

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.<sup>12</sup>

# 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 EuGH<sup>13</sup> wesentlich erschwert. Um die

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> 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).

dadurch entstandene Rechtslage zu korrigieren, wird seitens europäischer Gewerkschaften ein sogenanntes soziales Fortschrittsprotokoll als Zusatz zu den europäischen Verträgen gefordert (vgl. dazu etwa Höpner 2016; Rödl/Seitz 2018). Dieses soll die Dominanz der EU-Marktfreiheiten, wie insbesondere die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit, beenden und das Recht der Gewerkschaften anerkennen, sich für die Verbesserung der Arbeitsbedingungen einzusetzen. Über die beste rechtstechnische Umsetzung dieses sozialen Fortschrittsprotokolls lässt sich diskutieren, das Ziel sollte aber klar sein: Die Einmischung des EU-Rechts in gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen soll beendet werden. Dies würde auch der Regelung im Primärrecht, wonach es keine europarechtliche Kompetenz im Streikrecht gibt (Art. 153 Abs. 5 AEUV<sup>14</sup>), entsprechen.

## **7.2 Die Lücken und Unsicherheiten im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie**

Wie bereits oben erörtert, regelt die Entsenderichtlinie nur Entsendungen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit und stellt selbst dort spezielle Anforderungen an die konkrete Entsendung. Für den übrigen Bereich der Entsendungen gibt es keine einschlägige europäische Regelung. Die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten bleiben aber trotzdem begrenzt und im Graubereich, da immer die Gefahr besteht, an die Marktfreiheiten „anzuecken“. Es würde daher die Rechtsicherheit wesentlich erhöhen, den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie auf alle grenzüberschreitenden Einsätze von ArbeitnehmerInnen auszudehnen. Auch Sondervorschriften, wie sie etwa derzeit für den grenzüberschreitenden Straßentransport diskutiert werden, sollen vermieden werden. Das Argument, die Einhaltung des jeweiligen Mindestlohnes bei ständig wechselnden Einsatzorten wäre ein zu hoher Aufwand, ist nicht überzeugend. Der Zeitpunkt des Grenzübertritts ist mittels GPS exakt zu eruieren, und wenn die Kommission eine aktuelle Liste der jeweiligen nationalen Mindestlöhne für Lkw-FahrerInnen erstellt, dann kann der konkrete Anspruch leicht festgestellt werden.

## **7.3 Scheinentsendungen**

Die Bindungswirkung der Entsendebescheinigungen hat den Vorteil, dass Streitigkeiten zwischen den Sozialversicherungsträgern über die Zuständigkeit nicht auf dem Rücken der ArbeitgeberInnen ausgetragen werden. In der Praxis hat dies aber zu massivem Missbrauch geführt. Das System funktioniert in der derzeitigen Form nicht.

Die Vorschläge der Kommission, dass der zuständige Sozialversicherungsträger verpflichtet werden soll, die Voraussetzungen für die Ausstellung einer Entsendebescheinigung vor der Ausstellung zu überprüfen, und hinsichtlich der Vorgabe einer bestimmten Frist, binnen deren der ausstellende Träger ein Ersuchen eines anderen Mitgliedstaates bei Zweifeln über die Richtigkeit der Bescheinigung zu bearbeiten hat (siehe oben Abschnitt 5.2), sind Ansätze, den Missbrauch einzuschränken. Funktionieren können die Änderungen aber nur dann, wenn es eine Institution gibt, die darauf achtet, dass diese Vorgaben in der Praxis eingehalten werden, und es weiters für säumige Sozialversicherungsträger Konsequenzen gibt. Naheliegend wäre es, wenn die Europäische Arbeitsbehörde die Kontrollfunktion übernimmt. Sanktionen müssten noch festgelegt werden.

---

<sup>14</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Eine weitere Maßnahme wäre die Beschränkung der Bindungswirkung. In Fällen des offensichtlichen Missbrauchs, die in Form einer Liste festgelegt werden könnten, sollte keine Bindungswirkung bestehen. Eine Einschränkung der Bindungswirkung bloß auf Fälle des nachgewiesenen Betrugs ist nicht ausreichend.<sup>15</sup>

Letztlich sind auch die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Entsendung viel zu großzügig und führen zu Missbrauch. Eine Entsendung im Sinne der europäischen Sozialversicherungs koordinierung liegt nämlich selbst dann vor, wenn der/die Entsandte ausschließlich für Arbeiten in einem anderen Mitgliedstaat eingestellt wird. Hier sollte eine Beschäftigung von mindestens drei Monaten unmittelbar vor der Entsendung im Herkunftsstaat bei dem/der entsendenden ArbeitgeberIn erforderlich sein.

#### **7.4 Die Beitragsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge**

Solange die Rechtslage es Unternehmen ermöglicht, aufgrund verschiedener Beitragsgrundlagen für entsandte ArbeitnehmerInnen wesentlich geringere Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen (siehe oben Abschnitt 5.4), sind unlauterer Wettbewerb und Verdrängungseffekte auf dem Arbeitsmarkt vorprogrammiert. Diese Schieflage könnte durch eine europäische Vorgabe beseitigt werden, wonach bei grenzüberschreitenden Entsendungen zumindest das im Land der Beschäftigung vorgeschriebene Entgelt Basis für die Bemessung der Sozialversicherungsbeiträge ist.

Weiters wären Maßnahmen erforderlich, um dies auch in der Praxis sicherzustellen, wie etwa gegenseitige Informationsansprüche der Sozialversicherungsträger und Rechtsmittel des Mitgliedstaates der Entsendung, um Feststellungen bzw. Entscheidungen der Sozialversicherungsträger des Herkunftslandes zu bekämpfen. Auch eine europäische Institution zur Überprüfung der korrekten Vorgehensweisen wäre erforderlich – ein weiterer möglicher Zuständigkeitsbereich der Europäischen Arbeitsbehörde.

#### **7.5 Vorschläge für Verbesserungen im Zivilrecht**

Viele der grenzüberschreitend tätigen Unternehmen sind nur auf kurze Dauer ausgerichtet. Sie entstehen schnell und verschwinden auch wieder schnell vom Markt, nachdem die Hintermänner bzw. Hinterfrauen ihre „Schäfchen ins Trockene gebracht haben“ (vgl. dazu etwa Cremers 2018, 6). Ohne entsprechende Insolvenzentgeltsicherung ist daher eine Geltendmachung von vornherein mit wenig Aussicht auf Erfolg verbunden. Es müssen folglich die einschlägigen europäischen Vorgaben zur Entgeltsicherung von ArbeitnehmerInnen (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2008b, Richtlinie 2008/94/EG) dahin gehend geändert werden, dass Ansprüche bei Entsendung in Mitgliedstaaten mit höheren Löhnen durch den jeweiligen Fonds abgesichert sind.

Erforderlich ist weiters, dass Maßnahmen getroffen werden, um die Dauer von Verfahren mit grenzüberschreitendem Bezug möglichst zu verkürzen und das mit diesen Verfahren verbundene zusätzliche Risiko möglichst zu minimieren. Ausgangspunkt dazu wäre eine europaweite Untersuchung der Gründe für Verfahrensverzögerungen und für das erhöhte Risiko. Auf Basis der Ergebnisse dieser Untersuchung könnten dann entsprechende konkrete Schritte gesetzt werden.

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu etwa die Entscheidung EuGH, 6. 2. 2018, C-359/16, Altun u. a.

Da zivilrechtliche Verfahren üblicherweise bloß darauf gerichtet sind, den Betrag zu zahlen, der ohnehin gezahlt werden müsste, wäre die Zahlung eines Zusatzbetrages ähnlich wie beim Strafschadenersatz zu überlegen. Dann wäre einerseits mit diesen Verfahren auch eine präventive Wirkung verbunden und andererseits ein höherer Anreiz gegeben, das Risiko einzugehen, offene Ansprüche einzuklagen.

## **7.6 Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Behörden**

In den letzten Jahren wurde eine Reihe von Maßnahmen zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Behörden gesetzt: Durchsetzungsrichtlinie (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2014a), Binnenmarkt-Informationssystem, elektronischer Austausch von Sozialversicherungsdaten; siehe oben Abschnitt 6.6. Damit diese Maßnahmen aber auch in der Praxis in allen Mitgliedstaaten funktionieren, bedarf es einer Institution mit entsprechenden Handlungsmöglichkeiten. Der Vorschlag der Kommission vom März 2018, eine Europäische Arbeitsbehörde einzurichten (vgl. Europäische Kommission 2018), geht in diese Richtung. Diese Behörde soll die nationalen Arbeitsinspektorate und sonstigen Kontrollinstanzen keineswegs ersetzen. Es soll vielmehr die grenzüberschreitende Zusammenarbeit sichergestellt werden. Die Europäische Arbeitsbehörde wäre sohin einerseits eine Serviceeinrichtung im Sinne einer Drehscheibe, einer Schaltstelle, eines Katalysators und einer Informationsstelle bei grenzüberschreitenden Sachverhalten. Sie müsste aber andererseits auch die Kompetenz besitzen, gegen säumige nationale Behörden vorzugehen. Damit Probleme nachhaltig gelöst werden können, sollte periodisch ein Bericht mit Lösungsvorschlägen erstellt werden. Dieser Bericht wäre dann die Grundlage für den Rat und das Europäische Parlament, um entsprechende Maßnahmen zu setzen.

## **7.7 Die Kontrolle**

Die Entsenderichtlinie schreibt bloß sehr allgemein vor, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung der Richtlinie vorzusehen haben. Konkreter wird die Durchsetzungsrichtlinie: Es sollen „geeignete und wirksame Kontroll- und Überwachungsmechanismen eingesetzt werden“ und „wirksame und angemessene Prüfungen“ durchgeführt werden. Unbeschadet der Möglichkeit von Zufallskontrollen basieren diese Überprüfungen „in erster Linie auf einer Risikobewertung“ (Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2014a, Art. 10). Bezüglich Sanktionen findet sich in der Richtlinie die Vorgabe, dass diese „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ (ebd., Art. 20) sein sollen.

Was fehlt, sind konkrete Vorgaben zur Kontrolldichte, wie etwa in der Richtlinie 2014/47/EU über die Kontrolle von Nutzfahrzeugen im Straßenverkehr (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2014b). Angemessen wäre dabei ein Mindestprozentsatz von 10 %. Weiters fehlt eine Überprüfung, ob die vorgesehenen Sanktionen die oben genannten Vorgaben erfüllen. Naheliegenderweise könnte bzw. sollte dies eine der ersten Aufgaben der Europäischen Arbeitsbehörde sein.

Aufgrund der teilweise relativ hohen kriminellen Energie und vielfältiger Tricks mancher Unternehmen stößt aber auch die Kontrolle manchmal an die Grenzen ihrer Möglichkeiten. Sollten diese Probleme zunehmen, dann muss eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit ins Auge gefasst werden. Beide Freiheiten wurden ja unter der Grundvoraussetzung gewährt, dass es zu keinem Wettbewerb auf Kosten der Löhne und so-

hin zu keinem Lohndumping kommt. Kann dies aber in der Praxis nicht gewährleistet werden, dann muss dies auch Folgen für die Marktfreiheiten haben. Alles andere würde einseitig zu Lasten der ArbeitnehmerInnen sowie vieler Klein- und Mittelbetriebe gehen. Ähnliches muss auch dann gelten, wenn ein Mitgliedstaat die grenzüberschreitende Zusammenarbeit verweigert. Dann muss es die Möglichkeit geben, die Dienstleistungsfreiheit in Bezug auf diesen Mitgliedstaat auszusetzen.

## 7.8 Künftige Erweiterungen der EU

Die Erfahrungen mit den Übergangsfristen auf dem Arbeitsmarkt im Zusammenhang mit den letzten Erweiterungen haben gezeigt, dass Fristen das Problem des Lohn- und Sozialdumpings bloß hinauszögern, aber keineswegs lösen. Bei zukünftigen Erweiterungen sollten daher nicht Übergangsfristen für den Arbeitsmarkt festgelegt werden, sondern es sollte erst dann zu einer Öffnung des Arbeitsmarktes kommen, wenn sich das Lohnniveau der jeweiligen Mitgliedstaaten annähernd angeglichen hat. Dann wäre dem Anreiz zu Lohn- und Sozialdumping von vornherein weitgehend der Boden entzogen.

## BIBLIOGRAFIE

*Blanke, Thomas* (2008), Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Ruffert – Domesticierung des Streikrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen (= Oldenburger Studien zur Europäisierung und zur transnationalen Regulierung Nr. 18/2008), Oldenburg.

*Cremers, Jan* (2018), Towards a European Labour Authority. Mandate, Main Tasks and Open Questions (= politik für europa # 2017 plus), Buxelles.

*Danzer, Lisa, Andreas Riesenfelder und Petra Wetzel* (2017), Entsendungen und Überlassungen nach Österreich, Lohndumping: Quantitative und qualitative Entwicklungen, Wien.

*DGB (Deutscher Gewerkschaftsbund)* (2016), Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Berlin; <https://www.dgb.de/themen/++co++d89de2d4-3159-11e6-9b1f-525400e5a74a>.

*Europäische Kommission* (2012), 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, Brüssel.

*Europäische Kommission (2016a)*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, COM(2016) 128 final, Straßburg.

*Europäische Kommission (2016b)*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung