

schen in einem Mitgliedstaat, deren Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen. Sie müssen problemlos auf Informationen zugreifen können und brauchen Gewissheit über ihre Rechte und Möglichkeiten im In- und Ausland. Zugleich müssen die nationalen Behörden nahtlos zusammenarbeiten. Im Dezember 2017 wurde zu dieser neuen Initiative eine Konsultation gestartet und im März 2018 ein konkreter Entwurf (vgl. Europäische Kommission 2018) vorgelegt. Zum Zeitpunkt der Abgabe des Manuskripts im November 2018 waren die Verhandlungen zu einer Europäischen Arbeitsbehörde im Rat und im Europäischen Parlament noch im Gange.

6 PROBLEME UND HANDLUNGSFELDER

Die Gründe für Lohn- und Sozialdumping sind vielfältig und erstrecken sich auf mehrere Ebenen. Die Hauptursache für Lohndumping ist zweifellos das ausgeprägte Lohngefälle zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (siehe dazu bereits oben unter Abschnitt 2). Grenzüberschreitendes Lohndumping würde daher zweifellos massiv an Bedeutung verlieren, wenn es zu einer Angleichung der Löhne zwischen den Mitgliedstaaten käme. Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass das in absehbarer Zeit geschehen wird, und dies zu fordern wäre wenig erfolgversprechend und politisch geradezu naiv. Es ist daher davon auszugehen, dass die unterschiedlichen Löhne bzw. Lohnkosten auch in den nächsten Jahren der entscheidende Faktor für Lohndumping bleiben werden. Es müssen also andere Lösungen gefunden werden. Davor ist es aber hilfreich, die derzeit wichtigsten Probleme und möglichen Handlungsfelder bei der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping zu erörtern.

6.1 Der „Erga-omnes“-Ansatz bei den Mindestlöhnen

Damit nationale Mindestlöhne auch für aus dem Ausland entsandte ArbeitnehmerInnen angewandt werden können, müssen sie – sofern es sich nicht um einen gesetzlich festgelegten nationalen Mindestlohn handelt – im Wesentlichen zwei Anforderungen erfüllen. Es muss sich zum einen um Tarifverträge oder um Schiedssprüche handeln, und weiters müssen diese allgemein verbindlich und somit von allen in den jeweiligen geografischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sein („Erga-omnes“-Ansatz).⁸

Je nach Lohnfindungssystem im jeweiligen Mitgliedstaat kann dies dazu führen, dass die Geltung von Mindestlöhnen für entsandte ArbeitnehmerInnen lückenhaft ist oder dass diese Mindestlöhne nur teilweise zur Anwendung kommen. Eine vergleichsweise gute Ausgangsposition hat Österreich mit seinem flächendeckenden Kollektivvertragssystem, welches beinahe 100 % der Beschäftigten erfasst.

In anderen Ländern ohne gesetzlichen Mindestlohn, wie insbesondere Schweden, Dänemark oder Italien, die kein derart flächendeckendes Kollektivvertragssystem wie Österreich haben, bereitet der „Erga-omnes“-Ansatz naturgemäß Schwierigkeiten (vgl. Houwerzijl/van Hoek 2012, 11; European Commission 2016b, 11; Kall/Lillie 2017, 17 ff.; European Commission 2016a, 28–31).

⁸ Die genauen rechtlichen Voraussetzungen sind komplexer und sind in Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 1 und Abs. 8 der Entsenderichtlinie festgelegt.

Schwierig ist etwa auch die Ausgangssituation in Deutschland, wo Tarife mit Allgemeinverbindlichkeit selten sind.⁹ Diese Situation hat aber mit dazu geführt, dass ein gesetzlicher Mindestlohn eingeführt wurde. Zudem werden durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) für bestimmte Branchen höhere Mindestlöhne als der allgemeine gesetzliche Mindestlohn vorgeschrieben. Das bedeutet jedoch, dass in allen anderen Branchen für entsandte ArbeitnehmerInnen nur der allgemeine gesetzliche Mindestlohn greift. Weiters kommen in den durch das AEntG erfassten Branchen tarifvertraglich höhere Löhne für Entsandte nicht zur Anwendung. Es verbleibt somit ein nicht unwesentlicher Spielraum, um nationale Mindestlohnvorschriften zu unterbieten.

Aber auch in Ländern mit einer vergleichsweise guten Ausgangssituation und einer Geltung der Tarif- bzw. Kollektivvertragslöhne auch für entsandte ArbeitnehmerInnen gibt es in der Praxis einen nicht unwesentlichen Spielraum für Lohndumping. Studien zeigen, dass entsandte ArbeitnehmerInnen in Branchen, in denen die Mindestentgeltsätze durch differenzierte Tarifvereinbarungen geregelt werden, im Vergleich zu lokalen ArbeitnehmerInnen häufig benachteiligt werden, da sie nicht entsprechend ihrer fachlichen Qualifikation eingestuft werden, sondern meist in eine niedrigere Mindestlohngruppe (vgl. European Commission 2016a, 29).

6.2 Die Lücken und Unsicherheiten im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie

Maßgebliche Rechtsquelle für den Schutz von Arbeitsbedingungen und insbesondere des Mindestlohniveaus des Empfangsstaates ist die Entsenderichtlinie. Der Anwendungsbereich dieser Richtlinie erfasst jedoch nicht alle Entsendungen, sondern regelt den Schutz im Zusammenhang mit Entsendungen von Unternehmen im Rahmen der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 1 Abs. 1 Entsenderichtlinie). Weiters ist erforderlich, dass eine der drei in Abs. 3 leg. cit. angeführten Arten von Entsendungen vorliegt. Ausdrücklich ausgenommen sind gemäß Abs. 2 leg. cit. die Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine.

Für Entsendungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie fallen, existiert keine Richtlinie oder eine andere europarechtliche Regelung. Ob und inwieweit die Mitgliedstaaten in diesen Fällen die Anwendung der eigenen Mindestlöhne verlangen können, ist rechtlich unklar. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, dass die Mitgliedstaaten hier einen gewissen Spielraum haben, sofern es sich um sogenannte Eingriffsnormen nach der Rom-I-Verordnung handelt und es zu keiner Verletzung der EU-Marktfreiheiten, also insbesondere der Dienstleistungsfreiheit oder der Warenverkehrsfreiheit, kommt. Diese Beurteilung ist aber insofern sehr schwer, als sie in hohem Ausmaß von Wertungen abhängt und unmittelbar dazu auch noch keine einschlägige Rechtsprechung existiert. Ob und inwieweit daher die Mitgliedstaaten bei der Lieferung von Waren durch den Verkäufer, grenzüberschreitenden Schulungen, dem Einsatz von Trainees, Verkaufstätigkeiten bei Messen oder auf Märkten oder im Transportbereich gegen Lohndumping vorgehen dürfen, ist rechtlich unsicher. Im Transportbereich etwa hat man viele Jahre angenommen, dass die Entsenderichtlinie nicht zur Anwendung käme und es daher nicht zulässig wäre, die Einhaltung der Arbeitsbedingungen des Empfangsstaates vorzuschreiben. Erst im Zuge der Öffnung des Arbeitsmarktes zu den neuen Mitgliedsländern haben nähere Untersuchungen gezeigt, dass auch der Transportbereich grundsätzlich unter die Entsenderichtlinie fällt und für Transporttätigkeiten, die nicht unter die

⁹ Von den in Deutschland insgesamt knapp 72.000 gültigen Tarifverträgen sind nur 490 allgemein verbindlich, und von diesen enthalten nur 20 Tarifverträge Regelungsbereiche, die international zwingend sind.

Entsenderichtlinie fallen, unter gewissen Voraussetzungen die Einhaltung der nationalen Mindestlöhne verlangt werden kann (vgl. etwa Gagawczuk 2016; Windisch-Graetz 2013). Im Jahr 2015 hat die Europäische Kommission gegen Deutschland und ein Jahr später gegen Frankreich ein Vertragsverletzungsverfahren wegen der Vorschreibung von Mindestlöhnen für ausländische Lkw-FahrerInnen wegen „unangemessener Verwaltungshürden“ und folglich eines möglichen Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit eingeleitet. Eine Klage beim Europäischen Gerichtshof wurde bislang dazu aber noch nicht eingeleitet.

6.3 Scheinentsendungen

Die Problematik der Scheinentsendungen wurde bereits oben unter Abschnitt 4 erläutert. Welche Auswüchse diese Form der Umgehung von Sozialversicherungsvorschriften angenommen haben, belegen die Fälle, die in den letzten Jahren vom EuGH entschieden wurden. In einem Verfahren etwa zeigte sich anlässlich einer Kontrolle durch französische Behörden, dass zwei Arbeitnehmer schon weit mehr als zwei Jahre in Frankreich tätig waren (einer der beiden schon beinahe zehn Jahre) und für diese trotzdem all diese Jahre Entsendebescheinigungen eines deutschen Sozialversicherungsträgers vorlagen. Obwohl also offensichtlich war, dass die zeitlichen Grenzen für eine Entsendung überschritten waren, wurde vom EuGH den Entsendebescheinigungen eine Bindungswirkung zuerkannt.¹⁰ Auch in einem ähnlichen Verfahren sah der Gerichtshof keinen Anlass, die Bindungswirkung zu verneinen. Dabei ging es um mehrere ArbeitnehmerInnen, die auf zwei Kreuzfahrtschiffen ausschließlich in Frankreich unterwegs waren.¹¹ Versichert waren sie aber in der Schweiz und galten formell als entsandt. Der EuGH räumte zwar ein, dass die betreffenden ArbeitnehmerInnen offensichtlich nicht als entsandt anzusehen sind, an der Bindungswirkung hielt er aber trotzdem fest. Selbst im Argument seitens Frankreichs, dass durch die Aufhebung der Bindungswirkung unlauterer Wettbewerb und Sozialdumping verhindert werden könnte, sah der Gerichtshof keinen Grund, seine Judikaturlinie zu ändern. Den Behörden sind gegen derartige Fälle von Sozialbetrug daher weitgehend die Hände gebunden.

6.4 Die Beitragsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge

Die Personalkosten zu senken und auf diesem Weg einen Wettbewerbsvorteil zu erzielen kann über niedrigere Kosten für die Löhne selbst erfolgen. Die gleiche Wirkung kann aber auch durch niedrigere Kosten für die Sozialversicherungsbeiträge der beschäftigten ArbeitnehmerInnen erreicht werden. Das slowenische Sozialversicherungsrecht etwa sieht vor, dass sich die Beitragsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge nach dem Entgelt richtet, das der/die ins Ausland entsandte ArbeitnehmerIn für die gleiche Tätigkeit in Slowenien beziehen würde. Der/die ArbeitgeberIn eines/einer von Slowenien nach Österreich entsandten Arbeitnehmers/Arbeitnehmerin zahlt also nur einen Bruchteil der Sozialversicherungsbeiträge eines/einer vergleichbaren österreichischen Arbeitgebers/Arbeitgeberin. Ähnlich verhält es sich mit anderen Mitgliedstaaten mit einem niedrigeren Lohnniveau.

Für die Sozialversicherungsträger ist es bei einem Auslandseinsatz der ArbeitnehmerInnen zudem schwieriger zu überprüfen, ob die angegebenen Arbeitszeiten auch korrekt sind. Der Spielraum für Manipulationen ist daher wesentlich größer als bei Einsätzen im Herkunftsland.

¹⁰ *EuGH*, 24. 10. 2017, C-474/16, *Belu Dienstleistung and Niklas*.

¹¹ *EuGH*, 27. 4. 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff*.

Auch Scheinentsendungen (siehe dazu oben unter Abschnitt 6.3) bieten die Möglichkeit, durch die Wahl von Mitgliedstaaten mit geringen Beitragssätzen Lohnnebenkosten zu sparen und sich der Kontrolle weitgehend zu entziehen (vgl. dazu etwa Cremers 2018, 6).

6.5 Die Schwächen des Zivilrechts bei der Geltendmachung der Ansprüche

Entsante ArbeitnehmerInnen könnten die ihnen für die Zeit des Auslandseinsatzes zustehenden höheren Löhne im Zivilrechtsweg einklagen. In der Praxis sind jedoch Prozesse mit Auslandsbezug relativ aufwendig und mit vielen zusätzlichen Schwierigkeiten verbunden. Meist ist eine grenzüberschreitende Zustellung von behördlichen Schriftstücken, eine grenzüberschreitende Beweisaufnahme oder eine grenzüberschreitende Vollstreckung erforderlich (siehe dazu auch oben Abschnitt 3). All dies bedeutet in der Praxis mehr Kosten, eine längere Verfahrensdauer und eine wesentliche Erhöhung des Risikos für den/die KlägerIn.

Ein weiterer wesentlicher Schwachpunkt in diesem Zusammenhang ist die Insolvenzentgeltsicherung. Viele neue Mitgliedstaaten begrenzen die Auszahlung der Löhne durch den dafür vorgesehenen Fonds so weit, dass im Wesentlichen nur das heimische Lohnniveau abgedeckt ist.

Beispiel: Ein Bauarbeiter, der von der Slowakei nach Österreich entsandt wird, klagt für die Zeit der Beschäftigung in Österreich die ihm vorenthaltene Lohndifferenz zu den österreichischen Mindestlöhnen ein. Nach einem langen und aufwendigen Verfahren ist der Arbeitnehmer erfolgreich und will seine Ansprüche vollstrecken. In der Zwischenzeit ist sein Arbeitgeber jedoch – wie sehr häufig in der Baubranche – in Konkurs gegangen, und die Ansprüche müssen in der Slowakei bei der zuständigen Stelle für Insolvenzentgeltsicherung geltend gemacht werden. Diese Einrichtung deckt jedoch nur maximal Löhne in der Höhe des durchschnittlichen slowakischen Lohnniveaus ab. Der Arbeitnehmer kann folglich seine darüber hinausgehenden Ansprüche nicht geltend machen. Trotz erfolgreicher Prozessführung verbleiben nur frustrierte Kosten.

6.6 Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Behörden

Während Unternehmen aufgrund der Marktfreiheiten EU-weit ohne Beschränkungen oder Hindernisse tätig sein können, ist dies für Behörden nicht möglich. Deren Hoheitsgewalt ist naturgemäß auf den jeweiligen Mitgliedstaat begrenzt. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist aber in der Regel eine grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Behörden in Form von Informationsaustausch, Zustellung von Schriftstücken, akkordierten Kontrollen, Vollstreckungen, Beweisaufnahmen o. Ä. notwendig. Damit diese funktioniert, sind europäische Vorgaben und Hilfsmittel erforderlich. Grundlagen dafür sind aufgrund der Durchsetzungsrichtlinie und des Binnenmarkt-Informationssystems (siehe oben Abschnitt 3) zum Teil gegeben. Ein weiteres wichtiges Tool zum Informationsaustausch ist der elektronische Austausch von Informationen betreffend die soziale Sicherheit mittels des EESSI-Systems, welches sich jedoch erst im Aufbau befindet.

Es genügt aber nicht, dass für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit rechtliche Grundlagen existieren. So gibt es etwa seit 2005 einen europäischen Rahmenbeschluss zur grenzüberschreitenden Vollstreckung von Verwaltungsstrafen, und mehr als zehn Jahre danach zeigen die Erfahrungen in der Praxis, dass dieser Rahmenbeschluss von einem Teil der Mitgliedstaaten gar nicht umgesetzt wird und von einem anderen Teil der Mitgliedstaaten nur teilweise bzw. mit großen Schwierigkeiten. Es muss also zudem sichergestellt werden, dass

Zusammenarbeit in der Praxis auch unkompliziert, ohne Probleme und rasch funktioniert. Es braucht dafür eine Institution, die dies überwachen und bei Bedarf auch entsprechende Maßnahmen setzen kann.

6.7 Die Kontrolle

Die praktischen Erfahrungen zeigen, dass die bloße Möglichkeit, die Differenz zu den Mindestlöhnen im Beschäftigungsstaat zivilrechtlich einzufordern, keinesfalls ausreicht, um Lohndumping einzuschränken. Eine Haftung des Auftraggebers für die von seinem Auftragnehmer vorerhaltenen Löhne hat eine geringe präventive Wirkung, die aber ebenfalls nicht ausreicht, um Lohndumping wirksam einzudämmen. Nur behördliche Lohnkontrollen können die Einhaltung der inländischen Mindestlöhne sicherstellen. Erforderlich sind aber eine ausreichende personelle und technische Ausstattung der Behörden sowie Sanktionen in abschreckender Höhe. Strafen, die nicht einmal die Höhe der durch Lohndumping ersparten Personalkosten erreichen, erfüllen diese Anforderung zweifellos nicht.¹²

7 LÖSUNGSANSÄTZE

7.1 Das Problem mit dem „Erga-omnes“-Ansatz

Wie oben bereits festgehalten bereitet der „Erga-omnes“-Ansatz in Ländern mit einem Lohnfindungssystem ohne flächendeckendes Kollektivvertragssystem oder ein System verbreiteter Allgemeinverbindlichkeitserklärungen Schwierigkeiten. Eine Verbesserung dieser Situation kann auf drei Ebenen erfolgen:

Die erste Ebene wäre eine Anpassung der nationalen Rechtslage an die europäischen Anforderungen. In Deutschland etwa wurde ein nationaler Mindestlohn eingeführt, und weiters wurden für bestimmte Branchen spezielle Mindestlohnsätze vorgeschrieben.

Die zweite Ebene wäre eine Aufweichung des „Erga-omnes“-Ansatzes. Das Europäische Parlament etwa hat in seinen Änderungsanträgen zur Änderung der Entsenderichtlinie vorgeschlagen, den Anwendungsbereich auf „repräsentativ[e]“ Kollektivverträge auszudehnen (vgl. Europäisches Parlament 2017, 26). Der Deutsche Gewerkschaftsbund schlägt in seiner Stellungnahme zur Änderung der Entsenderichtlinie vor, dass auch „Tarifverträge mit einem breiten Anwendungsbereich“ (DGB 2016, 7) auf entsandte ArbeitnehmerInnen angewendet werden können.

Die dritte Ebene betrifft insbesondere das schwedische System der Lohnfindung, welches vorrangig darauf ausgerichtet ist, Mindestlöhne durch den Druck der Gewerkschaft bzw. nötigenfalls mittels Kampfmaßnahmen wie Streik oder Boykott durchzusetzen. Derartige Durchsetzungsmechanismen wurden durch die Judikatur des EuGH¹³ wesentlich erschwert. Um die

¹² Eine Untersuchung der in Österreich verhängten Strafen zu Entsendungen und Überlassungen nach Österreich aus dem Jahr 2017 hat gezeigt, dass bei 20 % der Entscheidungen die Strafe sogar unterhalb des Ausmaßes der Unterentlohnung – also noch ohne Berücksichtigung der ersparten Lohnnebenkosten – lag (vgl. Danzer et al. 2017, 119–125).

¹³ Insbesondere durch die Entscheidungen Laval (EuGH, 18. 12. 2007, C-341/05, Laval) und Viking (EuGH, 11. 12. 2007, C-438/05, Viking); für Näheres dazu vgl. Blanke (2008).