzuwendende Rechtsordnung treffen, ist Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO die zentrale Vorschrift. Danach gilt: Soweit das auf den Arbeitsvertrag anzuwendende Recht nicht durch Rechtswahl bestimmt ist, unterliegt der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Es gilt also das Recht am gewöhnlichen Arbeitsort als Arbeitsvertragsstatut.

Daran ändert sich auch dann nichts Wesentliches, wenn die Arbeitsvertragsparteien eine andere Rechtsordnung wählen. Denn nach Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO darf durch Rechtswahl nicht von den zwingenden Mindeststandards der aufgrund objektivem Arbeitsvertragsstatut geltenden Rechtsordnung abgewichen werden. Dies bedeutet: Die zwingenden Rechtsvorschriften des am gewöhnlichen Arbeitsort geltenden Arbeitsrechts setzen sich auch bei abweichender Rechtswahl durch und bilden in gewisser Weise einen Mindestschutzstandard für den Arbeitnehmer.

Der gewöhnliche Arbeitsort ist bei betriebsbezogenen Arbeitsverhältnissen der Ort, an dem sich der Betrieb befindet, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung seines Arbeits-

11 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (ABl. EU L 141/1). Bei dieser Verordnung handelt es sich um die konsolidierte Fassung der bislang geltenden EU-Freizügigkeitsverordnung 1612/68, die nach Art. 41 Abs. 1 VO (EU) 492/2011 aufgehoben wird.

12 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden Recht (Rom I) (ABl. EU Nr. L 177/6).

13 ABl. EU 1980 Nr. L 266/1.

14 Zur geschichtlichen Entwicklung siehe näher *Martiny*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2010, Vor Art. 1 Rom I-VO Rdnr. 18 ff.

vertrags tätig werden muss. In den meisten Fällen der Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird daher der Arbeitsvertrag eines ausländischen Arbeitnehmers in Deutschland deutschem Recht unterliegen. Dies gilt auch für Grenzgänger. Fehlt es an einer Eingliederung in den Betrieb, bestimmt der zeitliche und inhaltliche Schwerpunkt der Tätigkeit den maßgeblichen Ort. Der Einsatz ist nicht auf eine bestimmte politische Gemeinde beschränkt, sondern umfasst bei einem Einsatz an wechselnden Orten innerhalb eines Staates das gesamte Staatsgebiet.<sup>15</sup>

#### *IV. Durchsetzung*

Für die Durchsetzung gelten die allgemeinen Vorschriften des Mitgliedstaats, dessen Recht auf den Arbeitsvertrag anwendbar ist. Das ist nach dem soeben Gesagten der Mitgliedstaat, in dem die Arbeit verrichtet wird, für die hier zu behandelnden Fälle also regelmäßig Deutschland als Zielstaat der Ausübung der Grundfreiheit.

Dies bedeutet beispielsweise, dass ausländische Arbeitnehmer ihre Lohnansprüche und sonstigen arbeitsvertraglichen Rechte gegenüber ihrem Arbeitgeber individuell geltend machen und gegebenenfalls vor Gericht einklagen müssen. Verstößt der Arbeitgeber gegen das vorstehend skizzierte unionsrechtliche Gleichbehandlungsgebot, gilt dabei folgende Grundregel: Wer als Arbeitgeber weniger als zwei Drittel des ortsüblichen Tariflohns bezahlt, macht sich wegen Lohnwuchers nach § 291 StGB strafbar, wenn er dabei die Zwangslage, Unerfahrenheit oder den Mangel an Urteilsvermögen seines Arbeitnehmers ausbeutet. Dies wird man vor allem bei der Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern bejahen können, die vielleicht der deutschen Sprache nicht vollständig mächtig sind. Der Erste Strafsenat des BGH hat es jedenfalls in einem Urteil aus dem Jahr 1997 so gesehen und die Verurteilung eines deutschen Bauunternehmers nach § 302a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB a. F. (entspricht § 299 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB) wegen Lohnwuchers gebilligt. Es ging um folgenden Fall: Der angeklagte Bauunternehmer hatte Arbeitnehmer aus Tschechien in seinem deutschen Bauunternehmen mit 12,70 DM entlohnt, während der Tariflohn für das maßgebliche Jahr 1993 bei 19,05 DM gelegen hatte; den deutschen Arbeitnehmern bezahlte der Angeklagte ca. 21 DM.<sup>16</sup>

#### *C. Ausübung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV)*

Im Bereich der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit trifft man auf folgenden Grundfall: Ein Unternehmen mit Sitz in Polen erbringt im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags Leistungen in Deutschland (Bauleistungen, EDV-Dienstleistungen etc.). Zur

---

15 Siehe im Einzelnen ebd., Art. 8 Rom I-VO Rdnr. 47.

16 Siehe BGH v. 22.4.1997 – 1 StR 701/96 – AP Nr. 52 zu § 138 BGB.

Erfüllung der Verpflichtungen aus diesem Vertrag werden Arbeitnehmer in den Zielstaat geschickt und im Einsatzunternehmen (Auftraggeber) mit entsprechenden Arbeiten betraut.

## *I. Unionsrechtliche Grundlagen*

Das Unternehmen in Polen nimmt die europäische Grundfreiheit der Dienstleistungsfreiheit wahr. Nach Art. 56 AEUV sind die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen des AEUV verboten.

### *1. Begriff der Dienstleistungsfreiheit*

Der Begriff der Dienstleistung ist nach der Rechtsprechung des EuGH weit auszulegen und erfasst jede „selbständige Leistung, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird und nicht nur eine Begleitleistung bei der Verwirklichung einer Tätigkeit darstellt, deren Schwerpunkt vom Anwendungsbereich einer anderen Grundfreiheit erfasst wird“.<sup>17</sup>

Geschützt ist die grenzüberschreitende Erbringung der Dienstleistung. Diese kann auf dreierlei Weise ausgestaltet sein:<sup>18</sup> Der Dienstleistungserbringer begibt sich in den Staat des Dienstleistungsempfängers (aktive Dienstleistungsfreiheit); der Dienstleistungsempfänger begibt sich in den Staat des Dienstleistungserbringers (passive Dienstleistungsfreiheit); beide bleiben und nur die Dienstleistung überschreitet die Grenze. Für unsere Betrachtung ist die aktive Form maßgeblich: Der Dienstleistungserbringer begibt sich über die Grenze zum Dienstleistungsempfänger und erbringt dort unter Mitarbeit eigener Arbeitnehmer seine Leistungen.

### *2. Inhalt der Dienstleistungsfreiheit*

Unzulässig sind unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen wegen der Staatsangehörigkeit und auch Beschränkungen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen. Gerechtfertigt werden können solche Beschränkungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses, sofern diese von der jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelung in verhältnismäßiger Weise verfolgt werden.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Müller-Graff, in: Streinz (Fußn. 4), Art. 56 AEUV Rdnr. 15.

<sup>18</sup> Siehe ebd., Rdnr. 33 ff.

<sup>19</sup> Siehe ebd., Rdnr. 70 ff.



Der EuGH betrachtet die Anwendung von arbeitsrechtlichen Vorschriften des Zielstaats auf Arbeitnehmer, die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in diesen Staat entsandt werden, grundsätzlich als eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Es handelt sich dabei um Regelungen, die zwar unterschiedslos für inländische und EU-ausländische Dienstleistungserbringer gelten, sie sind jedoch grundsätzlich geeignet, die Tätigkeit des nicht ansässigen Dienstleistenden zu behindern oder zu erschweren.<sup>20</sup> Diese Beschränkung kann jedoch nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.<sup>21</sup> Dies setzt voraus, dass die Regelung für alle im Hoheitsgebiet des Zielstaats tätigen Personen oder Unternehmen gilt und das durch die Regelung geschützte Allgemeininteresse nicht bereits durch Vorschriften geschützt ist, denen der Dienstleistende in seinem Heimatstaat unterliegt.<sup>22</sup> Zu den vom EuGH anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört der Schutz der Arbeitnehmer.<sup>23</sup>

Aus der Perspektive des Unternehmers geht es um dessen Rechtsposition, die Dienstleistung, so wie er sie in seinem Herkunftsstaat erbringen kann, im gesamten Binnenmarkt anbieten zu dürfen. Hier zeigt sich die Parallele zur Warenverkehrsfreiheit: Produkte, die im Herkunftsstaat zulässigerweise in den Verkehr gebracht wurden, müssen grundsätzlich im gesamten Binnenmarkt zirkulationsfähig sein, vorbehaltlich zwingender Gründe des Allgemeininteresses.

Aus der Perspektive der Arbeitnehmer stellt sich deren Recht, sich in den Zielstaat der Dienstleistung zu begeben, lediglich als Annex dieser unternehmerischen Freiheit dar. Sie nehmen nach der herrschenden Auffassung gerade keine eigenständige Grundfreiheit wahr. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist nach der herrschenden Auffassung und nach der Rechtsprechung des EuGH gerade nicht anwendbar, weil die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers keinen Zugang zum Arbeitsmarkt des Zielstaates begehren, sondern weiter im Arbeitsmarkt des Herkunftsstaats integriert bleiben.<sup>24</sup> Daran wird bisweilen Kritik geübt: Entsandte Arbeitnehmer seien nach dieser Rechtsprechung die

20 EuGH v. 9.8.1994, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, S. I-3803, 3823 f. Rdnr. 14; EuGH v. 28.3.1996, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, S. I-1905, 1920 Rdnr. 10 f.

21 Grundlegend EuGH v. 25.7.1991, Rs. 76/90 (Säger), Slg. 1991, S. I-4221, 4244 Rdnr. 15; EuGH v. 24.3.1994, Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994, S. I-1039, 1093 Rdnr. 43; EuGH v. 9.8.1994, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, S. I-3803, 3824 Rdnr. 16; EuGH v. 28.3.1996, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, S. I-1905, 1920 Rdnr. 11.

22 Siehe etwa EuGH v. 17.12.1981, Rs. 279/80 (Webb), Slg. 1981, S. I-3305, 3325 Rdnr. 17; EuGH v. 25.7.1991, Rs. 76/90 (Säger), Slg. 1991, S. I-4221, 4244 Rdnr. 15; EuGH v. 9.8.1994, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, S. I-3803, 3824 Rdnr. 16; EuGH v. 28.3.1996, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, S. I-1905, 1920 Rdnr. 11; EuGH v. 23.11.1999, Rs. C-369, 376/96 (Arblade), Slg. 1999, S. I-8453, 8513 Rdnr. 34.

23 St. Rspr. seit EuGH v. 17.12.1981, Rs. 279/80 (Webb), Slg. 1981, S. I-3305, 3325 Rdnr. 17 ff.

24 EuGH v. 27.3.1990, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, S. I-1417 Rdnr. 15; EuGH v. 9.8.1994, Rs. C-43/93 (Van der Elst), Slg. 1994, S. I-3803 Rdnr. 21; EuGH v. 25.1.2001, Rs. C-49, 50, 52-54, 68-71/98 (Finalarte), Slg. 2001, S. I-7831 Rdnr. 22 f.

einzigem grenzüberschreitend tätigen Wirtschaftssubjekte, die sich auf keine genuine Grundfreiheit stützen könnten.<sup>25</sup>

### 3. Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung

In Konstellationen wie denen des vorstehend geschilderten Grundfalls ist es nicht einfach zu erkennen, ob ein Werk- oder Dienstvertrag oder eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Für das Vorliegen eines Werk- oder Dienstvertrags sprechen folgende Kriterien: Vereinbarung einer konkreten Leistung, die der Auftragnehmer zu erfüllen hat; eigenverantwortliche Organisation und Abwicklung des Werks durch den Auftragnehmer; keine Eingliederung der Arbeitnehmer des Auftragnehmers in die Arbeitsabläufe und Produktionsprozesse des Unternehmens des Auftraggebers; kein Weisungsrecht des Auftraggebers gegenüber den Arbeitnehmern des Auftragnehmers; Unternehmerrisiko des Auftragnehmers hinsichtlich der vereinbarten Leistung; im Hinblick auf die Werk- oder Dienstleistung ergebnisbezogene Ausgestaltung der Vergütung des Auftragnehmers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ist die Arbeitnehmerüberlassung eine Dienstleistung.<sup>26</sup> Das Verleihunternehmen macht also von der Grundfreiheit der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch, wenn es grenzüberschreitend Arbeitnehmer an Einsatzarbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat überlässt. Fraglich ist allerdings, ob sich die überlassenen Arbeitnehmer daneben auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen können. In diesem Fall könnten die Leiharbeitnehmer grundsätzlich Gleichbehandlung mit den (Leih)-Arbeitnehmern des Zielstaats verlangen.<sup>27</sup> Dies bedeutete, dass auf derartige Arbeitnehmer aus den EU-8-Staaten bei Tätigwerden in Deutschland die für vergleichbare hier tätige Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen bereits aufgrund dieser Vorschriften des primären und sekundären Unionsrechts angewandt werden müssten.<sup>28</sup> Für entsandte Arbeitnehmer hat der EuGH bereits in ständiger Rechtsprechung die Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit verneint und die unionsrechtliche Problematik eindeutig auf dem Gebiet der Dienstleistungsfreiheit verortet.<sup>29</sup>

25 In dieser Richtung etwa *Schlachter*, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union – Wer ist Träger dieses Rechts?, ZESAR 2011, S. 156, 158.

26 Ständige Rechtsprechung seit EuGH v. 17.12.1981, Rs. 279/80 (Webb), Slg. 1981, S. I-3305, Rdnr. 10.

27 Siehe oben B II.

28 In dieser Richtung etwa *Feuerborn*, Grenzüberschreitender Einsatz von Fremdfirmenpersonal, in: *Oetker/Preis* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS), B 2500 Rdnr. 61; *Schlachter*, (Fußn. 24), S. 156, 158.

29 Siehe vorstehend C I 2.

Wie verhält sich dies nun bei Leiharbeitnehmern? In der Literatur wird die skizzierte Argumentation ebenso auf Leiharbeitnehmer angewandt.<sup>30</sup> Der EuGH hat dies aber niemals so entschieden – im Gegenteil: Der EuGH hat es stets für möglich gehalten, dass grenzüberschreitend eingesetzte Leiharbeitnehmer in den Genuss der Arbeitnehmerfreizügigkeit gelangen.<sup>31</sup> Diese Einschätzung hat der EuGH jüngst in einem bislang wenig beachteten Urteil vom 10. Februar 2011 bestätigt.<sup>32</sup>

Polnische Unternehmen haben Arbeitnehmer an niederländische Unternehmen überlassen. Die niederländische Arbeitsbehörde verhängte Geldbußen, weil die Arbeitnehmer nicht über eine Arbeitserlaubnis nach niederländischem Recht verfügten. Das vorlegende niederländische Gericht hatte die Frage gestellt, ob das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis nach niederländischem Recht nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrags (jetzt AEUV) verstößt. Nach Auffassung des EuGH brauchte dies nicht geprüft zu werden, wenn und soweit das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis für die überlassenen Arbeitnehmer durch die Übergangsvorschriften zur Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gerechtfertigt war. Für die Dienstleistungsfreiheit haben die Übergangsvorschriften im Verhältnis Polen und der Niederlande keine Einschränkung vorgesehen. Der EuGH geht ausdrücklich davon aus, dass es sich bei der Überlassung von Arbeitnehmern um eine Dienstleistung im Sinne von Art. 56 AEUV handelt. Eine solche Tätigkeit kann sich jedoch auch auf den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaats des Dienstleistungsempfängers auswirken:

„Zum einen können nämlich auch auf Arbeitnehmer, die von Unternehmen beschäftigt werden, die Arbeitnehmer zur Verfügung stellen, eventuell die Art. 45 bis 48 AEUV anwendbar sein. Zum anderen wirkt sich die Überlassung von Arbeitnehmern wegen der Besonderheiten der mit ihr verbundenen Arbeitsbeziehungen unmittelbar auf die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt als auch auf die berechtigten Interessen der betroffenen Arbeitnehmer aus.“<sup>33</sup> „Es wäre gekünstelt, bei einem Zustrom von Arbeitnehmern zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats danach zu unterscheiden, ob sie im Zuge der Überlassung von Arbeitnehmern oder unmittelbar und eigenverantwortlich in den Markt eintreten, da diese potenziell beträchtliche Zuwanderung in beiden Fällen zu Störungen auf dem Arbeitsmarkt führen kann.“<sup>34</sup>

Aus diesen Überlegungen folgert der EuGH für den ihm vorliegenden Fall: Die Arbeitnehmerüberlassung fällt unter die die Arbeitnehmerfreizügigkeit einschränkenden

---

30 In dieser Richtung etwa *Brechmann*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 39 EGV Rdnr. 18; *Kort*, Die Bedeutung der europäischen Grundfreiheiten für die Arbeitnehmerentsendung und die Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2002, S. 1248, 1250.

31 EuGH v. 17.12.1981, Rs. 279/80 (*Webb*), Slg. 1981, S. I-3305, Rdnr. 10; EuGH v. 27.3.1990, Rs. C-113/89 (*Rush Portuguesa*), Slg. 1990, S. I-1417.

32 EuGH v. 10.2.2011, Rs. C-307/09 – 309/09 (*Vicoplus u.a.*) – NZA 2011, S. 283 = EuZW 2011, S. 348.

33 Ebd., Rdnr. 28 und 29.

34 Ebd., Rdnr. 35.

Vorschriften des Übergangsrechts. Daher war das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis nach niederländischem Recht zulässig.

Der EuGH hat diese Aussagen für das die Arbeitnehmerfreizügigkeit einschränkende Übergangsrecht im Zusammenhang mit dem Beitritt der acht mittelosteuropäischen EU-Mitgliedstaaten getroffen. Es ist nicht gesichert, ob der EuGH diese Überlegungen auch auf die Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV selbst übertragen würde. Die Argumente, welche der EuGH genannt hat, können jedoch ebenso für Art. 45 AEUV Geltung beanspruchen. Generalanwalt *Bot* hat in dem Verfahren die Sonderstellung der Arbeitnehmerüberlassung betont, welche auch in der Rechtsprechung des EuGH ihren Niederschlag gefunden habe.<sup>35</sup> Folgt man dem, kann die Arbeitnehmerüberlassung aus der Perspektive der Arbeitnehmer ebenso unter die Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne von Art. 45 AEUV fallen. Dann können die ausländischen Leiharbeitnehmer Gleichstellung mit inländischen Leiharbeitnehmern verlangen.

## *II. Das auf den Arbeitsvertrag anwendbare Recht (Art. 8 Rom I-VO)*

Einschlägig ist wiederum Art. 8 Rom I-VO<sup>36</sup>. Grundsätzlich ist somit das Recht des Staates maßgeblich, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Dies gilt auch, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet (Art. 8 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO). Hierfür ist es ausreichend, wenn ein Arbeitsvertrag mit Blick auf die Auslandsbeschäftigung und Entsendung geschlossen wurde und die Parteien darin einig sind, dass der Arbeitnehmer zurückkehren soll.<sup>37</sup> Fixe zeitliche Grenzen werden für das Tatbestandsmerkmal der „vorübergehenden Verrichtung der Arbeit in einem anderen Staat“ nicht angenommen.<sup>38</sup> Der Gegenbegriff zu vorübergehend ist nicht länger dauernd, sondern dauerhaft. Entscheidend ist also die von vornherein beabsichtigte Rückkehr des Arbeitnehmers. Grundsätzlich ist somit das Recht des Herkunftsstaats weiterhin anwendbar. Diese Regelung soll verhindern, dass es wegen häufiger Entsendungen in verschiedene Staaten zu einem häufigen Wechsel des Arbeitsvertragsstatuts kommt.

Denkbar ist ferner, dass die Arbeitsvertragsparteien das anwendbare Recht im Arbeitsvertrag wählen. Eine solche Rechtswahl ist zulässig. Sie darf aber nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz der zwingenden Bestimmungen entzogen wird, der ihm durch das objektive Arbeitsvertragsstatut gewährt wird (Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO). Es setzt sich also das günstigere Recht durch. Man hat es somit im Fall einer Rechtswahl stets mit mindestens zwei Rechtsordnungen zu tun und muss eine Art Günstigkeitsvergleich zwischen der gewählten und der kraft objektiver Anknüpfung gelten-

35 Schlussanträge Generalanwalt *Bot*, Rs. C-307 – 309/09 (*Vicoplus u.a.*), Rdnr. 42.

36 Siehe näher oben B III.

37 Näher *Martiny* (Fußn.14), Rdnr. 56.

38 Siehe ebd., Rdnr. 57.

den Arbeitsrechtsordnung vornehmen. Dies ist verhältnismäßig kompliziert, weshalb generell von einer Rechtswahl abzuraten ist.

Insgesamt ergibt sich daraus Folgendes: Der entsandte Arbeitnehmer bringt das auf sein Arbeitsverhältnis anwendbare Recht gewissermaßen mit, wenn er im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags vorübergehend im Zielstaat arbeitet. Es gilt grundsätzlich die Rechtsordnung des Herkunftsstaats.

### *III. Anwendung von Regelungen des Zielstaats*

#### *1. Rechtsvorschriften nach Maßgabe der EU-Entsenderichtlinie 96/71/EG*

Der Zielstaat kann allerdings ebenso Regelungen durchsetzen. Dies ist europarechtlich zulässig, wenn hierbei die EU-Entsenderichtlinie 96/71/EG beachtet wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist diese Richtlinie abschließend: Was sie an arbeitsrechtlichen Regulierungen des Zielstaats erlaubt, ist zulässig; was sie nicht erlaubt, ist europarechtlich untersagt und würde gegen die Dienstleistungsfreiheit des AEUV verstoßen.<sup>39</sup> Die EU-Entsenderichtlinie 96/71/EG ist in Deutschland im Arbeitnehmer-Entsendegesetz umgesetzt.

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz unterscheidet zwischen allgemeinen Arbeitsbedingungen, die auf Rechtsvorschriften, vor allem Gesetzen beruhen (§ 2 AEntG) und tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen, die nur für die ausdrücklich genannten Branchen gelten (§§ 3 ff. AEntG).

§ 2 AEntG ist dem Katalogtatbestand des Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG nachgebildet. Zu den danach zwingend anzuwendenden Arbeitsbedingungen gehören Mindestentgeltsätze, Mindestjahresurlaub nach dem BurlG und Zusatzurlaub für Schwerbehinderte nach SGB IX, Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten nach ArbZG und weiteren Gesetzen (FPersG, LSchlG), Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften (AÜG)<sup>40</sup>, Vorschriften über Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz (ArbSchG, ASiG, BImSchG, GewO), Schutzmaßnahmen für Schwangere und Wöchnerinnen nach dem MuSchG sowie Schutzvorschriften für Kinder und Jugendliche nach dem JArbSchutzG sowie Nichtdiskriminierungsbestimmungen vor allem nach dem AGG. Für den eingangs geschilderten Grundfall bedeutet dies: All diese Vorschriften muss das polnische Unternehmen auch gegenüber seinen nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern beachten, obgleich deren Arbeitsvertrag regelmäßig polnischem Recht unterliegen wird.

---

39 Vgl. EuGH v. 19.6.2008, Rs. C-319/06 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2008, S. I-4323; EuGH v. 3.4.2008, Rs. C-346/06 (Rüffert), Slg. 2008, S. I-1989 = EuZA 1 (2008), S. 526 mit Anm. *Seifert*.

40 Zur Reichweite siehe *Franzen*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Überlegungen aus Anlass der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1. Mai 2011, EuZA 2011, S. 451, 459 ff.

## 2. Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen nach §§ 3 ff. AEntG

Ferner können tarifvertragliche Arbeitsbedingungen auf nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer ausländischer Arbeitgeber angewandt werden. Dies setzt zunächst voraus, dass es sich um Branchen handelt, die in § 4 AEntG genannt sind: Baugewerbe, Gebäudereinigung, Briefdienstleistungen, Sicherheitsdienstleistungen, Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerke, Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst sowie Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen für Arbeitslose. Für die Pflegebranche gelten nach §§ 10 ff. AEntG Sondervorschriften. Die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie ist nicht auf bestimmte Branchen beschränkt (Art. 3 Abs. 10 RL 96/71/EG). Insoweit könnte Deutschland unionsrechtlich unbedenklich weitere Branchen aufnehmen.

In Tarifverträgen in diesen Branchen können Arbeitsbedingungen nach § 5 AEntG geregelt werden: Mindestentgeltsätze, Dauer des Erholungsurlaubs sowie Urlaubsentgelt, Einziehung von Beiträgen für gemeinsame Einrichtungen im Zusammenhang mit der Verwirklichung von Urlaubsansprüchen sowie Arbeitsbedingungen im Sinne des § 2 Nr. 3 – 7 AEntG. Diese gelten auch für ausländische Unternehmen und ihre nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer.

Diese Tarifverträge müssen entweder für allgemeinverbindlich nach § 5 TVG erklärt worden sein oder durch eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales in ihrer Geltung auf ausländische Arbeitgeber erstreckt worden sein (§ 7 AEntG). Im Falle einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG genügt ein Antrag einer Tarifvertragspartei, bei einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG müssen beide Tarifvertragsparteien den Antrag stellen. Bei Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG muss der Tarifausschuss zustimmen. Bei Vorgehen nach § 7 AEntG muss der Tarifausschuss bei erstmaliger Antragstellung zustimmen; stimmt er nicht mehrheitlich zu, kann die Bundesregierung und nur diese die Rechtsverordnung gleichwohl erlassen.

## IV. Durchsetzung der zwingend auf ausländische Arbeitnehmer anzuwendenden Regelungen

### 1. Gerichtsstand nach Art. 6 RL 96/71/EG

Die genannten Regelungen muss der Arbeitgeber, also das entsendende Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat einhalten. Zur Durchsetzung enthält bereits die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG eine Regelung in Art. 6 RL 96/71/EG, nämlich die Festlegung eines Gerichtsstands im Zielstaat. Damit kann der entsandte Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber auf Einhaltung der im Zielstaat zwingend zu beachtenden Arbeitsbedingungen vor Gerichten des Zielstaats verklagen. Ohne diese Regel müsste der entsandte Arbeitnehmer an einem Gericht des Herkunftsstaats klagen. In



diesem Fall bestünde die Gefahr, dass der dortige Richter die zwingenden Bestimmungen des Zielstaats nicht anwendet – zum einen, weil er sie nicht als Eingriffsnormen im Sinne von Art. 9 Rom I-VO qualifiziert und zum anderen und banaler – weil er sie nicht kennt. In Deutschland ist diese Vorschrift in § 15 AEntG umgesetzt. Große Bedeutung hat sie nicht für die entsandten Arbeitnehmer erlangt, sondern für die Sozialkassen, insbesondere im Baubereich, denn § 15 S. 2 AEntG erstreckt diese Regelung auch auf Beitragsklagen von gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien.

## 2. Durchsetzung mit Hilfe von Behörden

Die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, für geeignete Maßnahmen zu sorgen, falls die Bestimmungen der Richtlinie nicht eingehalten werden. Das AEntG sieht umfangreiche Befugnisse der Zollbehörden (FKS Finanzkontrolle Schwarzarbeit) vor, die Einhaltung des Gesetzes zu kontrollieren. Die Kontrollbefugnisse und Bußgeldtatbestände der §§ 16-23 AEntG beziehen sich dabei nur auf die tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen. Bezüglich der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestarbeitsbedingungen gelten die in den jeweiligen Gesetzen geregelten Kontrollmöglichkeiten der zuständigen Behörden. Verpflichteter aus diesen Tatbeständen ist das Unternehmen mit Sitz im Herkunftsstaat, welches Arbeitnehmer in den Zielstaat entsendet.

Das beauftragende Unternehmen (mit Sitz im Zielstaat) kann allenfalls nach § 14 AEntG bzw. nach § 23 Abs. 2 AEntG belangt werden. Nach § 14 AEntG haftet der Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- und Dienstleistungen beauftragt, für die Verpflichtung zur Zahlung der Mindestlöhne wie ein selbstschuldnerischer Bürge. Der Wortlaut lässt also eine Bürgenhaftung auch für den bloßen Auftraggeber zu. Diese Interpretation entspricht aber nicht der herrschenden Auffassung und auch nicht der Rechtsprechung des BAG zur Vorgängervorschrift des § 1a AEntG. Diese galt bis zur Novelle des AEntG im Jahr 2009 und hatte sich nur auf Bauleistungen bezogen. Nach Auffassung des BAG sollte damit eine Generalunternehmerhaftung statuiert werden, und nicht der bloße Bauherr haften, selbst wenn er Unternehmer ist.<sup>41</sup> Diese Rechtsprechung wird man auf die Neufassung des § 14 AEntG übertragen müssen.<sup>42</sup>

Dasselbe wird man für den Bußgeldtatbestand des § 23 Abs. 2 AEntG annehmen müssen. Danach handelt ordnungswidrig, wer Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt und dabei weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass das beauftragte Unternehmen die tariflich geregelten Arbeitsbedingungen nach Maßgabe von §§ 3 ff. AEntG nicht einhält. Das Amtsgericht München hat diesen Tatbestand des § 23 Abs. 2 AEntG nicht angewandt auf einen bloßen Auftraggeber.<sup>43</sup>

41 BAG v. 6.11.2002 – 5 AZR 617/01 (A) – AP Nr. 1 zu § 1a AEntG (Bl. 5 R).

42 Ebenso *Mohr*, in: *Thüsing*, AEntG, 2010, § 14 AEntG Rdnr. 16.

43 AG München v. 30.12.2010 – 1112 Owi 298 Js 35029/10 – BB 2011, 2493.

Es ging um folgenden Fall: Mehrere Hotels hatten ein Reinigungsunternehmen beauftragt, Reinigungsarbeiten durchzuführen. Dieses hatte sich Subunternehmern bedient, die wohl Reinigungskräfte aus Osteuropa ohne Arbeitserlaubnis beschäftigt haben. Es ging also neben Verstößen gegen das AEntG auch um Verstöße gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz. Bezüglich des AEntG hat es das Amtsgericht München genügen lassen, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer vertraglich verpflichtet, alle tarifvertraglichen Mindestarbeitsbedingungen anzuwenden. Das Amtsgericht München hat gesonderte Nachprüfungspflichten abgelehnt. Der Auftraggeber habe sich auf den vom Kreisverwaltungsreferat ausgestellten Gewerbeschein verlassen und von einem gesetzeskonformen Verhalten des Auftragnehmers ausgehen dürfen.<sup>44</sup>

### *V. Entsendung von Drittstaatsangehörigen*

Das im Ausland ansässige Unternehmen entsendet Arbeitnehmer, die Staatsbürger eines anderen Staates sind, insbesondere Drittstaatsangehörige. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Entsendung von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung eines Auftrags im Zielstaat ebenfalls von der Dienstleistungsfreiheit umfasst.

Der EuGH hat dies in folgendem Fall entschieden: Ein belgischer Bauunternehmer erbrachte Bauleistungen in Frankreich und bediente sich hierzu marokkanischer Arbeitnehmer. Die französische Behörde verlangte für die marokkanischen Arbeitnehmer eine Arbeitserlaubnis und verhängte gegenüber dem Arbeitgeber eine Geldbuße. Der EuGH sah darin einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. Das Einreiserecht für die marokkanischen Arbeitnehmer nach Frankreich ist ein Annex zur Dienstleistungsfreiheit. Voraussetzung ist aber, dass sich die Drittstaatsangehörigen im Herkunftsstaat insofern rechtmäßig aufhalten, als sie dort alle Regelungen für Einwanderung und Aufenthalt beachten haben; die Drittstaatsangehörigen müssen also „ordnungsgemäß und dauerhaft“ im Herkunftsstaat beschäftigt sein.<sup>45</sup>

Diese Anforderungen hat der EuGH in jüngerer Zeit präzisiert.<sup>46</sup> Manche Mitgliedstaaten hatten insoweit gewisse Anforderungen an die Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen gestellt, beispielsweise eine Vorbeschäftigungszeit des Drittstaatsangehörigen bei dem ausländischen Arbeitgeber von sechs Monaten<sup>47</sup> (Luxemburg) oder einem

---

44 Ebd.

45 EuGH v. 9.8.1994, Rs. C-43/93 (Vander Elst), Slg. 1994, S. I-3803.

46 EuGH v. 21.9.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Slg. 2006, S. I-9041; EuGH v. 19.1.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, S. I-885; EuGH v. 21.1.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, S. I-10191.

47 So etwa die Regelung in Luxemburg, EuGH v. 21.1.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, S. I-10191.



Jahr (Österreich und Deutschland) verlangt<sup>48</sup>, und die Einreise von drittstaatsangehörigen, bei einem EU-ausländischen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern mit im Einzelnen unterschiedlich ausgestalteten Maßnahmen präventiv kontrolliert. Der EuGH hat in solchen Maßnahmen eine unverhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gesehen. Zwar erkennt der EuGH das Interesse des Zielstaats an, kontrollieren zu können, ob seine Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer und des Arbeitsmarkts eingehalten werden. Hierzu genügt es nach Auffassung des EuGH jedoch, wenn die Zielstaaten Anzeigeverfahren entwickeln, welche eine nachträgliche Kontrolle ermöglichen, weil dies im Gegensatz zu einer Vorabkontrolle die Erbringung der Dienstleistung nicht verzögert.<sup>49</sup> Ein Vorbeschäftigungsgebot verstößt nach Auffassung des EuGH ebenfalls gegen die Dienstleistungsfreiheit.<sup>50</sup>

#### *D. Zusammenfassung*

Die vollständige Freizügigkeit im Binnenmarkt nach dem 1. Mai 2011 ist in arbeitsrechtlicher Hinsicht zu bewältigen. Macht ein EU-Bürger von seinem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch und begibt er sich in einen anderen Mitgliedstaat, um dort eine Arbeit aufzunehmen, will sich der EU-Bürger vollumfänglich in den Arbeitsmarkt des Zielstaats integrieren. Der Arbeitsvertrag unterliegt dann nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO regelmäßig der Rechtsordnung des Zielstaats.

Der Zielstaat kann seine eigenen von ihm als angemessen empfundenen Arbeitsbedingungen aber auch vor dem Hintergrund der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durchsetzen. Die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG muss allerdings hierbei strikt beachtet werden. Diese Richtlinie ist insofern abschließend. Was die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie an arbeitsrechtlichen Regelungen des Zielstaats nicht zulässt, ist nicht erlaubt. Deutschland hat die von der Richtlinie 96/71/EG eröffneten Spielräume allerdings noch nicht ausgeschöpft, insbesondere im Bereich des Mindestlohns.

---

48 So etwa die Regelungen in Österreich – EuGH v. 21.9.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Slg. 2006, S. I-9041 – und Deutschland – EuGH v. 19.1.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, S. I-885.

49 EuGH v. 21.9.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Slg. 2006, S. I-9041 Rdnr. 57; EuGH v. 19.1.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, S. I-885 Rdnr. 41; EuGH v. 21.1.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, S. I-10191 Rdnr. 31.

50 EuGH v. 21.9.2006, Rs. C-168/04 (Kommission/Österreich), Slg. 2006, S. I-9041 Rdnr. 50; EuGH v. 19.1.2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Slg. 2006, S. I-885 Rdnr. 58; EuGH v. 21.1.2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2004, S. I-10191 Rdnr. 32 f.



# Die Lage entsandter Arbeitnehmer in Polen aus arbeitsrechtlicher Sicht

*Ludwik Florek*

A. Die Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG in polnisches Recht	161
B. Persönlicher Anwendungsbereich des Art. 67 <sup>1</sup> AGB im Lichte der Richtlinie 96/71/EG	162
C. Höchstensendedauer	163
D. Unterschiedliche Rechtslage für EU- und Nicht-EU-Bürger	163
E. Rechtliche Ausgestaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften	165
I. Zwingende Schutzvorschriften trotz freier Rechtswahl	165
II. Durchsetzung und Verankerung des Arbeitnehmerschutzes	166
F. Umfang des Art. 67 <sup>2</sup> § 1 AGB	167
G. Umsetzung des Gleichbehandlungsgebots aus der Richtlinie 96/71 in polnisches Recht	169
H. Aufgaben der Staatlichen Arbeitsinspektion	170
I. Rechtliche Bedingungen für Drittstaatsangehörige	170

## *A. Die Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG in polnisches Recht*

Die Lage entsandter Arbeitnehmer in Polen wird vor allem vom polnischen Arbeitsgesetzbuch<sup>1</sup> (im Folgenden „AGB“) geregelt. Für einen Arbeitnehmer, der für eine bestimmte Zeit von seinem in der Europäischen Union ansässigen Arbeitgeber zur Verrichtung seiner Arbeit nach Polen entsandt wird finden gem. Art. 67<sup>1</sup> § 1 AGB die diesem § folgenden Vorschriften des nachfolgenden Unterabschnitts Anwendung. Dieser Unterabschnitt enthält die Pflicht zur Gewährleistung von Mindestbeschäftigungsbedingungen. Art. 67<sup>1</sup> § 2 AGB besagt, dass der in § 1 genannte Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer zur Arbeit in das Gebiet der Republik Polen

---

1 Das Gesetz vom 26. Juni 1974 (Einheitlicher Text: Dziennik Ustaw (Gesetzblatt, im Folgenden „Dz. U.“) vom 1998, Nr. 21, Pos. 141 mit Änderungen).