

Jan Cremers
University of Amsterdam/AIAS

Auf der Suche nach billigen Arbeitskräften in Europa

Lebens- und Arbeitsbedingungen
entsandter Arbeitnehmer

European Institute for
Construction Labour Research

CLR Studies 6



Verfasst im Auftrag
der Europäischen Föderation
der Bau- und Holzarbeiter



Mit der finanziellen Unterstützung
der Europäischen Kommission,
GD Beschäftigung, soziale Angelegenheiten
und Chancengleichheit

CLR Studies 6:
Auf der Suche nach billigen Arbeitskräften in Europa
Lebens- und Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer

CLR Studies are publications of work by
the European Institute for Construction Labour Research
and its network of academics and practitioners,
and open to related contributions from all sources.

Series editors:
Linda Clarke, Jan Cremers, Jörn Janssen

CLR
Rue Royale 45
B-1000 Bruxelles
email clr@mjcpro.nl
www.clr-news.org

ISBN 978 0 903109 29 1
© 2011 CLR/EFBWW/Jan Cremers

All rights reserved.
No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system
or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying,
record or otherwise, without the written permission of the publisher. Any violation
of the copyright will be subject to prosecution.

While the information in the publication is believed to be correct,
publisher and authors cannot accept any responsibility for any loss,
damage or other liability incurred by users or any other person arising
from the contents of this publication.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	3
<hr/>	
II. Grundlegende Ergebnisse im Zusammenhang mit den Entsendevorschriften	5
<hr/>	
1. Der geltende Rechtsrahmen	5
2. Die Definition des Begriffs Entsendung, der Arbeitsvertrag und die zeitliche Begrenzung	11
3. Registrierungs- und Anmeldefragen und das Organisieren der Entsendung	18
4. Fakten und Zahlen	22
5. Arbeitnehmer aus Drittstaaten	27
III. Entsendung und Arbeitsbedingungen in der Praxis	30
<hr/>	
6. Die unterschiedlichen Entsendungsarten	30
7. Kontrolle und Durchsetzung	33
8. Sanktionen und Geltendmachung von Ansprüchen	38
9. Rolle der Sozialpartner	42
10. Interessante Fälle und Formen des Missbrauchs	45
11. Bewährte Praktiken	52
IV. Zusammenfassung: Die Entsendung von und Suche nach (billigen) Arbeitskräften in Europa	56
<hr/>	

I. Einleitung

Richtlinie 96/71/EG über die Arbeitnehmerentsendung im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, auch Entsenderichtlinie genannt, bildete festen Bestandteil des Aktionsprogramms der Europäischen Kommission (EK) geknüpft an die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, und beabsichtigte einen gesetzlichen Rahmen für die Arbeitsbedingungen von zeitlich begrenzt in einen anderen Mitgliedstaat entsandten Arbeitnehmern zu schaffen. Inhaltlich handelt es sich um eine Garantie für den Mindestschutz, fairen Wettbewerb und die Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Gastland. Hauptgedanke hinter der Entsenderichtlinie war die Formulierung eines 'harten Kerns' von Mindestbestimmungen mit zusätzlich geltenden Beschäftigungsbedingungen zu anderen Themen als jenen, auf die verwiesen wurde, die dann auf nicht diskriminierende Art und Weise und beruhend auf verbindlichen Regeln (des Arbeitsrechts oder allgemeingültiger Tarifverträge) Anwendung finden sollten.

Der Begriff 'Entsendung' wurde erstmals bei der Koordinierung der Sozialversicherung in Europa verwendet. Die Koordinierungsregeln beruhen auf dem Grundsatz, dass immer nur eine Gesetzgebung angewandt wird (Cremers, 2010a). Ziel der Vorschriften ist es, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung mittels der Anwendung des 'Lex loci laboris' bzw. des Gastland-Prinzips zu gewährleisten. Das bedeutet, dass generell das Recht des Mitgliedstaates gilt, in dem die Person ihre Berufstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger nachgeht. In dem damals verfassten Koordinierungsrahmen heißt es, dass es unter besonderen Umständen, die andere Anwendbarkeitskriterien rechtfertigen, möglich ist, von den allgemeinen Vorschriften abzuweichen. Die Entsendung ist eine solche Ausnahme.

Die Entsenderichtlinie bildete in jüngster Zeit Gegenstand einer Reihe von Gerichtsfällen. Das Ergebnis dieser Fälle hat gezeigt, dass der Europäische Gerichtshof und die Europäische Kommission in Richtung einer engen und restriktiven Auslegung dieser Richtlinie arbeiten. Laut EuGH handelt es sich bei der Auflistung von Bestimmungen zu den Lebens- und Arbeitsbedingungen um eine erschöpfende Liste. Zusätzliche verbindliche Vorschriften sind auf Regeln begrenzt, 'die nach ihrer Art und ihrem Ziel den zwingenden Erfordernissen des öffentlichen Interesses gerecht werden' (Feststellung 32 - Fall Luxemburg). Laut EuGH haben die Mitgliedstaaten keine Kompetenz, Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung

festzulegen, die zusätzliche verbindliche Regeln rechtfertigen, welche über die Mindestbestimmungen in der Richtlinie hinausgehen. Diese Einschränkung des EuGH bedeutet in der Praxis, dass ausländischen Unternehmen für entsandte Arbeitnehmer kein höheres Maß an Schutz als das Mindestmaß auferlegt werden kann. Diese Auslegung steht im Widerspruch zu dem Ziel des Gesetzgebers, da die Entsenderichtlinie mit folgendem Wortlaut verabschiedet wurde: 'Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, unter Einhaltung des Vertrags für inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise, Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Unterabsatz 1 von Artikel 3.1 aufgeführten Aspekte, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt, vorzuschreiben' (Artikel 3.10 der Entsenderichtlinie).

Gegenstand der dieser Studie zu Grunde liegenden Untersuchungen war nicht dieser Rechtsstreit, sondern in erster Linie die Kluft zwischen Theorie und Praxis. Wir haben mit einem nationalen Expertenteam die Funktionsweise der Grundsätze untersucht, die im Zuge der Umsetzung der Richtlinie an den Arbeitsstätten erstellt wurden. Information über die nationale Einhaltung der Entsendungsregeln und die Erfahrungen mit der Überwachung, Vollstreckung und den Sanktionen ist zusammengetragen in 12 Länderberichten. Insofern Zahlen vorlagen, wurden diese aktualisiert, und versucht wurde die Frage zu beantworten, ob Richtlinie 96/71/EG den Zweck erfüllt (zu einer fairen Behandlung am Arbeitsort beizutragen und einer Wettbewerbsverzerrung bedingt durch Sozialdumping vorzubeugen).

II. Grundlegende Ergebnisse im Zusammenhang mit den Entsendevorschriften

1. Der geltende Rechtsrahmen

Auch wenn die Entsendung von Arbeitnehmern keine neue Erscheinung ist, ist die Erbringung von Dienstleistungen durch ausländische Dienstleistungsanbieter und deren Mitarbeiter nach wie vor nicht sonderlich ausgewogen.

Der Begriff *Entsendung von Arbeitnehmern* wurde zunächst und vor allem im Bereich der Koordinierung der Sozialversicherung in Europa verwendet. Bereits zu Beginn der Europäischen Gemeinschaft war in den Verträgen die Rede davon, dass EU-Bürger einen Anspruch auf Freizügigkeit haben, einschließlich des Rechts auf Arbeiten in einem anderen Mitgliedstaat. Die so genannten Koordinierungsregeln, die 1957 zum ersten Mal verfasst und 1971 angepasst und kürzlich abgeändert wurden, beruhen auf dem Grundsatz der Anwendung von jeweils nur einer Gesetzgebung auf einmal, wenn die Berufstätigkeit in einem oder mehreren Mitgliedstaaten ausgeübt wird. Personen, die sich innerhalb der EU bewegen, fallen entsprechend unter das Sozialversicherungssystem von nur einem einzigen Mitgliedstaat. Ziel der Vorschriften ist es, die Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung mittels der Anwendung des 'Lex loci laboris' bzw. des Gastlandprinzips zu gewährleisten. Das bedeutet, dass generell die Gesetzgebung jenes Mitgliedstaates gilt, in dem die Person ihre Berufstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger nachgeht.

In dem Koordinierungsrahmen heißt es, dass es möglich ist, unter besonderen Umständen, die andere Anwendbarkeitskriterien rechtfertigen, von den allgemeinen Vorschriften abzuweichen. Die Entsendung bildete eine der Ausnahmen in dieser geltenden Gesetzgebung (Verordnung 883/2004, Art.12, op. cit. Cremers, 2010a):

12.1 und 12.2

1. Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche

Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst.

2. Eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt und die eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet.

An dem Einsatz im Bereich der Sozialversicherung wird mitunter Kritik geübt: Die Entsendung bildete ursprünglich eine Ausnahme zur Allgemeinregel und ist mittlerweile so weit verbreitet, dass sie fast selbst (fälschlicherweise) als Allgemeinregel bei grenzüberschreitenden Arbeiten gilt. Die eigentlichen Probleme sind jedoch mittlerweile offensichtlich geworden, insbesondere seit eine Verbindung zwischen den Arbeitsbedingungen von an einer zeitlich begrenzten grenzüberschreitenden Beschäftigung Beteiligten und der freien Erbringung von Dienstleistungen hergestellt wurde. Es gab keine ausreichende politische Unterstützung für eine lückenlose Vollstreckung der geltenden Arbeitsbedingungen und Arbeitsnormen in dem Mitgliedstaat, in dem die Person ihre Tätigkeit ausübte.

In echten Entsendungsfällen gelten zwei Vorschriften aus dem EU-Recht:

- Entsandte Arbeitnehmer fallen unter den Geltungsbereich der Koordinierungsgrundsätze der Sozialversicherung (Verordnung 1408/71 – heutige Verordnung 883/2004).
- Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen schafft einen Rechtsrahmen für die Lebens- und Arbeitsbedingungen dieser zeitlich vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat entsandten Arbeitnehmer. Artikel 1.1 (zum Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie) besagt klar und deutlich, dass sie *für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat gelten, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.*

In einer unserer früheren Studien (Cremers und Donders, 2004) kamen wir zu dem Schluss, dass die Umsetzung in einzelstaatliches Recht zu einer Reihe von eng bis äußerst breit gefassten Formulierungen geführt hatte, was die geltenden Lebens- und Arbeitsbedingungen anbelangt. Obwohl der rechtliche Aspekt der Umsetzung in einzelstaatliches Recht nicht Kernstück unserer Untersuchungen bildete, kommen wir zwangsweise zu dem Schluss, dass dies nach wie vor der Fall ist. In Ländern mit einem umfassenden Arbeitsrecht und einer allgemein starken Regulierung erkennen wir automatisch mehr verbindliche Regeln für die Entsendung. Staaten mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen haben stärkere Instrumente zur Abdeckung der Arbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer als Länder, in

denen Tarifverhandlungen als Kollektivinstrumentarium nicht so weit verbreitet sind.

In einigen der Hauptkritikpunkte an den Entsendevorschriften wird ausdrücklich gesagt, dass die Richtlinie nur für Mitgliedstaaten verfasst wurde, die mit allgemeinverbindlichen Verträgen arbeiten. Berücksichtigt man die Erwägungen des Gesetzgebers in der ersten Phase des Gesetzgebungsverfahrens, stimmt das nicht. Ausgangspunkt bildete die Einhaltung des bestehenden Rechtsrahmens in allen Mitgliedstaaten; zu Beginn der Debatte standen die 12 Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, die später auf 15 Länder ausgeweitet wurde. Diese Staaten hatte eine gemeinsame Tradition: ein starkes Arbeitsrecht und/oder ein ausgefeiltes Tarifverhandlungssystem und Sozialpartnerschaften (mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs). In der vorherigen Studie stellte sich das Vereinigte Königreich (bei Abschluss der Richtlinie noch ohne Gesetzgebung über Mindestlöhne und -gehälter und mit Tarifverträge, die eher einem Gentleman's-Agreement ähnelten), im Vergleich zu den anderen 14 Mitgliedstaaten, die über einen Rechtsrahmen mit Tarifverhandlungen, die fast als 'Verfassungsrecht' galten, und/oder relativ umfangreiches Arbeitsrecht verfügten als Ausnahme heraus. Die Entstehung der Richtlinie ist auf die Einhaltung dieses Rechtsrahmens zurückzuführen, d. h. einschließlich des Tarifverhandlungsmodells.

Dies spiegelt sich teilweise in der Art und Weise wider, wie die Mitgliedstaaten die Richtlinie umgesetzt haben. So hat Irland beispielsweise einfach alle irischen Rechtsvorschriften für den Beschäftigungsschutz auf berechnete entsandte Arbeitnehmer ausgeweitet. Einen ähnlichen Ansatz gibt es in Belgien und Frankreich.

In Artikel 3.8 werden die Entsendevorschriften ganz eindeutig auf Umstände wie die in Dänemark und Schweden ausgeweitet, in denen Tarifverhandlungen als Grundsäule des Rahmens dienen und nach wie vor dienen. Dies wird durch die Tatsache bestätigt, dass sich tatsächlich (12 Jahre nach Abschluss der Richtlinie und dem verheerenden "Laval-Fall") beide Länder für die Anwendung von Artikel 3.8 entschieden haben.

Im Vergleich zu der in unserer vorherigen Studie untersuchten Situation, ist die Gesetzeslücke nach der EU-Erweiterung auf 27 Mitgliedstaaten noch größer geworden, so dass sich folglich ein noch breiteres Spektrum an Unterschieden in der Umsetzung und der eigentlichen Anwendung abzeichnet.

Ein Grundsatz des Europäischen Sozialmodells war die Einhaltung des äußerst ausgefeilten sozialpolitischen Rahmens in den EU-Mitgliedstaaten. Wie bereits oben angeführt beinhaltet dieser Rechtsrahmen ein Gleichgewicht zwischen Arbeitsrecht und Tarifverhandlungen, und da dieses Gleichgewicht von Land zu Land unterschiedlich ist, muss diese Verschiedenheit in der europäischen Sozialpolitik Rechnung getragen werden. Falls das EU-Recht die kollektive Dimension der tarifvertraglichen Ergebnisse innerhalb eines Hoheitsgebietes oder eines Industriezweigs vernachlässigt und Arbeitsbeziehungen auf EU-Recht reduziert auf Einzelverträge, bietet es eine günstige Gelegenheit für Arbeitgeber, die aus der europäischen Integration Profit schlagen wollen. Auf gar keinen Fall aber wird dadurch

die relative Schwäche der Erwerbstätigen umgekehrt, die im Wesentlichen in ihren Tarifverhandlungen und Kollektivmaßnahmen auf die nationalen Grenzen beschränkt bleiben.

Dies wurde bis zu einem gewissen Grad in Erwägung 12 des Textes der Entsenderichtlinie anerkannt:

Das Gemeinschaftsrecht hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die - auch nur vorübergehend - in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist. Das Gemeinschaftsrecht verbietet es den Mitgliedstaaten nicht, die Einhaltung dieser Bestimmungen mit angemessenen Mitteln sicherzustellen.

Im konkreten Fall der 27 Länder wird die Tradition der Tarifverhandlungen in einem wesentlichen Teil der EU-Mitgliedstaaten kaum als Instrument zur Festlegung verbindlicher Arbeitsbedingungen anerkannt. Auch wenn es Lippenbekenntnisse im Sozialdialog gibt, zeichnet sich nur ein schwaches Engagement für verfassungsrechtlich geschützte Tarifverhandlungen ab. Die problematische Vision des EuGH, gestützt von der Europäischen Kommission, dass Bestimmungen für Tarifverträge unabhängig von ihrem Inhalt nicht derart betrachtet werden können, dass sie unter die Definition von Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung fallen, wurde vom Rat noch nicht als Herausforderung angenommen. Das verdeutlicht eine Rückkehr zu der neoklassischen Sichtweise, dass das einzelstaatliche Recht die einzig legitime Form der arbeitsrechtlichen Verordnung ist (und in diesem Falle eine Bestätigung für die Sichtweise des EuGH, derzufolge das einzelstaatliche Recht an sich durch supranationales Recht begrenzt wird). Aus diesem Blickwinkel heraus gelten die Ergebnisse des Sozialdialogs und der Tarifverhandlungen nicht mehr als ausschlaggebend für den Schutz der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Ordnung eines jeden Landes. Der Vorrang der freien Erbringung von Dienstleistungen über die Rechte der Arbeitnehmer führt - unterstützt vom Vereinigten Königreich und einer Mehrheit der neuen Mitgliedstaaten - immer dann, wenn ein länderübergreifendes Element vorliegt, angesichts der mittelbaren Auswirkungen des EU-Rechts zu einer Verdrängung der nationalen Sozialmodellen. Die Frage, ob Tarifverhandlungen für eine tatsächliche und gerechte Funktionsweise des EU-Arbeitsmarktes ausschlaggebend sind, trifft den Kern der Debatte über die Nachhaltigkeit des europäischen Sozialmodells (Bercusson, 2007).

Die Entsenderichtlinie setzt sich ein für das Günstigkeitsprinzip. In Erwägung 17 wird benachdruckt, dass 'der festgeschriebene Mindestschutz nicht der Anwendung von Arbeitsbedingungen, die für die Arbeitnehmer günstiger sind, entgegenstehen darf', was auch in Artikel 3.7. erneut bekräftigt wird, wo geschrieben steht, dass die Entsendevorschriften 'der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht entgegenstehen'.

Der Ansatz der nationalen Sozialpartner im Baugewerbe in einigen Ländern bestand nach Verabschiedung der Entsenderichtlinie darin, die Arbeitsbedingungen in den Herkunfts- und Aufnahmestaaten zu vergleichen und jene anzuwenden, die für den einzelnen Arbeitnehmer günstiger waren. Die Sozialpartner in den Mitgliedstaaten nahmen bilaterale Gespräche zur Umsetzung dieses Grundsatzes auf. Die damaligen Beratungen, teilweise von der Europäischen Kommission finanziert, führten zur Unterzeichnung mehrerer Vereinbarungen zwischen den Sozialpartnern, Gewerkschaften und paritätischen Einrichtungen in Ländern mit regelmäßigen grenzüberschreitenden Tätigkeiten. Die Frage lautete wie, ausgehend von einer im europäischen Sozialdialog im Baugewerbe ausgesprochenen Empfehlung, die für den Arbeitnehmer jeweils günstigere Regelungen anzuwenden.

Der EuGH hat diesen Grundsatz im Laval-Fall aus dem Jahr 2007 (EuGH C-341/05) auf lediglich günstigere Bedingungen im Herkunftsland beschränkt. Noch mehr sogar wird betont dass Tarifverhandlungen als Methode zur Schaffung von Arbeitsnormen am Arbeitsplatz im Falle des freien Dienstleistungsverkehrs als Verstoß gegen den Vertrag betrachtet werden können, da sie die Freizügigkeit ausländischer Dienstleistungsanbieter infolge von 'Ungewissheit und mangelnder Transparenz' 'begrenzen'. Nicht nur kollektives Agieren, sondern auch Tarifverhandlungen entwickeln sich somit zu einer überproportionalen Methode zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen. Diese Position steht sicherlich im Widerspruch zur EU-Politik für den Sozialdialog.

Artikel 3.7 besagt nicht nur, dass die Anwendung von verbindlichen und zentralen Mindestbestimmungen (Absätze 1 bis 6) nicht der Anwendung von für die Arbeitnehmer günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen entgegenstehen sollen, sondern es wird auch ganz klar und deutlich gesagt: 'Entsendungszulagen gelten als Bestandteil des Mindestlohns, soweit sie nicht als Erstattung für infolge der Entsendung tatsächlich entstandene Kosten wie z. B. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten gezahlt werden.' Ein häufiger Missbrauch und Verstoß gegen die Entsendevorschriften ist die Veranschlagung von 'Verwaltungskosten, Unterbringungs- und Transportkosten' sowie sonstiger Lohnabzüge zu Lasten der Arbeitnehmer.

Laut Artikel 3.10 sind die Mitgliedstaaten befugt, zusätzliche allgemeinverbindliche Regeln vorzuschreiben. Sinn und Zweck ist die Gewährleistung der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung mittels der Anerkennung der *Ortsüblichkeit*. In der Richtlinie wurde also die Möglichkeit eingeräumt, auf nicht diskriminierende Art und Weise zusätzliche Beschäftigungsbedingungen vorzusehen, die als Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung gelten. Da die Richtlinie Anfang der 90er Jahre ausgehandelt wurde, beruhte der gemeinsame Begriff der zu Grunde liegenden Sozialpolitik eindeutig auf dem Grundsatz der 'Einheit in der Vielfalt'. In Artikel 3.10 ist eindeutig zu lesen, dass die Entsenderichtlinie nicht das Recht der Mitgliedstaaten berührt, unter Einhaltung des Vertrages für in- und ausländische Unternehmen in gleicher Weise Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für andere als die in Unterabsatz 1 von Artikel 3.1 aufgeführten Aspekte

vorzuschreiben, soweit es sich um Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung handelt.

Zwei Gerichtsfälle aus den 90ern Jahren scheinen diesen Gedanken zu bestätigen. Im Fall *Rush Portuguesa* (C-113/89, 1990) urteilte das EuGH, dass '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 unselbstständige Erwerbstätigkeit ausüben; ebenso wenig verbietet es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten, die Beachtung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen'. Im Fall *Arblade* (EuGH C-369/96, *Arblade et al.*, 1999) wird bestätigt, dass als öffentliches Ordnungsrecht eingestufte Bestimmungen jene sind, die für den Schutz der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Ordnung entscheidend sind.

Beide Aussagen wurden als Bestätigung für die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten betrachtet, den Rechtsrahmen zum Schutz eines jeden Arbeitnehmers (entsandt oder nicht), der seiner Berufstätigkeit im staatlichen Hoheitsgebiet nachgeht, festzulegen.

Den jüngsten Urteilen des EuGH zufolge ist die Vorschriftenliste in der Entsenderichtlinie über Lebens- und Arbeitsbedingungen als erschöpfend zu betrachten. Im *Luxemburg-Fall* (C-319/06, 2008) urteilte der EuGH, dass die verbindlichen einzelstaatlichen Regeln beruhend auf Artikel 3.10 und über die Liste der Mindestbestimmungen hinaus möglicherweise 'die freie Erbringung von Dienstleistungen' behindern könnten, da diese Vorschriften nicht 'für die Wahrung der politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Ordnung entscheidend' sind (Wortlaut aus dem Fall *Arblade*). Das Gericht fügt ferner hinzu, dass nicht in der erschöpfenden Liste der Entsenderichtlinie angeführte Regeln und Anforderungen innerhalb der Grenzen der Definition verbindlicher Vorschriften des Gesetzgebers zu beurteilen sind.

Der EuGH stützt diese Definition auf Erklärung Nr. 10 des Rates zu Richtlinie 96/71. Diese vom Rat und der Kommission anlässlich des Abschlusses der Richtlinie und zu Protokoll des Rates abgegebene Erklärung wurde nicht mit dem Europaparlament besprochen und bis 2003 nicht veröffentlicht. Dort ist zu lesen 'Der Ausdruck "Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung" sollte so aufgebaut sein, dass er jene verbindlichen Vorschriften abdeckt, von denen nicht abgewichen werden darf und die auf Grund ihrer Merkmale und Ziele die zwingenden Anforderungen des öffentlichen Interesses erfüllen' (Europäischer Rat, 1996). Der Auslegung des EuGH von Erklärung Nr. 10 zufolge, haben die Mitgliedstaaten nicht mehr das einseitige Recht über verbindliche Vorschriften zu befinden, die innerhalb ihres Hoheitsgebietes gelten, auch nicht, wenn mittels dieser verbindlichen Vorschriften bessere Bestimmungen für die betroffenen Arbeitnehmer gewährleistet würden. Durch Erklärung Nr. 10, so wie sie vom EuGH mit der Unterstützung der Europäischen Kommission angewandt wird, werden die verbindlichen Vorschriften derart beschränkt, dass die führenden Grundsätze der Entsenderichtlinie nicht mehr wirk-

sam sind. Durch das EuGH-Urteil wird eine Situation geschaffen, angesichts derer ausländische Dienstleistungsanbieter nicht mehr die verbindlichen Vorschriften zu erfüllen haben, die als zwingende Bestimmungen im einzelstaatlichen Recht gelten und deshalb von inländischen Dienstleistungsanbietern einzuhalten sind.

Mit dem Luxemburg-Fall haben die Kommission und der EuGH den Grundsatz verworfen, dass die Mitgliedstaaten über allgemeinverbindliche Vorschriften (oder Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung) befinden können, die in ihrem Hoheitsgebiet gelten, solange diese Regeln nicht zur Diskriminierung oder dem Schutz ihres Marktes führen. Das wirft natürlich die Frage auf, wer denn entscheiden kann, wenn nicht die Mitgliedstaaten? Dann gilt Europa nicht mehr als eine Einheit von Mitgliedstaaten mit offenen Märkten und gut definierten einzelstaatlichen sozialpolitischen Systemen ('Einheit in der Vielfalt'), sondern als einheitlicher Wirtschaftsblock mit einer klaren Hierarchie: Auf Grund der radikalen Auslegung des EuGH von Artikel 49 des Vertrages (nun Artikel 56 des Vertrages von Lissabon) wird jede einzelstaatliche verbindliche Vorschrift im gastgebenden Land im Prinzip zu einer Einschränkung für die freie Erbringung von Dienstleistungen.

2. Die Definition des Begriffs Entsendung, der Arbeitsvertrag und die zeitliche Begrenzung.

Auf den ersten Blick lässt sich die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen relativ klar definieren:

Wirklich entsandte Arbeitnehmer sind Arbeitnehmer, die bei einem real existierenden ausländischen Unternehmen/Arbeitgeber beschäftigt sind, der normalerweise in einem anderen Staat als dem Gastland ansässig ist, und die bezahlte Arbeit auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages für dieses Unternehmen/diesen Arbeitgeber leisten und vorübergehend auf Wunsch ihres Unternehmens/Arbeitgebers bezahlte Arbeit auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates erbringen. Die Tätigkeit ihres Unternehmens/Arbeitgebers beruht auf einem Handelsvertrag mit einem Auftraggeber oder Entleihunternehmen im gastgebenden Land im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

Diese im Wesentlichen auf Artikel 1.3 der Richtlinie beruhende Definition lässt sich in mehrere wichtige Elemente unterteilen. Diese werden in nachstehenden Absätzen beleuchtet:

- a. Vorausgesetzt wird das Bestehen eines Arbeitsvertrags in dem Herkunftsland (bzw. im Falle entsandter Selbstständiger die Weiterführung derselben wirtschaftlichen Betätigung). Entsandte Arbeitnehmer bilden Gegenstand eines direkten Arbeitsvertrages, der mit dem entsendenden Unternehmen/dem entsendenden Arbeitgeber in dem Herkunftsland unterzeichnet wurde.

- b. Das entsendende Unternehmen/ der entsendende Arbeitgeber ist eine echte Firma, die angemeldet und normalerweise ihrer Tätigkeit im Herkunftsland nachgeht. Das entsendende Unternehmen/der entsendende Arbeitgeber hat mit einem Nutzer/Auftraggeber in dem gastgebenden Land einen Handelsvertrag über die vorübergehende Erbringung von Dienstleistungen unterzeichnet. Die Erbringung von Dienstleistungen gilt somit für einen begrenzten Zeitraum.
- c. Der entsandte Arbeitnehmer soll auf Wunsch und unter Aufsicht des entsendenden Unternehmens/Arbeitgebers arbeiten. Entsandte Arbeitnehmer leisten bezahlte Arbeit im Rahmen der in dem Handelsvertrag zwischen dem entsendenden Unternehmen/Arbeitgeber und dem Nutzer/Auftraggeber schriftlich vereinbarten Dienstleistungen.

Obwohl die Klarheit auf die Richtlinie selbst zurückzuführen ist, haben die meisten der in unsere Untersuchungen einbezogenen Länder die Definition entsandter Arbeitnehmer nicht bis ins Detail in einzelstaatliches Recht übertragen. Sie verweisen lediglich auf die Definition in der Richtlinie.

Bestehen eines Arbeitsvertrages

Einer der problematischen Aspekte bei der Überwachung und Durchführung der Entsendung von Arbeitnehmern ergibt sich aus der Definition entsandter Arbeitnehmer und zwar geht es um die Frage des geltenden Arbeitsvertrages. Generell sind die Vorschriften in diesem Bereich im Übereinkommen von Rom festgelegt.

Dennoch steht in der Entsenderichtlinie in Erwägung 9 'Nach Artikel 6 Absatz 1 dieses Übereinkommens darf die Rechtswahl der Parteien nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer der Schutz entzogen wird, der ihm durch die zwingenden Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das nach Absatz 2 mangels einer Rechtswahl anzuwenden wäre'. Erwägung 10 erfolgt in Anlehnung an die Überlegung 'Nach Artikel 7 dieses Übereinkommens kann - zusammen mit dem für anwendbar erklärten Recht - den zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates, insbesondere des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer vorübergehend entsandt wird, Wirkung verliehen werden'. Genauer spezifiziert wird dies etwas weiter in Artikel 2.2 'Für die Zwecke dieser Richtlinie wird der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird'. Relevant ist natürlich die praktische Anwendung dieses Satzes. Inwieweit wird dieser Artikel angewandt? Und ist eine Überwachung machbar, erlaubt und tatsächlich vollziehbar?

Die meisten Mitgliedstaaten verwenden bei ihrer Umsetzung Definitionen wie 'ein entsandter Arbeitnehmer, dessen Arbeitsvertrag unter das Recht eines anderen Mitgliedstaats fällt'. In dem niederländischen Arbeitnehmerentsendegesetz WAGA ist beispielsweise in Art. 1 folgende Definition zu lesen: 'jemand, der vorübergehend in den Niederlanden arbeitet und dessen Arbeitsvertrag unter aus-

ländisches Recht fällt'. Andere Länder (wie Irland) verweisen gar nicht auf das Bestehen eines Arbeitsvertrages im Herkunftsland. Die Überwachung ist dann fast unmöglich und die Überprüfung der Wahrung der Ordnungsmäßigkeit bzw. der Fortsetzung der Arbeitsbeziehungen in dem Herkunftsland ist häufig nicht möglich. Dennoch meldet die Gewerbeaufsicht als einen der geläufigsten Verstöße das Fehlen einzelner Arbeitsverträge. Die Tatsache, dass der Arbeitsvertrag in einem anderen Staat unterzeichnet wurde, bietet einigen Arbeitgebern die Möglichkeit, die zwingenden Bestimmungen des nationalen Arbeitsrechts und anderer geltender Gesetze und Vorschriften zu ignorieren. In dem rumänischen Bericht wird darauf hingewiesen, dass Arbeitgeber die Meinung vertreten, dass laut Gesetz keine zusätzlichen Pflichten gegenüber entsandten Arbeitnehmern bestehen.

Das deutsche Entsendegesetz beruht auf der Philosophie eines Arbeitsverhältnisses im Herkunftsland 'bevor und danach' und zwar mit einem echten Unternehmen, das seiner gewohnten Tätigkeit in dem entsendenden Land nachgeht. Die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der ausschließlichen Vermittlung von Arbeitskräften bzw. als 'Briefkastenfirma' ist mit dieser Philosophie nicht vereinbar. Vorschriften über die Entsendung von Arbeitnehmern in Norwegen gelten für Fälle, in denen ausländische Unternehmen Arbeitnehmer im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen nach Norwegen entsenden, vorausgesetzt, es besteht ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem ausländischen Unternehmen und dem entsandten Arbeitnehmer während der Dauer der Entsendung. Mitarbeiter der Gewerbeaufsicht in Spanien sind angewiesen, die Art des Beschäftigungsverhältnisses der entsandten Arbeitnehmer zu überprüfen. Im spanischen (und portugiesischen) Recht muss ein nach Spanien entsandter Arbeitnehmer vor der Entsendung und in seinem Herkunftsland unter Vertrag sein. Ein entsandter Arbeitnehmer muss nicht zwangsläufig über einen schriftlichen Arbeitsvertrag verfügen (außer – laut portugiesischem Recht – im Falle eines von einer Leiharbeitsfirma eingestellten Arbeitnehmers, von Leiharbeitern, Teilzeitarbeitnehmern und Drittstaatsangehörigen). Zudem müssen gemäß dem portugiesischen und im Februar 2009 verabschiedeten Arbeitsgesetzbuch zur Umsetzung von Richtlinie 91/553/EWG (1991) des Rates alle Arbeitnehmer, die über einen Monat entsandt werden, schriftliche Zusatzinformationen über die Entsendung erhalten, einschließlich der veranschlagten Dauer, der Gehaltswahrung, des Zugangs zu medizinischer Versorgung usw. Die Nichterfüllung dieser Anforderung gilt in Portugal als schwerwiegender Verstoß gegen das Arbeitsrecht. Die spanische Gewerbeaufsicht fühlt sich im Hinblick auf die Überprüfung der Einhaltung des spanischen Entsendegesetzes dazu verpflichtet und dafür zuständig, den Beschäftigungsstatus des entsandten Arbeitnehmers zu kontrollieren. Sie wendet beispielsweise in Bezug auf die Definition eines Arbeitnehmers, des Bestehens eines vorherigen Vertrages und die Fortsetzung eines Beschäftigungsverhältnisses während der Entsendung spanische Vorschriften an.

Die ausdrückliche Umsetzung eines bestehenden laufenden Arbeitsvertrages wird häufig nur für die Entsendung über Leiharbeitsfirmen geregelt. In der italie-

nischen Gesetzesverordnung steht, dass Leiharbeitsfirmen mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat als Italien, die einem Auftraggeber an dessen eigenen Standort oder an dessen eigene Abteilung in Italien einen Arbeitnehmer entsenden, den Bestimmungen im Gesetz vom 24. Juni 1997 über die "Normen zur Förderung von Beschäftigung" und den anschließenden Änderungen unterliegen. Voraussetzung ist, dass über den Zeitraum der Erbringung auch weiterhin ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und dem Unternehmen besteht, das die Leiharbeit anbietet. Das italienische Recht ist zudem im Falle von Nicht-EU-Unternehmen strikter: Das Bestehen des ausländischen Unternehmens ist ebenso zu überprüfen wie die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, für die eine Arbeitserlaubnis erforderlich ist und bei denen die entsprechenden von dem italienischen Leihunternehmen beizubringenden Papiere überprüft werden. Im französischen Entsendegesetz wird die Arbeitsvertragspflicht im dritten Entsendungstyp angegeben, wo geschrieben steht, dass eine Leiharbeitsfirma mit Sitz außerhalb Frankreichs Arbeitnehmer entsenden darf, vorausgesetzt, es besteht ein Arbeitsvertrag zwischen der Leiharbeitsfirma und das Arbeitsverhältnis wird auch während der Entsendungsdauer fortgesetzt.

Die in den Erwägungen und in Artikel 2.2 angeführten Begriffe hat das EuGH bislang vollständig vernachlässigt, insbesondere in jenen Fällen, in denen das Gericht die Zuständigkeit für die Überprüfung eines bestehenden Arbeitsvertrages ausschließlich dem Herkunftsland überließ. Das Land, in dem die Arbeit verrichtet wird, hängt bei diesen Informationen von der Zusammenarbeit des Herkunftslandes ab. Eine Antwort auf Auskunftsanträge kann eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen, so dass der Arbeitgeber und der entsandte Arbeitnehmer dann oft schon verschwunden sind. Dadurch wird die systematische und effektive Überwachung in dem gastgebenden Land zur Illusion. Die Europäische Kommission scheint zu erkennen, dass diese Stellung des EuGH im Widerspruch zur grundlegenden Philosophie der Entsenderichtlinie steht. Dies ist der Grund, warum die Kommission ein Formular erstellt hat, mit Hilfe dessen Auskunftsanträge durchorganisiert werden könnten (Europäische Kommission, 2007b). Dieses Verfahren ist jedoch unverbindlich; die zuständige Behörde (in dem Aufnahmeland) 'wäre dankbar, wenn' die zuständige Behörde in dem Herkunftsland Informationen über den entsandten Arbeitnehmer liefern könnte. Mit dem Formular kann die zuständige Behörde derartige Auskünfte innerhalb der in dem Leitfaden für Kooperationsstandards vorgesehenen Frist anfordern.

Im Hinblick auf den Arbeitsvertrag kann, wie in Spanien, auf eine andere Richtlinie hingewiesen werden, Richtlinie 91/533/EWG (siehe Kasten). Die in der Richtlinie genannte Dokumentation über die Pflicht eines Arbeitgebers, den Arbeitnehmer über die für das Vertrags- bzw. Beschäftigungsverhältnis geltenden Bedingungen zu unterrichten (ein schriftlicher Arbeitsvertrag und/oder ein Anstellungsschreiben und/oder ein oder mehrere schriftliche Dokumente), ist dem Formular beizufügen.

Richtlinie 91/533/EWG sieht keinerlei Einschränkungen bezüglich der Kontrolle dieser Dokumente vor. Sie besagt in der Tat nur, dass der Arbeitnehmer vor der Abreise im Besitz der erforderlichen Unterlagen sein muss. Hat der Arbeitgeber die erforderlichen Unterlagen nicht bereitgestellt, gilt dies bereits als **Verstoß gegen die Vorschriften**. Eine legitime Schlussfolgerung wäre somit, dass bei Nichteinhaltung von Richtlinie 91/533/EWG Artikel 6.2 des Übereinkommens von Rom Anwendung finden kann (da sich 'aus den Umständen insgesamt ergibt, dass der Vertrag in einem engeren Zusammenhang zu einem anderen Land steht, in welchem Fall der Vertrag unter das Recht dieses Staates fallen sollte'). Folglich würde die Zuständigkeit des gastgebenden Landes, Untersuchungen und Kontrollen durchzuführen, an Bedeutung gewinnen.

Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen

Amtsblatt L 288 , 18/10/1991 S. 0032 - 0035

Artikel 4

Im Ausland tätiger Arbeitnehmer

1. Muss der Arbeitnehmer seine Arbeit in einem oder mehreren anderen Ländern als dem Mitgliedstaat ausüben, dessen Rechtsvorschriften und/oder Praxis der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis unterliegt, so müssen das oder die in Artikel 3 genannten Dokumente vor der Abreise des Arbeitnehmers in dessen Besitz sein und wenigstens folgende zusätzliche Angaben enthalten:

- (a) Dauer der im Ausland ausgeübten Arbeit,
- (b) Währung, in der das Arbeitsentgelt ausgezahlt wird,
- (c) gegebenenfalls die mit dem Auslandsaufenthalt verbundenen Vorteile in Geld und in Naturalien,
- (d) gegebenenfalls die Bedingungen für die Rückführung des Arbeitnehmers.

Im Luxemburg-Fall (C-319/06, 2008) hat das EuGH Richtlinie 91/533/EWG völlig außer Acht gelassen. Laut EuGH obliegen die Kontrolle der Einhaltung und die Durchführung ausschließlich dem Herkunftsland. Dies ist wahrscheinlich der Grund, warum einer unserer Informanten Richtlinie 91/533/EWG als die in der EU am schlechtesten umgesetzte Richtlinie bezeichnete.

Vorübergehende Dienstleistungserbringung durch ein echtes Unternehmen

Das entsendende Unternehmen/der entsendende Arbeitgeber ist ein echtes Unternehmen, das angemeldet und üblicherweise dem wesentlichen Teil seiner Tätigkeit in dem Herkunftsland nachgeht. Die zeitlich begrenzten Aktivitäten werden im Rahmen eines Handelsvertrags über die vorübergehende Erbringung von Dienstleistungen in dem gastgebenden Land erbracht. Es muss ein öffentlicher oder privater Vertrag zwischen dem Entleihunternehmen und dem ausländischen

Dienstleistungsanbieter bestehen. Dieser Vertrag beruht womöglich auf der Gesetzgebung des Landes, in dem der Auftrag erfüllt wird. Gesetzlich in einem solchen Fall gelten die Gesetze über die Untervergabe und gesamtschuldnerische Haftung des Aufnahmelandes. Die Erbringung von Dienstleistungen gilt für einen begrenzten Zeitraum und der entsandte Arbeitnehmer leistet im Auftrag und unter der Leitung des entsendenden Unternehmens/Arbeitgebers bezahlte Arbeit im Rahmen der gewünschten Dienstleistungen.

In einigen Ländern wird auf diese Bedingung hingewiesen: So müssen beispielsweise außerhalb Frankreichs ansässige Arbeitgeber in ihrem Herkunftsland erhebliche Geschäfte tätigen, um ihre Arbeitnehmer als entsandte Arbeitnehmer nach Frankreich entsenden zu dürfen. Stellt sich heraus, dass der Dienstleistungsanbieter regelmäßige, dauerhafte und laufende Geschäfte in Frankreich tätigt, so muss er sich dort niederlassen und seine Arbeitnehmer allen Regeln des Arbeitsgesetzbuches unterziehen.

In einigen Ländern wird auch explizit in der Umsetzung der Richtlinie darauf hingewiesen, dass eine Entsendung mit dem ausschließlichen Ziel der Bereitstellung billiger Arbeitskräfte nicht zulässig ist. Wir haben jedoch keinen Nachweis über eine ernsthafte Vollstreckung dieser Regel gefunden.

Der begrenzte Zeitraum hat eine Reihe von Problemen aufgeworfen, so zum Beispiel die Pflicht in Portugal, eine schriftliche Vereinbarung bezüglich der Entsendebedingungen einschließlich der Dauer, vorzuweisen, Bedingungen, die nur selten erfüllt und vom portugiesischen Gewerbeaufsichtsamt nicht aktiv vollzogen werden.

In jüngsten Arbeitsdokumenten hat die EK versucht, nicht erschöpfende Kriterien für wesentliche Teile der Tätigkeiten in dem entsendenden Staat festzulegen. Wichtig sind der Ort des gemeldeten Büros und der Verwaltung des entsendenden Unternehmens, die Anzahl der (Verwaltungs-) Mitarbeiter im Entsende- und Aufnahmeland (wo angesichts der ausschließlichen Präsenz von Verwaltungsmitarbeitern in dem Entsendeland die Anwendbarkeit der Entsendevorschriften ausgeschlossen werden sollte), der Einstellungsort, das geltende Recht für den Vertrag mit dem Entleihunternehmen und der Ort, an dem die Mehrheit der Verträge mit Auftraggebern geschlossen werden, die Anzahl Verträge in beiden Staaten, der erwirtschaftete Umsatz und die Niederlassungsdauer in dem Entsendeland.

Die Strategie der Europäischen Kommission wird jedoch im Allgemeinen mit Blick auf die Umsetzung der Entsenderichtlinie durch Vertragsverletzungsverfahren mit dem Ziel beherrscht, jegliche Melde- und Anmeldepflicht für den Dienstleistungsanbieter und den betroffenen Arbeitnehmer aufzuheben. Insofern eine Überwachung zulässig ist, ist diese vom Herkunftsland zu gewährleisten.

Der Bausektor ist für seine Probleme mit komplexen Untervergabernetzwerken nur allzu gut bekannt. In länderübergreifenden Situationen erweist sich dies als ein noch größeres Problem. Da die Zuständigkeit für die Überprüfung der Frage, ob ein Unternehmen wahrhaftig besteht, beim Herkunftsland liegt sind die Möglichkeiten für die Gastländer die Pflichten zwischen den Vertragsparteien

zu kontrollieren sehr schwach. Ein Meldeverfahren über die Erbringung von Dienstleistungen ist nicht weit verbreitet. In den besten Fällen müssen sich Unternehmen, die Dienstleistungen anbieten möchten, sich bekanntmachen.

Die Unterordnung bei der Ausführung

Die Formulierung 'In ihrem Namen und unter ihrer Leitung' entsenden (in Artikel 1.3 der Richtlinie) lässt eine unmittelbare Unterordnung bei der Ausführung der Aufgaben zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und dem entsendenden ausländischen Dienstleistungsanbieter erkennen. Dieser Begriff reicht somit weit über die Einstellungsverantwortung hinaus. Was passiert, wenn der Dienstleistungsanbieter während der Erfüllung gänzlich abwesend ist?

In diesem Bereich sind weitere zusätzliche Kriterien von Bedeutung. Es muss offensichtlich sein, dass der Vertrag auch während der Dauer der Entsendung gilt und zwar mit Bedingungen, die noch auf das Einstellungsverfahren zurückzuführen sind. Die Vergütungspflicht verbleibt ebenfalls beim entsendenden Unternehmen. Disziplinarverfahren oder gar Entlassungen und die damit einhergehenden Verantwortlichkeiten und Pflichten obliegen ausschließlich dem entsendenden Unternehmen. Und es ist auch das entsendende Unternehmen, das über die Art der durchzuführenden Arbeit entscheidet.

Es ist schwierig, in unseren Länderberichten Nachweise darüber zu finden, dass diese Kriterien auch wirklich systematisch angewandt werden. In einigen Ländern verlieren die Entsendevorschriften jegliche gesetzliche Grundlage in Fällen, in denen der Arbeitnehmer einem Arbeitsvertrag mit dem Entleihunternehmen zugestimmt hat. Wir haben ebenfalls Fälle vorgefunden, in denen die Richter zu dem Schluss kamen, dass die zum Zeitpunkt der Einstellung vereinbarten Bedingungen nicht mehr erfüllt wurden. Im Vereinigten Königreich kam das Arbeitsgericht beispielsweise zu dem Schluss, dass eine Umstellung des Status von entsandten Arbeitnehmern auf Selbstständige nicht zulässig ist, da 'die Art des Verhältnisses die Erkenntnis rechtfertigt, dass ein Arbeitsvertrag zwischen der Agentur und dem Arbeitnehmer bestand'. Die Wanderarbeitnehmer hatten in Polen mit der Agentur vereinbart, dass sie Arbeit für sie finden würde. Anschließend reisten sie ins Vereinigte Königreich und wurden von der Arbeitsvermittlungsfirma zusammen mit anderen polnischen Arbeitnehmern in einer Herberge untergebracht. Sie unterzeichneten Verträge mit der Firma und nahmen ihre Arbeit auf. Wöchentlich bekamen sie rund £ 56,- für Unterkunft und Reinigungsarbeiten vom Gehalt abgezogen. Die Rechtsanwälte der Arbeitsvermittlungsfirma behaupteten, die Polen hätten zeitgleich mit ihren Verträgen ein separates Dokument mit dem Titel 'Being Self-Employed - what it means' (Was bedeutet es, selbstständig zu sein) ausgehändigt bekommen. Das Gericht kam jedoch zu dem Schluss, das Dokument sei nach Unterzeichnung der Verträge bereitgestellt worden und ohnehin als solches nicht als Abänderung der Verträge zu betrachten (Cremers, 2007).

In bestimmten Ländern prüft die Gewerbeaufsicht, ob ein ordnungsgemäßer Arbeitsvertrag vorliegt, die Entsendung von Arbeitnehmern zeitlich begrenzt

ist und sie dem Entsendeunternehmen unterstehen. Das Fallrecht kommt in diesem Bereich allerdings eher selten vor. In den meisten Fällen tritt die Gewerbeaufsicht als Mittler ein bzw. werden Bußgelder verhängt. Die Aussage in dem belgischen Bericht ist für unsere Erkenntnisse stellvertretend: Stellen Sozialinspektoren Verstöße fest, ist ihr oberstes Bestreben, diese illegale (nicht ordnungsgemäße) Situation zu beheben. Anstatt das Gericht über jegliche Verstöße zu unterrichten, indem ein formeller Bericht verfasst wird, ziehen sie es gegebenenfalls vor, den Arbeitgeber abzumahnern und eine Frist zur Berichtigung der Lage festzusetzen.

3. Registrierungs- und Anmeldefragen und das Organisieren der Entsendung

Da die Richtlinie Anfang der 90er verabschiedet wurde, war noch nicht vorhersehbar, welche Auswirkungen die Erweiterung 2004 um die neuen Mitgliedstaaten haben würde, von denen die meisten von Regierungen mit wenig (oder gar keinem) Engagement in Tarifverhandlungen geführt werden. Eine zweite Entwicklung, die nicht ganz so offensichtlich war wie jetzt, ist die Intensivierung der Untervergabe und des Outsourcings. Damals gab es noch keine Regulierungsinstrumente, um sich dieses Problems im Falle von Missbräuchen (wie die Haftung in der Kette oder Einschränkungen für die ausschließliche Untervergabe in Bezug auf Arbeitskräfte) anzunehmen, was sich in den meisten Ländern auch heute nicht geändert hat. Beide Entwicklungen hatten erhebliche Auswirkungen auf die Art und Weise, wie die Entsendung tatsächlich organisiert wird, und einige Länder haben auf diesen Wandel im organisatorischen Umfeld reagiert. Die Länderberichte liefern uns ein vollständiges Spektrum, das von sehr gut geregelten und ausgefeilten systematischen (e-basierten) Anmeldungen bis hin zur kompletten Ermangelung an Melde- und Anmeldeverfahren reicht.

Die Anmeldung entsandter Arbeitnehmer in **Belgien** erfolgt mittels einer verbindlichen LIMOSA-Erklärung. LIMOSA wurde als Vorbereitung auf die Öffnung des belgischen Arbeitsmarktes am 1. Mai 2009 für Arbeitnehmer eingerichtet, die aus den neuen EU-Mitgliedstaaten stammen. Die Arbeitgeber entsandter Arbeitnehmer müssen angeben, wie lange die Tätigkeit voraussichtlich dauern wird. Dauert sie länger als der angegebene Zeitraum, ist eine neue Erklärung erforderlich. Die LIMOSA-Erklärung ist für alle Arbeitnehmer, Selbstständige und (selbstständige) Auszubildende Pflicht, die vorübergehend zum Arbeiten nach Belgien kommen bzw. die im Prinzip teilweise nicht der belgischen Sozialversicherung unterliegen. Das Entsendeunternehmen hat die Identifikationsdaten des Arbeitnehmers, des Arbeitgebers und des belgischen Kunden bzw. Auftraggebers zu melden, ebenso wie Beginn, Ende und Art der Dienstleistung bzw. den Wirtschaftssektor, den Ort, an dem der Tätigkeit nachgegangen wird, die wöchentlichen Arbeitsstunden und den Zeitplan für den Arbeitnehmer. Unter gewissen Umständen oder bei bestimmten Aktivitäten ist eine Ausnahme von der Pflichterklä-

rung möglich. Entsandte Arbeitnehmer benötigen eine gültige E101-Bescheinigung, die von der Sozialversicherung des Entsendelandes ausgestellt wird. Leiharbeitsfirmen müssen eine Bescheinigung vorweisen, um sicherzustellen, dass sie über ausreichend Sicherheiten verfügen, die Arbeiten auszuführen.

In **Spanien** sind die Unternehmen verpflichtet, die Behörden über jegliche Entsendungen, die länger als eine Woche dauern, zu unterrichten und die erforderlichen Daten bereitzustellen. Die Vollstreckung ist jedoch strukturell dezentralisiert und die Verantwortlichkeiten zerstückelt und es gibt Bedenken, dass nicht alle regionalen Arbeitsbehörden über die Aufzeichnung aller Meldungen der Entsendeunternehmen in ihrem Hoheitsgebiet in Kenntnis sind bzw. sich daran halten. Spanien hat ein interessantes neues Instrument eingesetzt: *Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción*, das Gesetz zur Regulierung der Untervergabe im Baugewerbe. Das oberste Ziel des eingeführten Gesetzes steht ganz im Zeichen des "öffentlichen Interesses", nämlich der Verbesserung des negativen Arbeitsschutzstandes in diesem Industriezweig. Dabei werden die Qualität von Bauunternehmen und der Beschäftigung angesprochen (Festlegung von Grenzwerten für den Anteil der Leiharbeiter in einem Unternehmen, Schulungsanforderungen und wirtschaftliche Anforderungen für Auftragnehmer usw.), ebenso wie die Probleme im Zusammenhang mit dem umfangreichen Zurückgreifen auf die Untervergabekette im Baugewerbe (Byrne, 2000 und Vargas, 2008). Am wichtigsten aber ist, dass laut Gesetz mit Ausnahme streng begrenzter Umstände Ketten mit mehr als 3 Verbindungen untersagt sind. Laut Gesetz müssen alle Standorte ein Untervergabebuch führen und allen interessierten Parteien zur Verfügung stellen, in dem sämtliche Untervergabevereinbarungen, Aufgaben und betroffenen Unternehmen aufgeführt sind. Ferner wird per Gesetz von allen in Spanien tätigen Bauunternehmen gefordert, einschließlich jener, die im Ausland ansässig sind und Arbeitnehmer entsenden, sich im von den regionalen Arbeitsbehörden eingerichteten *Registro de Empresas Acreditadas* (REA) anzumelden. Die Anmeldung ist online möglich und hat, nachdem sie in einer Region erfolgt ist, landesweit Gültigkeit. Dazu müssen die Unternehmen die entsprechenden Dokumente mit den Angaben zu ihrer gesetzmäßigen Gründung, ihrer Zahlungsfähigkeit, der Organisationsstruktur und der Einhaltung des Arbeitsschutzrechts vorlegen. Was unter diesem Gesetz ganz wichtig ist, ist, dass wenn ein Unterlieferant nicht ordnungsgemäß gemeldet ist, der Hauptauftragnehmer die gemeinsame Haftung für die Beschäftigungs- und Sozialversicherungspflichten des Unterlieferanten trägt (z. B. für unbezahlte Lohn- oder Sozialversicherungsabgaben).

Im spanischen Tarifvertrag 2007-2011 wurde die *Tarjeta Profesional de la Construcción* (TPC) eingeführt, die in Artikel 10 von Gesetz 32/2006 erwähnt wird. Mit dieser personenbezogenen Magnetkarte, die von der zweiteiligen *Fundación Laboral de la Construcción* (FLC) verwaltet und genehmigt wird, ist es einzelnen Bauarbeitern möglich, ihren Berufsstatus, ihr sektorales Beschäftigungsverzeichnis und Arbeitsschutzschulungen nachzuweisen. Alle Arbeitnehmer, die bereits an einem

achtstündigen Grundkurs in Arbeitsschutzfragen teilgenommen haben, sind berechtigt, eine Karte zu beantragen; bis 1. Januar 2012 wird sie für alle Arbeitnehmer auf spanischen Baustellen Pflicht sein (<http://www.trabajoenconstruccion.com/web/home.asp>).

Gemäß dem **norwegischen** Steuerbewertungsrecht müssen Unternehmen und öffentliche Organe den Steuerbehörden Informationen über Verträge bzw. Zulieferungsverträge erteilen, die auf Baustellen und im Rahmen von Montagearbeiten in Norwegen ausgeführt werden, wenn es sich bei dem Auftragnehmer um ein im Ausland ansässiges Unternehmen oder eine im Ausland ansässige Person handelt. Sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer müssen Informationen über den Auftragnehmer und die Arbeitnehmer bereitstellen, die den Auftrag erfüllen. Die Auskünfte über Auftragnehmer und Arbeitnehmer sind der Zentralsteuerbehörde (SFU) auf Sonderformularen zu erteilen. Die Informationen müssen so schnell wie möglich bereitgestellt werden und auf keinen Fall später als 14 Tage nach Aufnahme der Arbeiten bzw. des Auftrags. Dies gilt sowohl für die Meldung von Aufträgen als auch von Arbeitnehmern. Bis Oktober 2004 galt diese Sonderpflicht zur Bereitstellung von Informationen über ausländische Auftragnehmer und ausländische Arbeitnehmer nur im Falle von Aufträgen auf dem norwegischen Küstenflachmeer sowie Aufträge auf Baustellen und über Montagearbeiten in Norwegen. Seit Oktober 2004 wurde der Auskunftspflicht über Aufträge Allgemeingültigkeit verliehen, so dass es mittlerweile Pflicht ist, über sämtliche Einsätze Bericht zu erstatten, wobei nach Aussagen der Steuerbehörden die meisten Meldungen nach wie vor mit dem Bausektor zu tun haben.

Wie Norwegen hat auch die **Schweiz** Entsendevorschriften umgesetzt. Im Schweizer Fall soll damit einem bilateralen Abkommen zwischen der EU und der Schweiz Rechnung getragen werden. Entsendeunternehmen und deren Arbeitnehmer stammen vorwiegend aus Nachbarstaaten wie Deutschland, Italien, Frankreich und Österreich. Entsendeunternehmen unterliegen der Anmeldepflicht. In dem Anmeldeformular sind Angaben zum entsendenden Unternehmen, der Dauer der Entsendung, dem Ort und dem Zweck der Entsendung, zur Anschrift in der Schweiz, persönliche Angaben über den entsandten Arbeitnehmer und seine Funktion zu machen. Die Gewerkschaften wollten, dass auch die Arbeitsbedingungen eingetragen werden. Die Anmeldung hat eine Woche vor Aufnahme der Tätigkeit zu erfolgen. Bei Nichteinhaltung dieser Frist wird der Starttermin um eine Woche nach hinten verschoben.

Vor dem eigentlichen Beginn müssen ausländische Dienstleistungsanbieter, die mit entsandten Arbeitnehmern auf **französischem** Hoheitsgebiet Dienstleistungen erbringen möchten, eine Erklärung in französischer Sprache abgeben und zwar beim Gewerbeaufsichtsamt, an dessen Ort die Arbeiten verrichtet werden (bzw. dem ersten Ort, falls die Arbeiten an mehreren Orten erfüllt werden). Die Erklärung ist per Einschreiben mit Rückschein, Fax oder E-Mail zuzustellen. Diese Vorabklärung sollte unter anderem Auskünfte über den Arbeitgeber (Meldenummer im Herkunftsland, gesetzlicher Status und Hauptgeschäftsfeld) so-

wie die Identität des Unternehmensvertreters in Frankreich, den Ort (Anschrift), an dem die Arbeiten verrichtet werden sollen, die Dauer und die Arbeitszeiten enthalten. Ebenfalls anzugeben sind Namen und Staatsangehörigkeit der entsandten Arbeitnehmer, ihre Qualifikationen und das Gesamtgehalt, die Zeiträume und die Positionen, für die sie eingestellt wurden. Dennoch steht im Grignon-Bericht, der 2006 im Auftrag des Wirtschaftsausschusses des französischen Senats verfasst wurde, dass mindestens 80 % der entsandten Arbeitnehmer keiner vorherigen Meldepflicht unterliegen, weshalb ihre Identität und ihre Arbeitsstätte den zuständigen französischen Verwaltungs- und Kontrollbehörden unbekannt bleiben.

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz in **Deutschland** sieht in Paragraph 18 vor, dass Meldepflicht im Falle einer Entsendung besteht und die damit verbundenen Verfahren und Auskünfte gelten. Die Meldebehörde ist die zuständige Behörde der Zollverwaltung. SOKA-BAU in Wiesbaden wird vorab in Kenntnis gesetzt.

Arbeitgeber, die EU-entsandte Arbeitnehmer nach **Rumänien** bringen, müssen der territorialen Gewerbeaufsicht (ITM), in deren Hoheitsgebiet die Arbeiten verrichtet werden, mindestens 5 Tage vor Aufnahme der Tätigkeit auf rumänischem Hoheitsgebiet, spätestens aber am ersten Tag der Tätigkeit eine Meldung über die Arbeitnehmerentsendung zukommen lassen. Sämtliche Informationen über die Entsendung, d. h. Starttermin, Zweck und Dauer der Entsendung werden dem territorialen Gewerbeaufsichtsamt zugestellt.

In **Irland** gibt es keine verbindlichen Erklärungen für EU-Arbeitnehmer, die vorübergehend zum Arbeiten nach Irland entsandt werden. Arbeitgeber sollten sich beim Finanzamt anmelden (wobei sie weiterhin Steuern in ihrem Heimatland entrichten können, insofern sie über ein E101/A1-Formular verfügen). Alle Arbeitgeber sind aufgefordert, der Arbeitsschutzbehörde (HSA) mitzuteilen, wenn Arbeiten auf einer neuen Baustelle aufgenommen werden. Bei der zuständigen irischen Behörde DETI gehen in Wirklichkeit jedoch nur äußerst wenige Mitteilungen von Entsendeunternehmen ein (es wurde berichtet, dass in den vergangenen 3 Jahren weniger als 12 Anträge verzeichnet wurden). Ähnlich scheint es, dass die irischen Behörden in diesem Zeitraum so gut wie keine Auskunftsanträge bei den zuständigen Institutionen in anderen Mitgliedstaaten gestellt haben.

Im **Vereinigten Königreich** müssen sich entsandte Arbeitnehmer nicht beim Arbeitnehmermeldesystem (WRS) anmelden. Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in die **Niederlande** entsenden möchten, müssen dies nicht melden und gleichermaßen besteht keinerlei Meldepflicht für ausländische Unternehmen bei den **schwedischen** Behörden. Auch in **Italien** gibt es keine spezifischen Anforderungen an Verwaltungsbehörden und es gelten keine Meldeverfahren für die Entsendung von Arbeitnehmern.

4. Fakten und Zahlen

Die auf Europäischer Ebene verfügbaren Daten zeigen, dass der Anteil entsandter Arbeitnehmer rund 0,4 Prozent der Erwerbstätigen in der EU ausmacht, knapp eine Million Arbeitnehmer. Die Europäische Kommission hat die Mitgliedstaaten mit den meisten entsandten Arbeitnehmern auf ihrem Hoheitsgebiet (Deutschland, Frankreich, Luxemburg, Belgien und die Niederlande) und die Staaten, die eine große Anzahl Arbeitnehmer entsenden (Frankreich, Polen, Deutschland, Belgien, die Niederlande und Portugal) identifiziert. Die Zahlen beruhen auf der Anzahl der E101/A1-Bescheinigungen, die von den Sozialversicherungen der Entsendeländer für jede Entsendung bis zu 12 Monaten ausgestellt werden. Die relativ niedrige Zahl wird häufig als Argument gegen jegliche Form von Regulierung angeführt. Der EK zufolge überschreitet die wirtschaftliche Bedeutung der Entsendung bei weitem ihre quantitative Größe, da sie in bestimmten Sektoren eine ausgleichende Rolle bei der Füllung kurzfristiger Deckungslücken am Arbeitsmarkt (wie im Baugewerbe und Speditionswesen) oder in bestimmten Berufen (EK, 2007a) spielen kann.

Die wichtigsten Entsendeländer liefern keine Aufteilung nach Wirtschaftsaktivität. Daher sind Schlüsse über die Verteilung entsandter Arbeitnehmer nach Wirtschaftssektoren eher schwierig. Die Hälfte der ausgestellten E101-Bescheinigungen gilt für Aktivitäten im Dienstleistungssektor, insbesondere im Speditionswesen, der Finanzintermediation und Geschäftstätigkeiten. Rund 46 % der Bescheinigungen werden für industrielle Tätigkeiten ausgestellt, von denen über die Hälfte auf das Baugewerbe entfallen.

Beleuchten wir das Phänomen eingehender, kommen wir jedoch zwangsläufig zu dem Schluss, dass die Konzentration entsandter Arbeitnehmer in den unteren Stufen unserer Arbeitsmärkte und in spezifischen Regionen, Segmenten und Sektoren erhebliche Risiken bergen kann (Wettbewerbsverzerrung, Untergrabung von Arbeitnehmerrechten und verbindlichen Vorschriften). Die Beschäftigungsbedingungen, insbesondere die Löhne, die entsandten Arbeitnehmern angeboten werden, können – insofern sie keiner ordnungsgemäßen Kontrolle und Durchführung unterliegen – gegebenenfalls die gesetzlich festgelegten oder im Rahmen allgemeingültiger Tarifverträge ausgehandelten Mindestbedingungen untergraben. Die EK gibt zu, dass wenn es in großem Maßstab zu solchen Divergenzen kommt, dies die Organisation und Funktionsweise der lokalen Arbeitsmärkte untergraben kann (EK, 2008a).

Die Mitgliedstaaten verlassen sich auf die Entsendezahlen der Sozialversicherung und verweisen auf die Statistiken der EK. **Ohne Anmeldepflicht** sind keine zusätzlichen Informationen verfügbar. Nachstehende Beispiele belegen dies.

Sind ausländische Unternehmen nicht verpflichtet, den Behörden oder Gewerkschaften ihre Anwesenheit zu melden, ist es in **Schweden** äußerst schwierig, irgendwelche Zahlen über die Anzahl entsandter Arbeitnehmer zu finden, und ne-

ben den Daten der Europäische Kommission stehen keinerlei offizielle Zahlen zur Verfügung.

Im **Vereinigten Königreich** gibt es keine direkten Verwaltungs- oder sonstigen Daten über entsandte Arbeitnehmer und es ist nur ganz wenig über die Anzahl, Häufigkeit oder Dauer der Aufenthalte bekannt. Im Vereinigten Königreich wurden in Interviews lediglich zwei Sektoren herauskristallisiert, in denen entsandte Arbeitnehmer tätig sind: in der Landwirtschaft und im Bausektor. Im Baugewerbe wurden bei Weitem die meisten Fälle entsandter Arbeitnehmer verzeichnet, die hauptsächlich im Untersektor Bau- und Ingenieurwesen tätig waren.

In den **Niederlanden** haben Arbeitnehmer aus den Nachbarländern (Vereinigtes Königreich, Deutschland und Belgien) stets die ausländischen Arbeitskräfte im Bausektor ausgemacht. Obwohl nur wenig über den Umfang und die sektorale Verteilung bekannt ist, weisen einige Zahlen und Schätzwerte darauf hin, dass die Gesamtanzahl entsandter Arbeitnehmer in fünf Jahren (2004-2009) von 17.848 auf 62.548 gestiegen ist, wobei die größten Gruppen der entsandten Arbeitnehmer aus Belgien, Deutschland und Polen stammen. Die Anzahl entsandter Arbeitnehmer aus diesen drei Staaten hat enorm zugenommen: Deutschland (+15.377), Belgien (+13.622) und Polen (+9.453). Die beiden unmittelbaren Nachbarländer machen rund zwei Drittel aller entsandten Arbeitnehmer aus. Die Anzahl entsandter Arbeitnehmer aus Polen (seit 2007) und Deutschland (seit 2008) hat sich stabilisiert, während die Anzahl entsandter Arbeitnehmer aus Belgien nach wie vor steigt.

Es ist äußerst schwierig, die Anzahl entsandter Arbeitnehmer in **Irland** zu erfassen, da es keine verbindlichen Meldeverfahren gibt, denen zufolge die Firmen, die Arbeitnehmer entsenden, verpflichtet wären, dies irgendeiner zuständigen Behörde zu melden. Ein erhebliches Problem bei der Erfassung von Daten über entsandte Arbeitnehmer ist, dass vielen der Akteure am Arbeitsmarkt (einschließlich Gewerkschaften, Arbeitgebern und staatlichen Agenturen) nicht wirklich daran gelegen ist, zwischen solchen Arbeitnehmern und anderen Kategorien von Wanderarbeitern zu unterscheiden. Jüngste Zahlen der Kommission zu den E101-Formularen zeigen, dass 2007 rund 2.700 irische Arbeitnehmer ins Ausland entsandt wurden (das sind weniger als 0,1 % der Bevölkerung), während rund 7.700 Arbeitnehmer im selben Jahr nach Irland entsandt wurden (also etwa 0,2 % der Bevölkerung), von denen eine Mehrheit (6.000) aus einem Land der 'alten' EU der 15 entsandt wurden. Die große Mehrheit der ins Ausland entsandten irischen Arbeitnehmer gehen ins Vereinigte Königreich, die Niederlande und Frankreich. Rund 50 % der E101-Bescheinigungen in Irland wurden für Tätigkeiten im Industriesektor ausgestellt, wobei das Baugewerbe dabei für den größten Teil steht (80 %).

Auch in **Italien** gibt es weder offizielle Statistiken noch ein nationales Überwachungssystem für die länderübergreifende Entsendung von Arbeitnehmern. Die von der Europäischen Kommission veröffentlichten Zahlen über 2007 ausgestellte E101-Bescheinigungen belegen, dass Italien zusammen mit den Niederlanden, Bel-

gien und Spanien eines der Länder ist, in dem bereinigt die höchste Anzahl entsandter Arbeitnehmer aufgenommen wurde. Das macht 2007 im Vergleich zu 2005 einen Zuwachs von rund 10 % und im Vergleich zu 2006 von 17 % (auf 55.688 Arbeitnehmer) aus, wobei keine Daten über die sektorale Aufteilung vorliegen.

In **Frankreich** sind zuverlässige Daten eine Seltenheit, und es gibt keine separaten Entsendezahlen. Laut nationalen Statistiken sind die Ströme und Zahlen von Migranten aus mittel- und osteuropäischen Staaten sowohl vor als auch nach der Erweiterung niedrig. Der Anteil entsandter Arbeitnehmer aus den neuen Mitgliedstaaten bleibt eher gering (2007: 23 % im Vergleich zum EU-Durchschnitt von 33 %). Das Nationale Institut für Statistik und Wirtschaftsplanung INSEE in Frankreich hat berechnet, dass 2006 13 % der Erwerbstätigen im Baugewerbe Wanderarbeiter waren und dies im Vergleich zu 8 % der erwerbstätigen Bevölkerung insgesamt. Frankreich gehört zusammen mit Deutschland, Belgien und den Niederlanden zu den Hauptaufnahmeländern. Es ist zudem führend in der Staatengruppe, die Arbeitnehmer entsenden (Polen, Deutschland und die Tschechische Republik kommen nach Frankreich).

In Ländern **mit Meldevorschriften** behindern ein dezentralisiertes Anmeldesystem bzw. die schwache Einhaltung eine zuverlässige und vollständige Übersicht. Ungeachtet dieser Beschränkungen kann in diesen Fällen dennoch ein gewisses Bild der Größenordnung und der sektoralen Auswirkungen ermittelt werden.

Trotz der Tatsache, dass Unternehmen verpflichtet sind, den Behörden sämtliche Entsendungen von mehr als einer Woche zu melden, so dass zumindest Grobdaten vorliegen, gibt es keine offizielle Statistiken über Entsendungen nach **Spanien**. Folglich sind die Erkenntnisse über das Ausmaß und die Entwicklung der Entsendungen zwangsläufig unvollständig und ungenau. Die beanspruchten quantitativen und qualitativen Quellen lassen jedoch keine Zweifel aufkommen, dass es seit Aufnahme der Forschungsarbeiten im Jahr 2003 erhebliche Zuwächse bei den Entsendungen zu verzeichnen gab, als sich die Anzahl entsandter Arbeitnehmer in Spanien Berichten zufolge eher auf mehrere Hundert statt Tausend belief. Spanien war das viert- oder fünftwichtigste Zielland für entsandte Arbeitnehmer in der EU, weit hinter Deutschland, Frankreich und Belgien, aber in absoluten Zahlen an gleicher Stelle mit den Niederlanden. In Bezug auf die erwerbstätige Bevölkerung würden diese Zahlen darauf schließen lassen, dass entsandte Arbeitnehmer in der Gesamtwirtschaft für 0,5 % der Erwerbstätigen stehen. Die verfügbaren EU-Zahlen für die im Hinblick auf Entsendungen im Jahr 2007 ausgestellten E101-Bescheinigungen zeigen, dass 90 % der Bescheinigungen für Entsendungen nach Spanien in den "alten" EU-15-Mitgliedstaaten ausgestellt wurden und nur 8 % bzw. 7.000 Bescheinigungen in den 10 mittel- und osteuropäischen Ländern. Diese Zahlen bestätigen zudem, dass Portugal bei weitem das einzig größte Herkunftsland entsandter Arbeitnehmer in Spanien ist. Was in diesem Zusammenhang wichtig ist, ist dass mehr als 50 % aller in Portugal ausgestellten Entsendebescheinigungen für Bauarbeiter gelten.

In **Norwegen** werden Statistiken über Personen mit "Kurzaufenthalten" veröffentlicht, d. h. Personen, die sich weniger als 6 Monate in einem Land aufhalten. Diese Gruppe beinhaltet entsandte Arbeitnehmer, aber auch Grenzpendler, ausländische Seeleute auf norwegischen Schiffen, Personen mit Kurzzeitverträgen in norwegischen Unternehmen und andere mit einer Kurzzeitbeschäftigung in Norwegen. In den letzten Jahren war die Zunahme ausländischer Arbeitnehmer im Arbeitsvermittlungs-, Bau- und produzierenden Gewerbe besonders hoch. Das allgemeine Bild ist, dass es einen enormen Zuwachs bei der Anzahl ausländischer Beschäftigter mit Kurzaufenthalten zu verzeichnen gab. Im 4. Quartal 2003 wurden rund 22.000 Personen gemeldet (im Vergleich zu fast 73.000 im Jahr 2008); das entspricht einem Wachstum von 190 Prozent. Schon allein von 2007 bis 2008 lag das Wachstum bei 20 Prozent. Schaut man sich das gesamte Jahr 2008 an (und nicht nur das 4. Quartal), so betrug die Gesamtanzahl rund 117.000 Personen. Norwegischen Statistiken zufolge sind die Hauptgründe für das Wachstum der eingehende Strom von Arbeitnehmern aus Mittel- und Osteuropa seit der EU-Erweiterung in 2004/07, wobei es auch einen erheblichen Zuwachs der Arbeitnehmer mit Kurzaufenthalten aus den nordischen Staaten gab, insbesondere aus Schweden. Im Jahr 2004 schätzten die Behörden, dass weniger als die Hälfte der entsandten Arbeitnehmer vorschriftsmäßig gemeldet waren; diese Schätzung basierte auf der Tatsache, dass bei Kontrollen vor Ort eine enorme Anzahl nicht angemeldeter ausländischer entsandter Erwerbstätiger aufgedeckt wurde. Seither haben sich die Anmeldungen bedingt durch die zunehmenden Überwachungen, Informationen, Sanktionen und verbindlichen ID-Karten auf Baustellen verbessert, wobei es nach wie vor Grund gibt, zu glauben, dass die tatsächlichen Zahlen wesentlich höher sind als die offiziellen Statistiken.

Die Entsendungszahlen in **Belgien** beruhen auf zwei unterschiedlichen Anmeldeverfahren. Die E101-Bescheinigungen von nach Belgien entsandten Arbeitnehmern werden in einer Datenbank namens GOTOT-IN erfasst. Zwischen 2006 und 2007 ist eine Zunahme (+24,8 %) und zwischen 2008 und 2009 eine Abnahme (-11,0 %) der E101-Bescheinigungen zu verzeichnen. Die von der EU-Verwaltungskommission für die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer veröffentlichten Zahlen für 2007 über die Anzahl entsandter Arbeitnehmer weichen von jenen in der GOTOT-IN-Datenbank ab. Laut Verwaltungskommission wurden 2006 127.627 Arbeitnehmer nach Belgien entsandt; 2007 waren es 112.766 Arbeitnehmer (Europäische Kommission, 2009). Eine Erklärung für diese Abweichungen können unterschiedliche Begriffsbestimmungen und nicht vorhandene Kopien aller E101-Bescheinigungen mit Bestimmungsland Belgien sein. 2007 stammten die meisten entsandten Arbeitnehmer, die nach Belgien kamen, aus Frankreich (37,4 %), Deutschland (21,9 %), Polen (17,0 %) und Luxemburg (7,0 %).

Es liegen detaillierte Zahlen über den **deutschen** Bausektor vor. Anhand der Daten beruhend auf den Anmeldungen durch SOKA-BAU ist es möglich, die Entwicklung über 14 Jahre zurückzuverfolgen. Eine Schlussfolgerung lautet, dass die Zunahme der Entsendungen im Baugewerbe (von Unternehmen, Arbeitneh-

mern und entsprechenden Baustellen) 2000 mit rund 120.000 Arbeitnehmern ihren Höhepunkt erreichte. Danach waren die Zahlen leicht rückläufig. Entsendungen sind vor allem eine Sache der Nachbarstaaten, wobei Deutschland mit mehr als 72 % entsandten Arbeitnehmern aus den MOEL im Vergleich zu den meisten anderen Ländern, in denen die Mehrheit der entsandten Arbeitnehmer aus den 'alten' Mitgliedstaaten stammen, ein gegenläufiges Muster aufweist. Die EU-Statistiken über E101-Bescheinigungen bestätigen diese Ergebnisse. Ein weiterer Vergleich der EU-Zahlen mit den Daten von SOKA-BAU ist nicht möglich, da diese Zahlen auf unterschiedlichen Datenbanken basieren. Groben Schätzungen zufolge sind mindestens 25 % der nach Deutschland entsandten Arbeitnehmer im Baugewerbe tätig.

In **Rumänien**, wo Entsendeunternehmen die territoriale Gewerbeaufsicht informieren müssen, sind beim Gewerbeaufsichtsamt ausführliche Zahlen erhältlich. Wenn man die Anzahl der 2009 von der Nationalen Renten- und Sozialversicherungskasse ausgestellten E101-Bescheinigungen einbezieht, kommt man zu dem Schluss, dass die Anzahl entsandter Arbeitnehmer 2008 und 2009 wahrscheinlich über den von der Gewerbeaufsicht gemeldeten Zahlen liegt. Gemäß Regierungsentscheidung Nr. 104/2007 sind Unternehmen verpflichtet, dem Gewerbeaufsichtsamt Informationen über entsandte Arbeitnehmer mitzuteilen. Es ist davon auszugehen, dass sich nicht alle Unternehmen an diese Regel halten. Die wichtigsten Länder, aus denen nach Rumänien entsandte Arbeitnehmer stammen, sind Deutschland, Bulgarien und Polen. Die Einwanderungsbehörde hat erst 2009 angefangen, Statistiken über die Berufe ausländischer Arbeitnehmer zu veröffentlichen, ohne im Einzelnen auf die Tätigkeitsbereiche einzugehen; von daher ist es schwierig, die Anzahl der Bauarbeiter zu schätzen. Aber nach wie vor sind über 1000 ausländische Arbeitnehmer (25 % der Gesamtanzahl), die 2009 kamen, in baubezogenen Sparten tätig. Was im rumänischen Fall bemerkenswert ist, ist die erhebliche Anzahl zusätzlicher Entsendungen von Arbeitnehmern aus Drittstaaten. Die Zahl der entsandten Arbeitnehmer aus Drittstaaten entspricht den Entsendungszahlen der EU-/EWR-Bürger.

Ausländische Arbeitnehmer, die einer bezahlten Tätigkeit in der **Schweiz** nachgehen, einschließlich entsandten Arbeitnehmern und Selbstständigen, müssen angemeldet sein. Nach Einführung der Freizügigkeit hat ihre Zahl zugenommen. Zwischen 2005 und 2008 stieg sie insgesamt in allen Industriezweigen von 93.000 auf 137.000 Personen und ging nach 2009 wieder leicht zurück. Der Anteil entsandter Arbeitnehmer stieg in diesem Zeitraum von 36 auf 41 %. Der Anteil Selbstständiger nahm 2009 von 5,9 auf 10,7 % zu. Entsandte Arbeitnehmer und Selbstständige kommen hauptsächlich aus den Nachbarländern Deutschland, Italien, Frankreich und Österreich.

5. Arbeitnehmer aus Drittstaaten

Artikel 1(4) der Entsenderichtlinie besagt ausdrücklich: 'Unternehmen mit Sitz in einem Nichtmitgliedstaat darf keine günstigere Behandlung zuteil werden als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat.' Obwohl Artikel 1(4) der Richtlinie lediglich auf Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten verweist, kann die Tatsache, dass ihnen keine günstigere Behandlung zuteil werden darf, in der Praxis nur bedeuten, dass die Richtlinie auch aus Drittstaaten entsandte Arbeitnehmer in Sachen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen abdeckt.

Die Zulassungsbedingungen in den Mitgliedstaaten für aus Drittstaaten entsandte Arbeitnehmer und deren Rechte insbesondere in Sachen Sozialversicherung werden nicht durch das EU-Einwanderungsrecht abgedeckt. Das für Arbeitnehmer, die aus einem Drittstaat in einen Mitgliedstaat entsandt werden, geltende Sozialversicherungsgesetz hängt von beliebigen bilateralen Vereinbarungen zwischen dem Entsendeland und dem aufnehmenden Mitgliedstaat ab. Geht die Entsendung von einem Drittstaat aus und hat der entsandte Arbeitnehmer ausschließlich zu diesem Drittstaat und einem einzigen Mitgliedstaat Verbindungen, gelten Verordnungen Nr. 883/2004 und Nr. 859/2003 nicht. Im Falle der Mobilität von Drittstaatsangehörigen zwischen Mitgliedstaaten gilt Verordnung (EG) Nr. 859/2003. Obwohl mit der Richtlinie nicht in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten eingegriffen wird, bilaterale Abkommen mit Drittstaaten zu verabschieden, kann der Begriff 'günstigere' nur bedeuten, dass die Grundregeln der Richtlinie für entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten gelten. Zudem steht in dem vom Europäischen Rat im Dezember 2009 verabschiedeten Stockholmer Programm, dass die EU eine gerechte Behandlung von Drittstaatsangehörigen zu gewährleisten hat, die sich rechtmäßig auf dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats befinden. Es haben aber nur wenige Länder diesen Begriff umgesetzt.

In **Irland** ist der verfolgte Ansatz so, dass alle Arbeitnehmer (unabhängig von ihrer Herkunft) Anspruch auf den gleichen Schutz haben, sobald sie sich gesetzlich im Land befinden. Im Fallrecht gelten für diese Arbeitnehmer folglich (außer den Einwanderungsvorschriften) keine Sonderregelungen und die Fragen, die in einigen Gerichtsfällen aufgeworfen wurden, wurden im Zusammenhang mit allen entsandten Arbeitnehmern (egal ob aus Drittstaaten oder der EU) behandelt.

In **Spanien** stellt die missbräuchliche Entsendung von Drittstaatsangehörigen (Brasilianer werden am häufigsten erwähnt) nach wie vor ein Problem dar. Genauer gesagt berichtete die spanische Gewerbeaufsicht von Fällen von Arbeitnehmern ohne Arbeitserlaubnis in Portugal, die nach Spanien entsandt wurden, und anderen, in denen Nicht-EU-Arbeitnehmer gefälschte (portugiesische) Identitäten vorgaben. Die portugiesische Gewerbeaufsicht ließ den Verdacht aufkommen, dass gegebenenfalls kriminelle Kreise an der Entsendung solcher illegaler Arbeitnehmer nach Spanien und sonst wohin verwickelt sind. In Galizien überprüfen die spanischen Gewerbeaufsichter zumindest automatisch den Status aller erfassten oder verdächtigen Nicht-EU-Arbeitnehmer bei den portugiesischen Behörden.

In **Frankreich** müssen entsandte Arbeitnehmer eines Dienstleistungsanbieters mit Sitz in einem Drittstaat, die ebenfalls Staatsangehörige eines Drittstaats sind, sowohl eine Arbeitserlaubnis als auch eine Aufenthaltsgenehmigung vorweisen, aus der der Vermerk "Zeitarbeiter" hervorgeht. Um überhaupt nach Frankreich einreisen zu dürfen, müssen sich entsandten Arbeitnehmer zudem - insofern erforderlich - im Besitz eines Visums befinden.

Der eingehende Strom entsandter Arbeitnehmer aus Drittstaaten ist in **Belgien** kein Thema, obwohl Dienststellen der Gewerbeaufsicht betrügerische brasilianische Rekrutierungsketten, die über Portugal kommen, aufgedeckt haben. Ein EU/EWR Unternehmen darf mit seinen Arbeitnehmern Dienstleistungen anbieten, ohne dass es einer Arbeitserlaubnis bedarf, sogar wenn die Arbeitnehmer aus Drittstaaten stammen, und ohne dass dies im Grunde einen Unterschied in den geltenden Arbeitsbedingungen machen würde.

Was die Entsendung von Nicht-EU-Arbeitnehmern in **Italien** betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass das Verfahren zur Erwirkung einer Aufenthaltsgenehmigung lediglich für die erste Einreise nach Italien vorgeschrieben ist. Befinden sich Ausländer bereits im Besitz einer aus anderen als beruflichen Gründen ausgestellten Aufenthaltsgenehmigung, so können sie in ein Beschäftigungsverhältnis eintreten und dazu unter bestimmten gesetzlich festgelegten Bedingungen ihre Genehmigung verwenden bzw. umwandeln. Verschiedenen Fällen wurden gemeldet, aus denen die Anwesenheit nicht italienischer entsandter Arbeitnehmer hervorging, bei denen es sich in Wirklichkeit um Arbeitnehmer handelte, die sich bereits in Italien befanden, ausländische Arbeitnehmer also, die sich in Italien befanden, aber Verträge mit Briefkastenfirmen oder gar reinen Scheinunternehmen geschlossen hatten.

Arbeitgeber, die Arbeitnehmer aus Drittstaaten in den **Niederlanden** einstellen möchten, benötigen eine Arbeitserlaubnis, um diese einstellen zu können. Diese Arbeitserlaubnis kann vom ausländischen Arbeitgeber oder Arbeitsvermittler beantragt werden. Nach Ausfertigung der Arbeitserlaubnis muss der Arbeitsvermittler über eine Kopie verfügen, die er bei Aufforderung vorzulegen hat. Um eine Arbeitserlaubnis zu erhalten, muss der Antragsteller nachweisen können, dass kein anderer Arbeitnehmer in der EU zur Besetzung des Postens verfügbar ist. Weitere Bedingungen beinhalten eine ordnungsgemäße Unterkunft für (entsandte) Arbeitnehmer und die Einhaltung der vorgeschriebenen niederländischen Arbeitsbedingungen.

Der **rumänische** Arbeitsmarkt kennzeichnet sich durch eine beachtliche Zahl von Arbeitnehmern aus Drittstaaten. Bei der Auswahl und Rekrutierung entsandter Arbeitnehmer (hauptsächlich Nicht-EU-Arbeitnehmer) spielen Arbeitsvermittlungsfirmen, die sich um die Einstellung ausländischer Arbeitnehmer kümmern, eine entscheidende Rolle. Es wurden zahlreiche Probleme aufgetan, was die Nichteinhaltung oder anschließende Abänderung durch den Arbeitgeber/Arbeitsvermittler der ursprünglich mündlich getroffenen Vereinbarungen oder Arbeitsverträge anbelangt, insbesondere was Löhne und Gehälter und Arbeitszeiten

betrifft. Das Fehlen eines ordnungsgemäßen Rechtsrahmens zur Regulierung der Aktivitäten dieser Unternehmen lässt unabhängig davon, ob sie ihren Hauptsitz in Rumänien oder im Ausland haben, Spielraum für Verstöße gegen die Rechte von Nicht-EU-Arbeitnehmern und zwar sowohl während der Einstellung als auch im Laufe der Verwaltungsverfahren mit Blick auf die Arbeitserlaubnis. Anders als aus EU-Staaten entsandte Arbeitnehmer, die per Gesetz durch die Gewährleistung von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen geschützt sind, welche zumindest Aspekte wie Arbeitszeiten, Mindestlöhne, Beurlaubung, Arbeitsschutz umfassen, kommen aus Drittstaaten entsandte Arbeitnehmer nicht in den Genuss der geltenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen.

III. Entsendung und Arbeitsbedingungen in der Praxis

6. Die unterschiedlichen Entsendungsarten

Die Erfahrungen mit den 3 verschiedenen in der Richtlinie genannten Entsendungsarten (normale Entsendung, innerbetriebliche Entsendung und Entsendung über Leiharbeitsfirmen) sind eher vielschichtig.

Die unproblematischste Form ist die erste Entsendungsart im traditionellen Sinne der Untervergabe von Sonderaufträgen an ein ausländisches Unternehmen mit häufig recht hoch qualifizierten und dotierten Arbeitnehmern (z. B. Finanzdienstleistern). Diese Arbeitnehmer gelten nicht als problematisch, was den Schutz der Arbeitnehmerrechte anbelangt.

Bei der zweiten Entsendungsart ist das Bild schon etwas vielschichtiger. Einige Korrespondenten berichteten von Tochtergesellschaften, die ausschließlich gegründet wurden, um Arbeitsnormen und andere Auflagen zu umgehen. In der Mehrheit der Berichte wird jedoch nicht auf weit verbreitete Missbräuche hingewiesen.

Diese beiden Formen werden nur in Situationen problematisch, in denen ausschließlich Arbeitskräfte in arbeitsintensiven Industriezweigen Gegenstand der Untervergabe bilden, d. h. jene Fälle, in denen der Unterlieferant oder die ausländische Tochtergesellschaft nichts außer billigen Arbeitskräften anzubieten hat. Die Kostenvorteile der Entsendung von einem Land mit niedrigen Sozialversicherungskosten in ein Land mit normalen Sozialversicherungskosten können bei bis zu 25-30 % liegen (siehe Absatz 10).

Weitere Kostenvorteile werden erzielt, wenn entsandte Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß entsprechend ihrer Fertigkeiten/Qualifikationen bezahlt werden, sondern wenn auf diese Arbeitnehmer Mindestlöhne und -bedingungen angewandt werden, anstatt sie genauso zu entlohnen wie die regulären Arbeitskräfte in dem gastgebenden Land.

Am problematischsten ist die Inanspruchnahme von Leiharbeitsfirmen in grenzüberschreitenden Arbeiten. Typisch für den Bausektor ist der vorübergehende und mobile Charakter der Tätigkeit und des Arbeitsplatzes, so dass der Dynamik zwischen Entsendung und Leiharbeit mehr Aufmerksamkeit zuteil werden sollte. Die Diskontinuität und der starke Druck Richtung Kostensenkungen in einem arbeitsintensiven Sektor beherrschen die Arbeitsbedingungen und Arbeitsverhältnisse. Mehrere Staaten haben in jüngster Vergangenheit Zeiten des ernsthaft-

ten Arbeitskräftemangels erlebt, so dass sowohl qualifizierte als auch unqualifizierte Bauarbeiter entsandt oder über Leiharbeitsfirmen rekrutiert wurden.

Als die Entsenderichtlinie verabschiedet wurde, war das Phänomen der Leiharbeiter, die in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wurden, noch unbedeutend. Bedingt war dies teilweise durch das Verbot von Leiharbeitsfirmen, das damals nach wie vor in mehreren Mitgliedstaaten im Bausektor galt. Dennoch wurde in der Entsenderichtlinie in Artikel 1 (3c) auf die länderübergreifende Leiharbeit verwiesen:

als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

Der Sektor der Leiharbeitsfirmen ist seither stetig gewachsen und steht für fast 2 % aller Vollzeitäquivalente der europäischen Erwerbstätigen. In den meisten Ländern, die ein Verbot für Leiharbeitsunternehmen verhängt hatten, wurden diese Ende der 90er-Jahre beendet, was zu einem enormen Anstieg führte. Seit Beginn dieses Jahrhunderts wird der Sektor der Leiharbeitsfirmen durch eine beachtliche Verbreitung von zweifelhaften Agenturen beschädigt, die illegale Arbeitnehmer einsetzen und/oder Steuern und Prämien hinterziehen (Håkansson et al., 2009).

Nachdem zum Beispiel das Verbot in **Frankreich** aufgehoben und der Einsatz von Leiharbeitsfirmen legalisiert wurde, nahm das Outsourcing im Baugewerbe die Form einer reinen Arbeitskräfte-Untervergabe an (die Rückkehr des *marginandage*, eine beständige Bereitstellung von prekären Arbeitsplätzen). Das Baugewerbe ist mittlerweile im französischen Sektor der Leiharbeitsunternehmen mit einem (stetig wachsenden) Anteil von 20,6 Prozent der Leiharbeiter insgesamt im Jahr 2006 stark überrepräsentiert. Ermittlungen ergaben, dass Leiharbeiter im Baugewerbe 120.000 Vollzeitstellen besetzen. Die niedrigste Stufe der Leiharbeiter wird in offiziellen Bauarbeiter-Statistiken gar nicht widerspiegelt: Sie werden als 'Dienstleistungsanbieter' betrachtet oder einfach auf Grund der Unregelmäßigkeit ihrer Tätigkeit ignoriert. Die französische Gesetzgebung besagt, dass die Entsendung von Leiharbeitern mit dem alleinigen Ziel, (billige) Arbeitskräfte anzubieten, verboten ist. Es hat eine Verschiebung von der Einstellung von zeitlich begrenzt entsandten Arbeitern zu Leiharbeitern stattgefunden (die beide wahrscheinlich aus denselben Ländern stammen). Die vollständige Öffnung des französischen Arbeitsmarktes auf die 8 MOEL, die 2004 der EU beigetreten sind, hat dazu geführt, dass die Entsendung durch Leiharbeitsfirmen (Typ 3) in erheblichem Maße ersetzt wurde mittels der direkten Vermittlung über Leiharbeitsfirmen.

Die norwegische Gewerkschaft Fellesforbundet beobachtet einen Trend, demzufolge – gerade im Schiffbau - Arbeitgeber Leiharbeiter von Leiharbeitsun-

ternehmen bevorzugen, die in **Norwegen** ansässig sind, als die Aufträge an Unternehmen mit entsandten Arbeitnehmern weiter zu vergeben. Die Erweiterung des Tarifvertrags im Schiffbau war umstritten unter den Arbeitgebern, insbesondere was die Bestimmungen über Unterkunft und Heimaturlaub anbelangt, die für entsandte Arbeitnehmer/Pendler gelten. Durch die Gründung örtlicher Rekrutierungsfirmen werden Kosten gesenkt, indem behauptet wird, bei den Arbeitnehmern handele es sich um 'ortsansässige' anstatt entsandte Arbeiter. Mit anderen Worten hat sich die Strategie innerhalb von ein paar Jahren dahingehend verlagert, dass wo früher entsandte Arbeitnehmer beschäftigt wurden jetzt vor Ort beschäftigte ausländischer Arbeitnehmer von Leiharbeitsfirmen vorgezogen werden (die in der Vergangenheit durch länderübergreifende Verordnungen geschützt waren). Das belegt den allgemeinen Trend einiger Arbeitgeber, die Vereinbarung mit den niedrigsten Lohnkosten zu bevorzugen, und welche Bedeutung es tatsächlich hat, Parallelvorschriften mit unterschiedlichen Standards zu umgehen.

In **Spanien** werden Leiharbeitsfirmen in der Tat nach wie vor von Baustellen ausgeschlossen, obwohl sich dies durch die im Parlament behandelten Reformen ändern könnte. Dennoch hat sich die Entsendung ausländischer Leiharbeiter durch portugiesische Unterlieferanten in bestimmten Regionen Spaniens zu einem, wenn auch in begrenztem Umfang, etablierten Merkmal des Arbeitsmarktes entwickelt. Das ist auch heute noch trotz Beschäftigungskrise innerhalb des Sektors so. Der Eindruck entsteht, dass entsandte Arbeitnehmer eher qualifiziert sind, und es sich bei ihnen vor allem um Stahlflechter und Fachleute für Konstruktionsbeton (Fachbereiche, für deren guten Ruf sie schon seit langem stehen), aber auch um Maurer oder andere Fachkräfte handelt. Die auch heute noch andauernde Entsendung weist auf eine mögliche Verschiebung ihrer Funktion innerhalb des Arbeitsmarktes im Bausektor hin. In der wirtschaftlichen Blüte 2006-2007 konnte damit argumentiert werden, dass die Entsendung dem Arbeitskräftemangel in der Industrie Abhilfe schaffte. Dass es mitten in Zeiten von Massenentlassungen im Sektor immer noch Entsendung gibt, lässt darauf schließen, wie wichtig Kostenreduzierungsmöglichkeiten bei Entsendung mittlerweile sind, und folglich das Potenzial hinsichtlich missbräuchlicher Praktiken und unfairem Wettbewerb.

In der **Schweiz** werden immer mehr ausländische Leiharbeiter als so genannte Selbstständige eingestellt mit Arbeitsbedingungen die weit unter den Schweizer Normen liegen. Die Entsendevorschriften sehen vor, dass für die Zwecke dieser Richtlinie 'der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, verwendet wird' (Artikel 2.2 Entsenderichtlinie). Das wird jedoch nicht wirklich umgesetzt, so dass die Einhaltung schwach ist.

Die in **Belgien** verzeichneten Probleme hängen oft mit Leihunternehmen und fälschlich entsandten Arbeitnehmern zusammen. Bauunternehmen erhalten Angebote ausländischer Leiharbeits- oder Entsendeunternehmen zu äußerst attraktiven Preisen. In Anbetracht der Tatsache, dass die belgischen Mindestlöhne niemals erreicht werden können, führen derartige Angebote zu Wettbewerbsver-

zerrungen im Sektor. Ausländische Arbeitnehmer werden über Mittler, mitunter auch mala fide Entsendeunternehmen, in der Schattenwirtschaft eingestellt.

In einigen Fällen garantieren Leiharbeitsfirmen den von ihnen eingestellten Personen ausdrücklich einen 'Arbeitnehmerstatus', während in anderen Leiharbeiter als Selbstständige betrachtet werden. Dies berichteten verschiedene Länder (**Irland**, das **Vereinigte Königreich** und **Schweden**). Es ist nach wie vor schwierig, die Einhaltung des Arbeitsgesetzes und der Arbeitsbedingungen seitens der Leihunternehmen (insbesondere jener im Ausland) zu kontrollieren. Die irischen Sozialpartner haben sich 2009 darauf geeinigt, eine gemeinsame akzeptable Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie auszuhandeln. Neben Rechten zur Gleichbehandlung von Leiharbeitern führten die unter der vorherigen Runde *Towards 2016* festgelegten Verpflichtungen bei der Regelung von Arbeitsvermittlungsagenturen im Juli 2009 zur Veröffentlichung der Gesetzesvorlage über Arbeitsvermittlung. Ziel dieser Gesetzesvorlage ist es, sicherzustellen, dass alle in Irland tätigen Arbeitsvermittlungsagenturen über eine ordnungsgemäße Lizenz verfügen. In der Gesetzesvorlage sind Bestimmungen über Ahndungen, in *absentia*, unter bestimmten Umständen über Verstöße gegen das Arbeitsrecht vorgesehen und diese umfassen Fälle, in denen im Ausland ansässige Agenturen nicht vor Gericht erscheinen.

Die Sozialpartner in den **Niederlanden** weisen auf einen Anstieg der Leiharbeiter und Selbstständigen hin, und beide Parteien stellen fest, dass die Anzahl der Scheinselbstständigen zunimmt. Sie geben an, dass die Entsendung als Einstellungsmöglichkeit von Arbeitnehmern aus den MOEL genutzt wurde, die bereit waren, zu schlechteren Arbeitsbedingungen zu arbeiten als niederländische Arbeitnehmer. Da Arbeitnehmer aus den MOEL keine Arbeitserlaubnis mehr benötigen, kommen sie über vorteilhaftere Arbeitsformen wie Leiharbeit oder als Selbstständige ins Land. Die niederländischen Leiharbeitsfirmen und Gewerkschaften brachten 2007 ein freiwilliges Zertifizierungssystem für Leiharbeitsfirmen mit dem Ziel auf den Weg, echte von Scheinagenturen zu unterscheiden: NEN-4400-1 (für niederländische Leiharbeitsfirmen) und NEN 4400-2 (für ausländische Leiharbeitsfirmen). Nachdem das existierende Genehmigungssystem 1998 abgeschafft wurde, wurden echte Leiharbeitsfirmen Zeugen einer Zunahme von Scheinvermittlungstellen.

7. Kontrolle und Durchsetzung

Gesetze, die nicht vollstreckt werden oder nicht vollstreckbar sind, untergraben das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Gesetzgeber; die Vollstreckung und echte Sanktionen sollten Schlüsselemente eines jeden Rechtsakts bilden.

Anfang der 90er gab der EuGH an, das Gemeinschaftsrecht untersage den Mitgliedstaaten nicht, mit Hilfe der geeigneten Durchsetzungsmaßnahmen Bestimmungen aus dem Arbeitsrecht oder in Tarifverträgen durchzuführen. Zudem ver-

weist der europäische Gesetzgeber häufig auf diese 'geeigneten Durchsetzungsmaßnahmen'. Die Frage lautet, ob die verfügbaren Mittel oder, besser gesagt, die Mittel, die nach Auffassung des EuGH und der Kommission gerechtfertigt werden können, als geeignet bezeichnet werden können.

In den jüngsten Urteilen des EuGH werden die Anwendung und sogar die Kontrolle der Arbeitsnormen im gastgebenden Land als Einschränkung der freien Erbringung von Dienstleistungen betrachtet; Dienstleistungsanbieter sollten nicht durch zusätzliche inländische Verwaltungsregeln und Vorschriften behindert werden. Es wurde bereits betont, dass sich die Europäische Kommission konzentriert auf Verletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten mit dem Ziel, verbindliche Melde- und Anmeldeverfahren der Dienstleistungsanbieter und der betroffenen Arbeitnehmer aufzuheben, was in der Praxis die tatsächliche Vollstreckung beeinträchtigt. Folglich erweisen sich Kontrollen der Einhaltung von Verträgen und Arbeitnehmerrechten - ein grundlegendes Element im Kampf gegen Scheinagenturen und andere dubiose Praktiken - als frustrierend und können von den Mitgliedstaaten nicht mehr gewährleistet werden.

In den meisten Mitgliedstaaten gibt es keine separate Überwachung der entsandten Arbeitnehmer, was nicht selten zudem unter Verweis auf die EuGH-Fälle begründet wird.

Es ist schwierig, die Wirksamkeit der Kontrollmechanismen oder des Vollstreckungsgrades zu bewerten. In Anbetracht der Tatsache, dass es in einigen Ländern keine bzw. in anderen unvollständige Anmeldeverfahren gibt, können wir nicht zu Schlüssen kommen, die auf erhärteten Beweisen beruhen. Dennoch haben wir den Eindruck, dass die Kontrolle schwach und die Durchführung deshalb nicht wirksam ist.

Die Europäische Kommission macht gelegentlich auf diese Sackgasse aufmerksam, hat aber noch kein wirksames Instrument erarbeitet. In ihrer Mitteilung aus 2007 anerkennt sie, dass die aufnehmenden Mitgliedstaaten berechtigt sind, zu überprüfen, ob alle Bedingungen innerhalb des Mitgliedstaates, in dem der Dienstleistungsanbieter ansässig ist, eingehalten werden. Zum einen stellt sie fest, dass sich die Auferlegung von Bußgeldern als problematisch erweist und berichtet, dass die Anwendbarkeit angefochten wird: Verfahren, die zu einem vollstreckbaren Beschluss führen, gelten als zu langsam, als dass die Mehrheit der grenzübergreifenden Situationen abgedeckt werden könnte, wenn man Merkmale wie zeitliche Begrenztheit, Mobilität und Kürze der Entsendung berücksichtigt. Zum anderen konzentriert sich die Kommission weiterhin auf Verletzungsverfahren anstatt auf Kontrollmechanismen, die eine 'Last' für den Dienstleistungserbringer sind.

Die Folgen sind eindeutig: in jüngsten Jahren hat die Kommission versucht, die Möglichkeiten der nationalen Überwachung durch die Begrenzung von Maßnahmen im Bereich der Registrierung, vorherigen Meldung und der Notwendigkeit eines Vertreters auf dem Hoheitsgebiet, auf dem die Arbeiten verrichtet werden, zu beschränken. Es wird nicht nur zu einer stärkeren administrativen Zusammenarbeit zwischen dem Aufnahme- und dem Herkunftsland aufgerufen, sondern

vielmehr handelt es sich bei dem genannten Instrument für die Kommission um einen fallabhängigen Ansatz. Aus Sicht der Bekämpfung von Missbräuchen wird durch einen solchen Ansatz die Einhaltungskontrolle zerstückelt und individualisiert und die Überwachung unwirksam.

An dieser widersprüchlichen Politik äußerte die europäische Gewerkschaftsbewegung Kritik. Sie vertritt die Meinung, die Kommission verbreite verwirrende und widersprüchliche Botschaften, um die 'Mitgliedstaaten zur Verbesserung der Umsetzung und Anwendung und zur Stärkung der Durchführung aufzurufen, während sie gleichzeitig genau die Mechanismen und Instrumente in Frage stellt, die die Mitgliedstaaten gegenwärtig zu diesem Zwecke verwenden' (EGB und EFBH, 2007).

Die Politik der Kommission verursacht zudem Reibungen mit anderen Teilen der europäischen Sozialgesetzgebung zur Bekämpfung von nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit und Arbeitskräften ohne Arbeitserlaubnis.

Eine Zusammenfassung der Ergebnisse in diesem Bereich belegt den derzeitigen Stillstand.

In **Irland** bedarf es keiner verbindlichen Erklärung für die Entsendung. Obwohl von den Arbeitgebern gegebenenfalls gefordert wird, über einen bestimmten Zeitraum gewisse Aufzeichnungen aufzubewahren (z. B. als Nachweis für die Einhaltung der Mindestlöhne), gibt es keine besonderen Anforderungen, dass ein außerhalb des Staates ansässiger Arbeitgeber derartige Aufzeichnungen in Bezug auf nach Irland entsandte Arbeitnehmer führen muss, was sich für die Kontroll- und Durchführungsorgane als Problem erweist und zwar in erster Linie, wenn es darum geht, zu prüfen, unter welchen Arbeitsbedingungen entsandte Arbeitnehmer tatsächlich arbeiten und zweitens, wenn es darum geht sicherzustellen, dass bereits vor der eigentlichen Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und dem ausländischen Dienstleistungsanbieter bestand. Dieses Problem stellt sich jedoch auch in Bezug auf irische Unternehmen, die (abgesehen von bestimmten arbeitsschutzrechtlichen Dokumenten) nicht dazu angehalten sind, Aufzeichnungen und Dokumente vor Ort zu führen.

Im **Vereinigten Königreich** gibt es keine direkten Durchführungs- oder Überwachungsmaßnahmen für die Entsenderichtlinie; stattdessen wird die Richtlinie lediglich infolge der Durchführung anderer Gesetze vollzogen. Die wichtigsten Regierungsstellen, die sich möglicherweise mit irgendwelchen Fragen befassen könnten, sind die Prüfstelle für Mindestlöhne und die Lizenzbehörde Gangmasters Licensing Authority (GLA), die Lizenzen für Arbeitsvermittler im Landwirtschaftssektor anbietet.

Das **norwegische** Gewerbeaufsichtsamt bietet in seiner Funktion als Verbindungsbüro Informationen über Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen an, die für entsandte Arbeitnehmer gelten sollen. Das Gewerbeaufsichtsamt kann zudem in Fällen, in denen die Bestimmungen allgemeinverbindlicher Tarifverträge gelten, auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen verweisen. Die Behörde hat zu prüfen, ob die Unternehmen die Anforderungen des Gesetzes über den Ar-

beitsschutz sowie, insofern dies relevant ist, allgemeinverbindliche Tarifverträge einhalten. Zur Zielgruppe der Kontrollen zählen hauptsächlich Unternehmen mit den schlechtesten Arbeitsbedingungen und geringer Bereitschaft, Probleme zu beheben, und wo sie der Auffassung sind, dass die Bemühungen des Amtes am meisten bewirken. Dies erfolgt durch das Prüfen der betriebsinternen Kontrollsysteme, um festzustellen, ob Vorschriften und Verfahren eingehalten werden, ebenso wie durch Kontrollen, um festzustellen, ob Unternehmen die gesetzlichen Anforderungen einhalten, sowie Unfallermittlungen.

In **Frankreich** ist die Gewerbeaufsicht nicht dafür zuständig, über das Arbeitsverhältnis zu urteilen oder (mit Ausnahme des Arbeitsschutzes) die Einhaltung der Arbeitnehmerrechte zu kontrollieren. Diesbezügliche Verstöße fallen unter die Zuständigkeit der entsprechenden Gerichte (*Conseils des prud'hommes*, Arbeitsgerichte). Gewerbeaufseher können während der Kontrolle informelle Verbesserungsvorschläge aufzeigen. Sie können Regeln im Zusammenhang mit Bestimmungen der öffentlichen Ordnung, insbesondere mit Blick auf atypische Arbeitsverträge (Teilzeit-, Leiharbeitsverträge) anwenden, solange diese Regeln Gegenstand von strafrechtlichen Maßnahmen bilden.

In **Spanien** ist hauptsächlich die Gewerbeaufsicht für die Kontrolle und Vollstreckung der Entsendungsgesetze zuständig. Entsendeunternehmen und Arbeitnehmer bilden und bildeten noch nie Gegenstand systematischer Kontrollen. Entdecken Gewerbeaufseher im Zuge ihrer Arbeit – z. B. bei Besichtigungen von Baustellen (denn das Baugewerbe gilt als eine der Prioritäten der Gewerbeaufsicht) – entsandte Arbeitnehmer und Unternehmen, prüfen sie immer deren Papiere auf Ordnungsmäßigkeit. Werden dabei eventuelle Unregelmäßigkeiten aufgedeckt, ergreifen die Gewerbeaufseher im Allgemeinen Maßnahmen. Dies ist eine vorwiegend auf dem Zufallsprinzip beruhende Möglichkeit, bei der die Gewerbeaufsicht auf Entsendeunternehmen und entsandte Arbeitnehmer aufmerksam werden kann. Zu den obersten Anweisungen für das Gewerbeaufsichtsamt zählt der Nachweis darüber, dass ein Unternehmen tatsächlich besteht. Ferner sind Gewerbeaufseher dazu angehalten, die Form des Arbeitsverhältnisses entsandter Arbeitnehmer zu prüfen.

Die von der spanischen Gewerbeaufsicht für den Zeitraum 2007-2009 vorgelegten Zahlen zeigen, dass bei Weitem die meisten Verstöße durch Entsendeunternehmen den grenzübergreifenden Charakter der Entsendung selbst betreffen so zum Beispiel die Nichtunterrichtung der spanischen Behörden über die Entsendung, die Nichtbereitstellung der erforderlichen Informationen oder die Nichteinhaltung sonstiger Anforderungen an das Entsendeunternehmen. In einem im Jahr 2009 in Zusammenarbeit mit dem portugiesischen Gewerbeaufsichtsamt aktualisierten 'Leitfaden für die Kontrolle portugiesischer Unternehmen' erhalten spanische Gewerbeaufseher Informationen und Anweisungen, wie die portugiesischen Dokumente auszulegen und deren Übereinstimmung mit der Gesetzgebung zu prüfen sind.

Das **portugiesische** Gewerbeaufsichtsamt setzt die Verpflichtung nicht aktiv durch, eine schriftliche Vereinbarung über die Entsendungsbedingungen basierend auf Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14. Oktober 1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen zu treffen.

Die Gewerbeaufsicht in den **Niederlanden** verfügt über keinerlei Zuständigkeiten zur Vollstreckung von Tarifverträgen, da ihre Durchführungspflichten auf die gesetzlichen Mindestlohnbestimmungen und sonstige arbeitsrechtliche Arbeitsbedingungen beschränkt sind. Die Gewerbeaufsicht hat ausschließlich Kontrollpflichten in Bezug auf Tarifverträge. Das Ergebnis einer solchen Untersuchung wird den Sozialpartnern mitgeteilt, die laut Tarifvertragsgesetz eine Einhaltung einfordern können, die dann nur im Rahmen des Privatrechts vollstreckt werden kann. Der Sektor der Leiharbeitsfirmen hat eine Stiftung gegründet, welche die Einhaltung der Tarifverträge für Leiharbeiter und des tarifvertraglichen Sozialfonds der SNCU für den Leiharbeitssektor prüft. Diese Prüfstelle ist zu Verfolgungen befugt, weshalb sie auch die 'Tarifvertragspolizei' genannt wird.

In **Belgien** spielt das e-Government eine ausschlaggebende Rolle bei der Einhaltung von Umsetzungsmaßnahmen, der Prävention und dem Erfassen. Die Dienststellen des Sozialinspektorats ergreifen präventive und repressive Maßnahmen zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und des Sozialdumpings. Die Dienststellen sind in der Lage, ihre Prüfungen vor Ort vorzubereiten und mittels Datenaustausch, Datenabgleich und Data-Mining betrügerische Arbeitgeber aufzudecken. Bei der Prüfung der Sozialversicherungs- und Arbeitspapiere haben die Dienststellen die Möglichkeit, zu prüfen, ob sich ein Arbeitgeber an die Vergütungs- und Arbeitsbedingungen hält.

Die Gewerbeaufsicht in **Rumänien** ist dafür verantwortlich, die Einhaltung des Arbeitsrechts und der tarifvertraglichen Bestimmungen zu prüfen. Zu den Verantwortlichkeiten des Gewerbeaufsichtsamts und der Einwanderungsbehörde zählen die Überwachung der Beschäftigung und Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten. Die beiden Institutionen haben ein Kooperationsabkommen geschlossen und einen Plan ausgearbeitet für die operative Zusammenarbeit zur Bekämpfung illegaler Migration und unangemeldeter Arbeit.

Seit 2005 wurde die Zuständigkeit für die Überwachung von Baustellen und Arbeitsstätten in **Deutschland** an die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) der Zollverwaltung übertragen. Diese Abteilung überwacht Unternehmen und Selbstständige. Die Mitarbeiterzahl wurde auf 6.800 aufgestockt und der Abteilung wurden Polizeibefugnisse gemäß der Strafprozessordnung und des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten erteilt. Der Schwerpunkt der Kontrollen liegt hauptsächlich auf der Meldepflicht, der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge, der Einhaltung der Arbeitsbedingungen und des Arbeitsrechts sowie der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer.

In **Schweden** sind Kontrollmaßnahmen ausschließlich in Tarifverträgen mit der schwedischen Gewerkschaft vorzufinden. Die gesetzlichen Instrumente für die

Unterstützung und den Erhalt der gewerkschaftlichen Funktionen bei der Kontrolle und Überwachung der Gehalts- und Beschäftigungsbedingungen für gleichermaßen in- und ausländische Arbeitgeber scheinen durch das EU-Recht und die neue Gesetzgebung nach Laval geschwächt worden zu sein.

Derzeit gibt es keine Instrumente in **Italien**, die eine Überwachung des Entsendephänomens ermöglichen würden. Was erstellt wurde, ist ein Protokoll, das von den Gewerbeaufsehern in den Provinzen auszufüllen ist, wenn sie im Zuge ihrer regelmäßigen Kontrollen Entsendungsfälle aufdecken. In diesen Fällen wird ihnen angeraten, die Beibringung eines formellen Dokuments, aus dem die Arbeitnehmer und Auskünfte über Abzüge hervorgehen, und des E101-Formulars einzufordern.

8. Sanktionen und Geltendmachung von Ansprüchen

In Artikel 5 der Richtlinie wird auf eine Rechtsweggarantie für die entsandten Arbeitnehmer, einschließlich des Zugangs zu Schieds- und Vermittlungsverfahren genannt.

Wir haben die Möglichkeiten der Geltendmachung von Ansprüchen im Falle von Verstößen untersucht. Vorab ist zu sagen, dass die Beschwerden so gut wie nie von den entsandten Arbeitnehmern selbst ausgehen. Entsandte Arbeitnehmer sind äußerst zögerlich, sich zwecks Beratung an Gewerkschaften zu wenden, und noch zögerlicher, Beschwerde einzulegen, aus Angst, sie könnten entlassen oder nicht wieder eingestellt werden, wenn sie Probleme machen. Nach Auftragsabwicklung gibt es einzelne Fälle entsandter Arbeitnehmer, die sich entweder an die Gewerkschaften oder die lokalen Behörden bzw. das Gewerbeaufsichtsamt wenden. Zu dem Zeitpunkt ist es aber praktisch unmöglich, den Fall aufzuklären und die meisten Unregelmäßigkeiten nachzuweisen. Hinzu kommt, dass die Bußgelder für Arbeitgeber im Falle des Verstoßes gegen die Arbeitsnormen relativ niedrig sind und keine größere abschreckende Wirkung haben.

Irland hat keine besondere Anwendungs-, Einhaltungs- oder Rechtsmittelverfahren vorgesehen, die Entsendungssituationen abdecken. Beschwerden im Falle der Verletzung des Arbeitsrechts müssen individuell geahndet werden (es gibt keinen 'Kollektivklage'-Mechanismus). Im Falle eines Verstoßes gegen die tarifvertraglichen Ansprüche eines Arbeitnehmers kann der Arbeitnehmer in einem Zivilprozess oder – im Auftrag des Arbeitnehmers - die nationale Arbeitsrechtsbehörde (National Employment Rights Authority, NERA) gemäß dem Industrial Relations Act von 1990 vorgehen. Auch die Gewerkschaften können bei Verdacht auf Verstoß gegen die Tarifverträge das Gericht anrufen und das Gericht weist mitunter dem Arbeitgeber an, bestimmte Dinge zu erledigen (einschließlich der Begleichung von Außenständen gegenüber einem Arbeitnehmer entsprechend der vereinbarten Vergütung). Verstößt der Arbeitgeber gegen eine erfasste Beschäftigungsvereinbarung (indem er beispielsweise die Arbeiten eines Gewerbeaufsehers

behindert), so kann dies ebenfalls zu strafrechtlichen Maßnahmen führen.

Ein entsandter Arbeitnehmer, der ungerechterweise entlassen oder unter dem Mindestlohn vergütet wird, kann im **Vereinigten Königreich** mit dem Fall vor das Arbeitsgericht ziehen, was mitunter nicht nur schwierig, sondern auf Grund des nebulösen Beschäftigungsstatus im Baugewerbe womöglich auch nur schwer nachweisbar ist. 2007 betrachtete das Arbeitsgericht von einer Vermittlungsstelle bereitgestellte polnische Arbeitnehmer als 'Arbeitnehmer' dieser Vermittlungsstelle, anstatt als 'Arbeiter' mit eingeschränkteren Rechten.

Zur Einforderung ordnungsgemäßer Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen kann ein entsandter Arbeitnehmer in **Norwegen** gegebenenfalls ein Gerichtsverfahren einleiten. Verstöße gegen Rechtsvorschriften sind gemäß den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen strafbar.

Die **Schweiz** hat zusätzlich zu den Bußgeldern für Bagatelldelikte weitere abschreckende Sanktionen eingeführt. Schwerwiegende Verstöße gegen die Arbeitsbedingungen, die Nichtzahlung von Bußgeldern oder Verletzungen der Auskunftspflicht und der Kooperationsbestimmungen können zu einem ein- bis fünfjährigen Verbot der Erbringung von Dienstleistungen führen. Das somit gesperrte Unternehmen wird in einem öffentlichen Verzeichnis geführt (2009 waren es allein 128 Fälle). Das System ist nach wie vor verbesserungswürdig. Bußgelder sind in länderübergreifenden Situationen nur schwer eintreibbar, und die ausländischen Gerichte sind nicht immer gewillt, diese Bußgelder ernst zu nehmen oder geben an, sie seien nicht zuständig für Schweizer Vorschriften.

Von diesen kritischen Äußerungen einmal abgesehen haben die Behörden ein Überwachungssystem eingerichtet, mit dem Kontrollen in rund 50 % der Entsendungsfälle gewährleistet werden.

Die **belgischen** repräsentativen Gewerkschafts- und Arbeitgeberorganisationen haben die Möglichkeit, entsandte Arbeitnehmer zu vertreten. Dazu bedarf es nicht der Zustimmung des entsandten Arbeitnehmers. Die Nichteinhaltung der LIMOSA-Erklärung kann Verwaltungs- oder strafrechtliche Sanktionen mit sich bringen. Gibt der Arbeitgeber die Pflichtenklärung über einen entsandten Arbeitnehmer nicht ab und wird keine Erklärung im Falle von entsandten Selbstständigen abgegeben, folgen strafrechtliche Sanktionen. Sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Kunden/Nutzer können strafrechtliche oder Verwaltungsanktionen auferlegt werden. Die Zahl der Verstöße und involvierten Arbeitnehmer war zwischen 2008 und 2009 relativ stabil. Das oberste Anliegen der Sozialinspektoren, die Verletzungen feststellen, ist, die Lage zu korrigieren; die Dienststellen können einen Bericht verfassen, der zu strafrechtlichen oder Verwaltungsanktionen führt. Sie ziehen es vor, den Arbeitgeber abzumahnern, anstatt das Gericht über die Verstöße zu informieren, indem sie einen formellen Bericht verfassen.

Abgesehen von einigen Bestimmungen über Sanktionen für Arbeitgeber, die gegen Verfahren verstoßen, gemäß derer Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigungen erteilt werden (Ziel: illegale Migration) sind in den **rumänischen** Vorschriften für entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten keinerlei Sanktionen im Fal-

le missbräuchlicher Handlungen des Arbeitgebers gegenüber dem entsandten Arbeitnehmer vorgesehen. Die vom Gewerbeaufsichtsamt anzuwendenden Sanktionen haben eine rein symbolische Wirkung.

Einzelne Rechtsfälle werden in **Frankreich** mittels Schlichtungsverfahren vom Arbeitsgericht geregelt, wobei sie keine Verfügungen erlassen, es sei denn, es kommt keine Einigung zustande. Diese Gerichte bestehen aus einem Schlichtungsausschuss und einer Schiedsstelle. Der Schlichtungsversuch ist die unterste verbindliche Stufe im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens. Die Bestimmungen über die Überwachung und Sanktionen für französische Entsendevorschriften können als detailliert und umfassend bezeichnet werden.

Werden dem Gewerbeaufsichtsamt nicht die erforderlichen Unterlagen vorgelegt, wird dies mit einem Bußgeld geahndet. Diese Sanktionen haben häufig keine abschreckende Wirkung.

Das Gewerbeaufsichtsamt in den **Niederlanden** kann Unternehmen, die gegen die Mindestlohnbestimmungen verstoßen, Bußgelder auferlegen. Die Gewerbeaufsicht kann einen Arbeitgeber verfolgen, wenn Fälle wie Unterbezahlung, keine Urlaubsgeldzahlung vorliegen oder der Arbeitgeber keine Auskünfte über die Arbeits- oder Beschäftigungsbedingungen und/oder die Anzahl Stunden erteilen kann. Die Höhe des Bußgelds hängt von der Höhe der Unterbezahlung ab. Das Bußgeld ist für jeden unterbezahlten Arbeitnehmer zu entrichten.

Die Rolle der **schwedischen** Arbeitsschutz-Behörde als Verbindungsbüro wurde nach dem Laval-Fall gestärkt. Die Behörde führt Kontrollen durch und beichtigt Arbeitsstätten und klärt über das schwedische Modell auf. Das Gerichtswesen greift nur auf der Grundlage allgemeiner Zivilprozesse oder strafrechtlicher Verfahren in Arbeitsmarktfragen ein. Zur Gewährleistung der Transparenz für entsandte Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber müssen die Gewerkschaften bei der Behörde die Bedingungen vorlegen, die sie gegebenenfalls mit Hilfe von Arbeitskampfmaßnahmen durchsetzen wollen.

In dem **spanischen** Bericht ist zu lesen, dass die quantitative und qualitative Intensivierung der Überwachung nur geringfügig zweckdienlich ist, da vielfache rechtliche Hindernisse zur Sicherstellung der Vollstreckung von Sanktionen (Bußgelder oder sonstige Strafen) ausländischen Unternehmen auferlegt werden, die Arbeitnehmer nach Spanien versenden. Das ist *das* Problem schlechthin bei der Überwachung der Entsendung. In der Praxis landen Sanktionsmitteilungen an ausländische Unternehmen 'ganz einfach im Mülleimer', und Unternehmen, die ihre Bußgelder nicht zahlen oder ihren Sanktionen nicht nachkommen, können auch weiterhin in Spanien tätig bleiben.

Die aktualisierten offiziellen Zahlen in **Deutschland** belegen, dass insbesondere im Baugewerbe eine hohe Anzahl von Verstößen zu verzeichnen ist, obwohl das deutsche Arbeitnehmer-Entsendegesetz bereits seit 15 Jahren in Kraft ist. Für 2009 berichtete die zuständige Behörde (Zollverwaltung) von Bußgeldern in Höhe von insgesamt 35 Millionen Euro. Schätzungen von Informationsquellen zu-

folge ist das Ausmaß der Verletzungen erheblich größer, da Kontrollen nur nach dem Zufallsprinzip durchgeführt werden.

In Entsendungsfällen in **Italien**, bei denen die Anforderungen nicht erfüllt werden, werden das Entleihunternehmen und das entsendende Unternehmen pro Beschäftigungstag mit einer Geldstrafe von € 50 pro Arbeitnehmer belegt. Erfolgt die Entsendung ohne Erfüllung der Anforderungen, kann der Arbeitnehmer gegebenenfalls vor Gericht ziehen, um ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleihunternehmen einzufordern.

In einigen Mitgliedstaaten gibt es die Anwendung über Institutionen und entsprechende Sanktionen. Die gesetzliche Position der betroffenen zuständigen Behörden ist im Allgemeinen relativ stark. Eine ganz andere Situation gilt für einzelne Arbeitnehmer.

Der gerichtliche Weg ist für Arbeitnehmer alles in allem ein recht mühsamer:

- Die Gerichte sind oft nicht mit Entsendungsfragen vertraut.
- Die Gerichte setzen sich nicht zwangsläufig für die tarifvertraglichen Ergebnisse ein.
- Beweise aus einem Mitgliedstaat werden nicht automatisch von den Gerichten in einem anderen Mitgliedstaat anerkannt.
- Es mangelt an Anweisungen darüber, wie mit Entsendungsfragen umzugehen ist, und die EuGH-Fälle haben nicht zu mehr Klarheit bzw. Gewissheit beigetragen.
- Das Merkmal der zeitlichen Begrenzung stellt ein schwerwiegendes Hindernis für die wirksame Anwendung dar; es ist schwierig, rechtzeitig Verstöße festzustellen und Informationen zusammenzutragen.
- Darum erweist es sich für den einzelnen Arbeitnehmer ebenfalls als schwierig, Missbräuche nachzuweisen.
- Bußgelder haben eher Symbolwert und keine abschreckende Wirkung.
- Verwaltungssanktionen und -urteile (die zum Beispiel von der Gewerbeaufsicht und den Arbeitsgerichten auferlegt werden), werden in anderen Ländern nicht anerkannt oder gelten nicht als gesetzlich verbindlich (wie das normalerweise der Fall wäre, würde es sich um Strafrecht handeln).
- Arbeitgeber können ihre Betriebe auch schließen und recht schnell unter einem anderen Namen wieder eröffnen.
- Es ist schwierig, sich mit den Vorschriften im Herkunftsland vertraut zu machen und diese zu kontrollieren.

Die Geltendmachung von Ansprüchen hängt auch häufig von der Anzahl betroffener Arbeitnehmer und /oder dem Schweregrad der Ausbeutung bzw. des Missbrauchs ab. Wir haben Beweise gefunden, dass Fälle, in denen einzelne Arbeitnehmer sogar von schwerwiegenden Folgen wie Todesfällen betroffen waren, weniger ernst genommen werden als Fälle, bei denen die Dienstleistungsfreiheit und die wirtschaftliche Freiheiten auf dem Spiel stehen. Das Ergebnis lautet Straflosig-

keit und die Unfähigkeit des EU-Rechtssystems, wirksame Sanktionen, Abhilfemaßnahmen oder Wiedergutmachungen in Fällen von Verletzungen der Entsendevorschriften zu gewährleisten.

Ausgehend von unseren Berichten können wir einige Bedingungen formulieren, die das recht problematische Beschwerdeverfahren in Gerichtsverhandlungen erleichtern könnten.

Positive Instrumente lauten:

- das Bestehen spezifischer maßgeschneiderter Rechtsbehelfs- und Rechtsmittelverfahren,
- Kollektivmaßnahmen,
- die Kompetenz zur Vertretung entsandter Arbeitnehmer durch Gewerkschaften und/oder Sozialpartnerorganisationen,
- politischer Druck und allgemeine Bekanntmachung,
- Eingreifen durch Beilegung in Streitfällen oder Schiedsstellen.

Der allgemeine Schluss zeigt jedoch zwangsläufig, dass es an leicht zugänglichen Vorkehrungen zum Rechtsschutz für entsandte Arbeitnehmer mangelt.

9. Rolle der Sozialpartner

Die Rolle der Sozialpartner kann sehr breit definiert werden, und in einigen Ländern haben sie die Führung übernommen, wenn es darum geht, Aufklärungsarbeit in Entsendeunternehmen und bei deren Arbeitnehmern zu leisten.

Auf der Internetseite von EFBH/FIEC sind in englischer Sprache und der Amtssprache des jeweiligen Aufnahmelandes detaillierte Informationen über die relevanten einzelstaatlichen Gesetze und Vorschriften über entsandte Arbeitnehmer in den 27 Mitgliedstaaten angeführt. Sie gilt als die Seite mit den vollständigsten Informationen über die Entsendung von Arbeitnehmern im Baugewerbe.

Für **Spanien** wird gesagt, dass die Sozialpartner im Baugewerbe leistungsmäßig sowohl die spanischen Behörden als auch die Kommission übertreffen. Die Gewerkschaften im Baugewerbe spielen eine aktive Rolle in dem Bestreben, die Gesetzeseinhaltung sicherzustellen und die Rechte der entsandten Bauarbeiter auf nationaler und vor allem auf regionaler Ebene zu schützen. Die Arbeitgeberpflichten der positiven Bewertung der Gewerkschaften des spanisch-portugiesischen Kooperationsabkommens bei, ebenso wie der Chance, welche die Sozialpartner dadurch erhalten, Beiträge zu den Diskussionen des bilateralen Ausschusses zu leisten. Die Sozialpartner arbeiten mit den spanischen und portugiesischen Gewerbeaufsichtsämtern zusammen, um eine Tabelle mit den Entsprechungen der einzelnen Berufskategorien zu erstellen. Im Fall Spaniens kann man nicht sagen, dass die Empfehlungen der Kommission hinsichtlich Maßnahmen gemäß Art. 4 von Richtlinie 96/71 erfüllt wurden, denen zufolge die staatlichen Behörden Informationen über die Entsendung bereitstellen und zugänglich machen sollten.

In **Irland** nahmen sich historisch gesehen die Gewerkschaften und Arbeitgeber mittels traditioneller Strukturen und Verfahren für Arbeitsverhältnisse (Verhandlungen, Vereinbarungen, Kollektivmaßnahmen, Schlichtung über das Arbeitsgericht usw.) der Einhaltungprobleme an, und die Ergebnisse spiegelten häufig den Pragmatismus dieses freiwilligen Systems wider. Die im Rahmen eines nationalen Partnerschaftsabkommens mit dem Titel *Towards 2016* eingerichtete nationale Arbeitsrechtsbehörde (NERA) war Teil der Antwort auf groß angelegte Streitfälle über die Ausbeutung von Wanderarbeitern in den Unternehmen Gama und Irish Ferries, dergemäß die Einhaltung der Arbeitsrechte überwacht und angewandt wird, wobei hier die Rolle rein auf die Durchsetzung (Ausweitung des Geltungsbereichs) des Arbeitsrechts bezogen wird, gegebenenfalls auch durch den Weg über die entsprechenden Gerichte. Einige Arbeitgeber (die an das Freiwilligensystem gewöhnt waren) betrachten NERA als überaggressiv im Ansatz, während sich wiederum einige Gewerkschaften dadurch ihrer Funktionen beraubt fühlen.

In **Belgien** werden Partnerschaftsabkommen zwischen den Sozialpartnern und den Dienststellen des Sozialinspektorats zur Bekämpfung unangemeldeter Arbeit unterzeichnet; die Sozialpartner gelten ebenfalls als wichtige Quelle der Dienststellen des Sozialinspektorats bei Kontrollen der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen. Die Gewerkschaften haben Aktivitäten mit dem Ziel der Aufklärung entsandter ausländischer Arbeitnehmer über ihre Rechte ausgearbeitet.

Die Sozialpartner in den **Niederlanden** haben Institutionen zur sektoralen Durchsetzung der Tarifverträge eingerichtet. Sie haben eine strukturelle Zusammenarbeit mit der Gewerbeaufsicht geschaffen. Im Bausektor wurden Versuche mit einer Einhaltungsprüfstelle gestartet, und die Sozialpartner im Leiharbeitssektor haben eine erfolgreiche Stiftung gegründet, welche die Einhaltung überwacht und auch befugt ist, strafrechtliche Verfolgungen anzustrengen. Die niederländischen Gewerkschaften haben versucht, über (polnische) Kulturorganisationen, Kirchen, die Medien und Arbeitsvermittlungsstellen Kontakt zu ausländischen Arbeitnehmern herzustellen und herauszufinden, welche Probleme an ihrem Arbeitsplatz auftreten.

Auf Initiative der Arbeitgeber im Baugewerbe in **Frankreich** wurde im Oktober 2005 eine Informationskampagne gestartet, um über die bestehenden Gesetzesvorschriften im Zusammenhang mit in- und ausländischen Zulieferungsverträgen besser aufzuklären.

Die Arbeitgeberverbände haben vor allem auf die Verbreitung der Entsendepraxis im Baugewerbe reagiert. In mehreren französischen Fällen war die Rolle der Gewerkschaften und deren Vertreter an den Arbeitsstätten entscheidend dafür, Unregelmäßigkeiten festzustellen, gerade in Situationen, in denen Gewerkschaften gute Kontakte zu den betroffenen entsandten Arbeitnehmern hergestellt hatten.

In einer Reihe von gemeinsamen Erklärungen haben die **deutschen** Sozialpartner ihre Strategie im Kampf gegen illegale Praktiken und betrügerische Entsendungen dargelegt. Hauptthemen dieser Erklärungen waren die Verbesserung der Überwachung und Einhaltung der Vorschriften über Mindestlöhne. Die Sozial-

partner spielten eine entscheidende Rolle in den politischen Disputen, die letztendlich zum deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetz führten, das noch vor der Europäischen Entsenderichtlinie verabschiedet wurde. Eine gemeinsame Erklärung aus 2004 war Auslöser mehrerer regionaler Bündnisse der Sozialpartner, Behörden und Zollverwaltungen. Die IG Bau gründete den Europäischen Verband der Wanderarbeiter. Darüber werden die Arbeitnehmerinteressen verteidigt und Entschädigungsverfahren ausgelöst.

Die **italienischen** Gewerkschaften und insbesondere jene im Bausektor arbeiten mit dem Gewerbeaufsichtsamt zusammen und erteilen Auskünfte über Unregelmäßigkeiten, die sie im Rahmen ihrer gewöhnlichen Prüfungen auf den Arbeitsplätzen und Baustellen feststellen. Die Arbeitgeberorganisationen übernehmen eine informative Rolle, wenn sie von Unternehmen kontaktiert werden, die Arbeitnehmer entsenden oder entsandte Arbeitnehmer aufnehmen möchten.

Die **schwedischen** Sozialpartner regeln Höhe und Bedingungen der Löhne und Gehälter. Das Tarifverhandlungssystem baut auf der Aktivität der Partner auf; sie müssen prüfen, ob Tarifverträge und Anwendungsvereinbarungen unterzeichnet und auf die Arbeitnehmer in den Unternehmen angewandt werden und zwar unabhängig davon, ob es sich um in- oder ausländische Arbeitnehmer handelt. Eine Mehrzahl aller Kontrollen der Arbeitsbedingungen in ausländischen Unternehmen erfolgt über die Gewerkschaften auf lokaler Ebene; dabei werden meist die Vergütungs-, Versicherungs- und sonstigen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen geprüft.

Die **Schweizer** Sozialpartner spielten eine entscheidende Rolle bei den Verhandlungen über das Freizügigkeitsabkommen mit der EU. Die Gewerkschaften übernahmen die Führung, als es darum ging, sozialpolitische Begleitmaßnahmen zu fördern. Das Ergebnis waren die derzeitigen Entsendevorschriften. Auch bei der Durchsetzung und Überwachung der Vergütungs- und Arbeitsbedingungen wird der Rolle der Sozialpartner eine große Bedeutung zuteil: Dreierausschüsse sind die für die Kontrolle zuständigen Organe.

Ein interessantes gemeinsames Merkmal im Kontext des **Vereinigten Königreichs** ist die Funktionsweise des National Joint Council für die Engineering Construction Industry (NJC). Das Führen akkurater Informationen darüber, wer tatsächlich oder möglicherweise auf einer Baustelle arbeitet, ist eine Schlüsselfrage, die für alle Baustellen gilt. Der NJC-Rat ist das Organ innerhalb des Baugewerbes, das Möglichkeiten für Anhörungen, Diskussionen und Verhandlungen über Schlüsselthemen, einschließlich der Entsenderichtlinie schafft, die für die Untersektoren insgesamt und einzelne Projekte relevant sind. Die bedeutendsten Gruppen, die an der Einhaltung und Durchsetzung auf den Baustellen beteiligt sind, sind die gewerkschaftlichen Vertrauensleute auf den Baustellen selbst.

10. Interessante Fälle und Formen des Missbrauchs

Was unbeabsichtigte Auswirkungen anbelangt, so ist klar, dass das Thema entsandte Arbeitnehmer mit Themen in Bezug auf die Rekrutierung von (Wander)arbeitnehmern im Allgemeinen und der Vertragseinhaltung vermischt wurde. Die Umgehung bildet sich als eine Antwort auf die nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen; dadurch wird versucht, auf die unterschiedlichste Art und Weise Vorschriften und Bestimmungen zu umgehen. Trotz der Tatsache, dass Entsendungsunternehmen zur Einhaltung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen angehalten sind, können diese Firmen einen Kostenvorteil erzielen, wenn die Sozialversicherungsbeiträge im Herkunftsland wesentlich niedriger sind. Dasselbe passiert, wenn entsandte Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß entsprechend ihrem Fertigungs-/Qualifikationsgrad eingesetzt werden, so dass diese Arbeitnehmer unter Mindest(lohn)bedingungen arbeiten, die aber nicht denen ihrer Kollegen im Aufnahmeland entsprechen. Derartige Faktoren können zu Vorzügen für entsandte Arbeitnehmer gegenüber inländischen Arbeitnehmern führen, mit der Möglichkeit dass Voraussetzungen für berufliche Qualifizierung in dem Aufnahmeland untergraben werden.

Anhand der Länderberichte können vier unterschiedliche entsendungsbezogene Rekrutierungsformen von Arbeitskräften beschrieben und kategorisiert werden.

- a. Im Rahmen unserer Forschungsarbeiten haben wir ordentliche Entsendungsformen mit spezialisierten Subunternehmern festgestellt, die vorübergehend in einem anderen EU-Mitgliedstaat mit gut bezahlten Arbeitskräften bzw. qualifizierten Mitarbeitern, die beide zur Kernbelegschaft des Entsendeunternehmens gehören, Dienstleistungen anbieten.

In derartigen Fällen werden die Arbeitsnormen normalerweise eingehalten. Im französischen Senat wurde sich mit einem bekannten Fall (Porcheville) befasst, aus dem hervorging, dass es auch auf Großbaustellen bekannter Auftraggebern und mit spezialisierten Subunternehmen zu Unregelmäßigkeiten kommen kann. Am Ende der Debatte kamen sie zu dem Schluss, dass die Nichteinhaltung der Entsendevorschriften nicht auf kleine oder mittlere Baustellen begrenzt ist. Es wurde gesagt, dass das Eingreifen der Gewerkschaften und Arbeitnehmervertreter ausschlaggebend sei, da sie im direkten Dialog mit den betroffenen entsandten Arbeitnehmern stehen (<http://www.senat.fr/rap/r06-028/r06-028.html>).

Für Auftraggeber oder Hauptauftragnehmer ist es nicht immer einfach, die Lohn- und Gehaltszettel aller Arbeitnehmer zu prüfen. Es entstehen Probleme bei der Einhaltung, sobald Großunternehmen die Rekrutierung an kleine Subunternehmer übertragen, was nämlich zu verschiedenen Rekrutierungsebenen führt und die Einhaltung durch das Zurückgreifen auf Arbeitsvermittlungsfirmen, Leiharbeitsagenturen und sonstige Mittler immer weiter nach unten schraubt. Eine

Strategie, die lediglich darauf beruht, die Untervergabe ausschließlich auf Arbeitskräfterekrutierung zu beschränken mit dem Ziel niedrigerer Preisabsprachen, birgt die Gefahr, dass früher oder später Arbeitskräfte, deren Status nicht geregelt ist, und illegale ausländische Arbeitnehmer auf den Markt kommen. Arbeitergruppen werden über Briefkastenfirmen, Werbung und informelle Netzwerke eingestellt. Die unterste Stufe bedeutet dann ein nicht ordnungsgemäßes Angebot an billigen Arbeitskräften über Agenturen oder Leiharbeitsfirmen und die offensichtlich potenzielle Verzerrung des Arbeitsmarktes. Das unterstreicht die Bedeutung des Haftungsrechts.

- b. Darüber hinaus haben wir "perfekt gesetzeskonforme" Entsendungsfälle vorgefunden, in denen abgewogen wurde zwischen der Einstellung inländischer Arbeitskräfte und dem Einführen ausländischer Arbeitskräfte unter dem Deckmantel der Erbringung von Dienstleistungen. Daran ist auf den ersten Blick nichts auszusetzen. Die Berechnung ist jedoch ganz einfach: ein Subunternehmer, der eine Belegschaft aus einem Land mit niedrigen Sozialversicherungsbeiträgen anbieten kann, ist aller Wahrscheinlichkeit nach günstiger als der inländische Subunternehmer. Die Unterschiede zwischen dem Grundgehalt und den einzuhaltenden Mindestarbeitsbedingungen mögen zwar gering sein, aber in Verbindung mit langen Arbeitszeiten und schlechten Lebens- und Arbeitsbedingungen kann man durchaus den gesetzlichen Charakter der Entsendung in Frage stellen. Es gilt diesbezüglich zwei Berechnungen anzustrengen: weniger Sozialversicherungsbeiträge und die Zahlung von Mindestlöhnen (statt der vor Ort vorherrschenden Löhne und Gehälter unter Berücksichtigung der Qualifizierung). Ein drittes Element könnten Steuerhinterziehungen sein.

Einsparungen seitens der Arbeitgeber ergeben sich aus der Tatsache, dass einige Zahlungen im Aufnahmeland weder Gegenstand von Sozialversicherungsbeiträgen noch von Einkommenssteuer bilden. Während dies nicht unter die Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten der Gewerbeaufsicht oder sonstiger Kontrollorgane fällt, schafft es Betrugsmöglichkeiten gegenüber den Steuer- und Sozialversicherungssystemen.

Es besteht ein starker allgemeiner Konsens, dass entsandte Arbeitnehmer in der Praxis oft entlohnt werden gemäß den offiziellen Mindestlohnkategorien und auch dazu bereit sind zu arbeiten (da diese immer noch weit über den Stufen in ihrem Herkunftsland liegen). Ein weiteres Problem, das bereits mit Blick auf Löhne und Gehälter angesprochen wurde, ist die Frage nach den Entsprechungen der Berufskategorien und der jeweiligen Aufgaben.

Im **Vereinigten Königreich** werden entsandte Arbeitnehmer beispielsweise vom nationalen Mindestlohn abgedeckt, der aber unter sämtlichen Tarifverträgen im Baugewerbe und dem oft vor Ort herrschendem höherem Entgelt liegt. Es gibt zurzeit keine gesetzlichen Vorschriften, verbindliche oder sonstige tarifver-

tragliche Bedingungen für entsandte Arbeitnehmer. Das heißt, dass die Palette der allgemein von den Sozialpartnern im Baugewerbe anerkannten Tarifverträge im Baugewerbe nicht zwangsläufig für entsandte Arbeitnehmer gilt.

Theoretisch ist in den **französischen** Entsendevorschriften die tatsächliche Gleichstellung des Entgeldes für entsandte und französische Arbeitnehmer vorgesehen: Jeder Arbeitnehmer wird entsprechend dem Brutto(mindest)lohn vergütet, der abhängig vom tarifvertraglich vereinbarten Qualifikationsgrad ist. Die Gewerkschaften und Arbeitgeberorganisationen der Sozialpartner haben ein erhebliches Problem bei der Anwendung der Vergütungssätze auf entsandte Arbeitnehmer festgestellt, wenn die jeweiligen nationalen Qualifikationsprofile und Berufskategorien voneinander abweichen und es folglich schwierig wird, besagten Arbeitnehmer im Rahmen der vereinbarten Lohn Tabellen einzustufen. In dem Bericht des französischen Senats wird (für 2006) eine Berechnung angestellt: Die Einhaltung der Entsendevorschriften führt zu einem Kostenunterschied von rund 50 % zwischen französischen Löhnen und Gehältern und den Lohnkosten für entsandte Arbeitnehmer. Kalkulationen in anderen Aufnahmeländern führen zu ähnlichen Ergebnissen: das auf niedrigeren Sozialversicherungsbeiträgen beruhende Gehaltsgefälle beträgt zwischen 25 und 30 %.

Gemäß der aktuellen Gesetzgebung in **Rumänien** erhalten Unternehmen, die entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten anstellen, einige Wettbewerbsvorteile im Vergleich zu anderen Unternehmen. Die vom Arbeitgeber für den entsandten Arbeitnehmer entrichteten Kosten liegen 29,5 % unter denen von Arbeitnehmern mit einem Arbeitsvertrag (weil für entsandte Arbeitnehmer in Rumänien keine Sozialversicherungs-, Krankenkassen- und Arbeitslosenkassenbeiträge gezahlt werden). Anders als bei Arbeitnehmern, die aus einem EU-Staat entsandt werden, sind entsandte Arbeitnehmer aus Drittstaaten nicht durch Gesetze geschützt, die entsprechende Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewährleisten. Rumänien hat ILO-Übereinkommen Nr. 181 über private Rekrutierungsagenturen nicht unterzeichnet, in dem Grundregeln für die Transparenz der Arbeitsvermittler und die erforderlichen Kontrollen vorgesehen sind und vor missbräuchlichen Praktiken gegenüber Arbeitnehmern abgeschreckt wird.

- c. Wir haben fragwürdige "legale" Entsendepraktiken aufzeichnen können, im Rahmen derer die rekrutierten Arbeitskräfte mit Sachen wie nicht vorhandene ordnungsgemäße Sozialversicherung, nicht bezahlte Überstunden, Abzüge für Verwaltungskosten, erzwungene und ungerechte Abzüge für Unterkunft und Transport, Steuerabzüge und Rückerstattungspflicht (nach der Rückkehr in die Heimat) der (Mindest-) Lohnzahlungen konfrontiert wurden. In Extremfällen wurden die Arbeitnehmer exzessiven Überstunden, der Nichteinhaltung von Ruhetagen (oder nur 1 bis 2 Tagen pro Monat) in Verbindung mit grundlegenden Arbeitsschutzproblemen ausgesetzt. Unter solchen Umständen gibt es keine oder nur eine unwirksame Arbeitnehmervertretung. Derartige Praktiken stellen eine Verletzung gegen die Entsendevorschriften dar.

Im zweiten Fall sprachen wir von dem 'legalen' Wettbewerbseffekt der Entsendung von Arbeitnehmern und insbesondere von Kostenunterschieden zwischen dem entsendenden Staat und dem Aufnahmeland im Bereich der Sozialversicherung. Diese Situation wird umso schlimmer, wenn – wie in mehreren Berichten angeführt – die meisten Unregelmäßigkeiten beim Zurückgreifen auf Entsendungen nicht nur die geringere Vergütung im Vergleich zu den in den nationalen Tarifverträgen oder in Mindestlohnbestimmungen festgelegten Stufen sind, sondern auch regelwidrige Sozialversicherungsbeiträge im Herkunftsland. Die klassische Form der Nichteinhaltung umfasst jedoch meistens die Nichteinhaltung der Lohn- und Gehaltsvorschriften. In den Berichten werden schwerwiegende Unregelmäßigkeiten in Bezug auf die Bezahlung entsandter Arbeitnehmer belegt. Selbst im Falle von allem Anschein nach regulären Lohnpaketen erhalten die Arbeitnehmer in Wirklichkeit nur einen Teil ihres Gehalts oder sie werden aufgefordert, einen Teil davon ihrem Arbeitgeber zurückzuerstatten.

In dem Fall Gama in **Irland** ging es um die Entsendung türkischer Arbeitnehmer, die an einer Reihe von begehrten öffentlichen Projekten arbeiten sollten, einschließlich Stromkraftwerken, umfangreichen Entwicklungsprojekten im Straßenbau und Wohnungsprojekten der örtlichen Behörden. Im Februar 2005 wurde dann bekannt, dass Gama Arbeitnehmer zu Löhnen beschäftigte, die sowohl unter dem tarifvertraglichen Mindestsatz als auch, in der Tat, unter dem nationalen Mindestlohn lagen. Die Arbeiter wurden von ihrem Arbeitgeber außerhalb der Baustelle untergebracht und sprachen nur wenig oder gar kein Englisch. Die Angelegenheit wurde an die Öffentlichkeit getragen, die sich angesichts der Lebensbedingungen der Arbeiter ziemlich schockiert zeigte. Die Gewerbeaufsicht nahm dann ihre Ermittlungen auf. Eine komplexe Geschichte mit vernichteten Arbeitsaufzeichnungen und Geld der Arbeitnehmer, das in einigen Fällen ohne deren Wissen auf irischen, türkischen und niederländischen Bankkonten auftauchte. Der Disput, an dem letztendlich drei Gewerkschaften beteiligt waren und auf den eine langwierige Serie inoffizieller und offizieller Maßnahmen folgten, wurde schließlich im August 2005 durch den Ausschuss für Arbeitsbeziehungen (Labour Relations Commission) beigelegt. Gama verpflichtete sich, allen seinen türkischen Arbeitnehmern pro Jahr Betriebszugehörigkeit als Entschädigung für Überstunden € 8000,- zu zahlen. Alle türkischen Arbeiter erhielten Geld von den niederländischen Bankkonten und beachtliche Beträge als Entschädigung für die Unterbezahlung. Zu diesem Zeitpunkt waren fast alle der ursprünglich 600 Arbeitnehmer in die Türkei zurückgekehrt, lediglich 83 blieben in Irland. Der Gama-Rechtsstreit warf zum ersten Mal auf nationaler Bühne Fragen in Bezug auf die Ausbeutung entsandter Arbeitnehmer und die komplexen Probleme auf, welche die Entsendung hervorrief. Als Reaktion auf den Rechtsstreit (und einen weiteren bei Irish Ferries) einigten sich die Sozialpartner in dem nationalen Partnerschaftsabkommen *Towards 2016* auf die Einrichtung der nationalen Arbeitsrechtsbehörde NERA.

Die **spanischen** Gewerkschaften und Gewerbeaufsichtsämter sind der Meinung, die Arbeitszeiten seien einer der großen Missbrauchsbereiche im Zusam-

menhang mit der Entsendung von Arbeitnehmern, die systematisch länger arbeiten, mehr Überstunden leisten und kürzere Ruhezeiten haben als dies laut Tarifverträgen und dem spanischen Gesetz über die Rechte der Arbeitnehmer zulässig ist. Sie sind sich allerdings auch darüber einig, dass derartige Missbräuche nicht nur rein auf entsandte Arbeitnehmer beschränkt sind. Das Problem bei der Überwachung von Arbeitszeiten und Überstunden stellt in der gesamten Branche ein Problem dar.

Im **Vereinigten Königreich** vergab Hauptauftragnehmer Bouygues beim Tyne-Tunnelprojekt einen Teil des Auftrages an polnische und portugiesische Bauunternehmer weiter. Die Baugewerkschaft UCATT stellte fest, dass entsandte Arbeitnehmer zu den Sätzen arbeiteten, die in Stufe 1 für Aufgaben im Stahlbau in der Vereinbarung über Arbeitsvorschriften (£ 9,82 zuzüglich Vertragsbonus) vorgegeben sind, in Wirklichkeit aber nur £ 5,50 pro Stunde bekamen, was illegal war, da der nationale Mindestlohn bei £ 5,73 lag. Die Arbeitgeber bestritten, dass der nationale Mindestlohn nicht bezahlt wurde, und einer argumentierte, dass in Anbetracht der Tatsache, dass es sich um entsandte Arbeitnehmer handelte, sie nicht die für Fertigkeiten im Stahlbau vereinbarte Stufe 1 zu zahlen hätten. Eine Reihe von Sitzungen wurde mit dem Auftraggeber und dem Hauptauftragnehmer abgehalten und einige Mitglieder des Parlaments wurden von der Gewerkschaft darüber in Kenntnis gesetzt, dass sich dies in ihren Wahlkreisen zu einem ernsthaften Problem entwickeln könnte. Daraufhin brachte das portugiesische Unternehmen PortScope einen nach Auffassung der Gewerkschaft fiktiven Lohnzettel bei, aus dem hervorging, dass ein Arbeitnehmer oberhalb des Mindestlohns bezahlt wurde, allerdings in Verbindung mit einem Urlaubsgeld, eine Praxis, die seit einem EuGH-Urteil im Jahr 2006 als illegal gilt.

Im SFL-Fall (SAB Ltd) im **Vereinigten Königreich** wurden 2005 ungarische Arbeitnehmer entdeckt, die monatlich zwischen £ 816 und £ 1.020 erhielten, was unter den üblichen Sätzen und dem nationalen Mindestlohn lag. Ein entsandter Arbeitnehmer berichtete, dass ein entsprechendes ungarisches Gehalt bei £ 326 pro Monat liegt. Im Anschluss an gewerkschaftliche Arbeitskämpfe wurde ein Audit-System für Löhne und Gehälter eingerichtet, unter dem SFL die Löhne von einem Offshore-Bankkonto auf die eigenen ungarischen Konten der Arbeitnehmer überwies. Ein entsandter Arbeitnehmer berichtete jedoch, dass eine monatliche 'Verwaltungsgebühr' in Höhe von £ 2.380 - £ 2.584 von dem auf ihre persönlichen ungarischen Bankkonten eingezahltem Endlohn abgezogen wurde. Die betroffenen entsandten Arbeitnehmer berichteten, dass sie sechs Tage in der Woche arbeiteten, von montags bis freitags täglich neuneinhalb Stunden und samstags bis in den frühen Nachmittag. Es gab keine Ruhe- oder Kaffeepausen und es gab auch keinerlei Bestimmungen über die Arbeitsbedingungen bei schlechten Witterungsverhältnissen. SFL (SAB Ltd) organisierte einmal pro Monat Heimflüge nach Ungarn. Was die Unterkunft anbelangt, so war die Lage allerdings äußerst bescheiden. Es stellte sich heraus, dass immer zwischen acht und zehn Personen in einem kleinen Reihenhauses wohnten. Die Arbeitgeber schienen über Kontrollen der örtli-

chen Behörden informiert gewesen zu sein, da sie den entsandten Arbeitnehmern angewiesen hatten, einige Betten aus dem Haus zu entfernen und zu 'verstecken'. Diese wurden nach erfolgter Kontrolle wieder zurückgestellt.

Der Rechtsstreit im Fall Lindsey ist das Beispiel schlechthin im **Vereinigten Königreich** für entsandte Arbeitnehmer, die auf Lastschiffen am Kai von Grimsby weit weg von anderen Arbeitern, der Gewerkschaft, der örtlichen Bevölkerung und der umliegenden Gemeinschaft lebten. In diesem Rechtsstreit wurde von zwei Schlüsselthemen im Zusammenhang mit Arbeitszeiten berichtet. Bei dem ersten waren die Gewerkschaften der Ansicht, dass die entsandten Arbeitnehmer während ihrer Schichten keine Ruhepausen einlegen durften; die Geschäftsleitung bestritt dies, indem sie argumentierte, dass diese Zeit zu ihrer Mittagspause hinzugefügt wurde. Ebenso bezeichnend waren die Arbeiter vor Schichtbeginn gezwungen ihre Schutzkleidung an zu ziehen und bereiteten sich darauf vor. Der örtlichen Praxis zufolge hätte dies während der Schicht erfolgen müssen. Es stellte sich heraus, dass der Unterlieferant Stückkosten für eine bestimmte Anzahl Stunden erhielt, in denen die Arbeit zu erledigen war.

Ein bekannter Fall in **Frankreich** war die Auseinandersetzung bei einem in Porcheville (2006) gebauten Kraftwerk. EDF war Auftraggeber, und der Hauptauftragnehmer (Alstom) beauftragte einen polnischen Subunternehmer (Zrew). Nach einer Warnmeldung der französischen Gewerkschaften überprüfte die Gewerbeaufsicht die Lohnzettel der entsandten Arbeitnehmer und stellte dabei fest, dass die Zahlungen nicht ordnungsgemäß erfolgt waren: Die Arbeitnehmer bezogen den Mindestlohn, in dem allerdings die Zulagen für die Unterkunft einbegriffen waren. Ein bei der NSZZ Solidarność gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer beschloss, für die Gleichbehandlung zu kämpfen und bat die örtliche französische Gewerkschaft CGT um Hilfe. Das örtliche Gewerbeaufsichtsamt ordnete zusätzliche Zahlungen gemäß der französischen Gesetzgebung an; nachdem dieser Anordnung jedoch nicht Folge geleistet wurde, wurde ein Gericht mit dem Fall befasst und der Prozess 2008 gewonnen.

- d. Letztendlich haben wir verschiedene Formen von "Scheinentsendungen" aufgedeckt, die vom Vervielfältigen und Verteilen von E101/A1-Formularen über eine Baukolonne, über die Rekrutierung entsandter Arbeitnehmer die sich bereits im Aufnahmeland befanden oder die zu Scheinselbstständigen gemacht wurden reichten, bis hin zur Entsendung über Briefkastenfirmen und nicht prüfbar Rechnungen für die Erbringung von Dienstleistungen. Manchmal werden Arbeitnehmer kurz vor ihrer Abreise in das Aufnahmeland in ihrem Herkunftsland als Selbstständige gemeldet. In gesonderten Fällen werden diese Arbeitnehmer als Selbstständigengruppe entsandt. Arbeitnehmer sind nicht gemeldet, haben keine Verträge, werden in bar bezahlt usw., oder die betroffenen Entsendeunternehmen und Arbeitnehmer zahlen weder im Gast- noch im Herkunftsland Steuern.

In fast allen Ländern gibt es wenig Anlass zur Annahme, dass es eine effiziente Überwachung oder gar Sanktionen in Bezug auf eines der wesentlichsten Entsendekriterien gibt, nämlich dass es sich um eine vorübergehende Situation von Unternehmen und Arbeitnehmern handelt, die normalerweise in ihrem Herkunftsland tätig sind. Informationen und Nachweise aus allen möglichen Quellen lassen darauf schließen, dass zahlreiche Entsendungen in der Praxis Scheinentsendungen mit Arbeitnehmern sind, die ausschließlich in dem gastgebenden Land für Subunternehmer arbeiten, deren Haupt- wenn nicht sogar ausschließliche Tätigkeit ebenfalls dort stattfindet. Einige unserer Experten wurden mit Fällen konfrontiert, in denen sich die Anschrift der Entsendeunternehmen, die in den Unterlagen angegeben war, in einem gesperrten, verwaisten oder gar teilweise abgerissenen Gebäude befand.

Ein geläufiger Missbrauchsfall im Rahmen der Entsendung in **Frankreich** ist die Erbringung von Dienstleistungen in Form der Rekrutierung einzelner Arbeitnehmer. Da diese Arbeitnehmer in der Praxis dem Entleihunternehmen unterstellt sind, sollten sie laut französischem Recht als Direktarbeitnehmer dieser Unternehmen zu behandeln sein. Ein weiteres wichtiges Merkmal ist das Bestehen von Briefkastenfirmen am Arbeitsmarkt. Als vermittelnde Agenturen bieten sie billige Arbeitskräfte (mit Löhnen unter dem Mindestlohn bzw. dem dynamischen Mindestlohn - SMIC) an, ohne als echtes Bauunternehmen oder spezialisiertes Subunternehmern in dem Herkunftsland tätig gewesen zu sein.

Das **spanische** Gewerbeaufsichtsamt ist der Auffassung, dass an einem der geläufigsten Verstöße gegen das Entsendegesetz portugiesische Unterlieferanten beteiligt sind, die Briefkastenfirmen mit einer geringfügigen oder gar keiner Tätigkeit in Portugal gründen, und deren oberste oder ausschließliche Tätigkeit das Auftreten als Subunternehmer für spanische Bauunternehmen ist. Es wurde ebenfalls von Fällen spanischer Unternehmen berichtet, die Briefkastenfirmen in Portugal gründen, die, nachdem sie enthüllt waren, gezwungen wurden, ihre Mitarbeiter im spanischen Sozialversicherungssystem anzumelden.

Für **Irland** wurde von einigen Fällen berichtet, in denen die Geschäftsführer eines Bauunternehmens auch alleinige Geschäftsleiter einer Arbeitsvermittlungsgesellschaft waren, die ausschließlich besagten Bauunternehmen Arbeiter vermitteln. Eine solche Praxis mag durchaus absolut legal sein, es sei denn, es stellt sich heraus, dass sie rein aus Gründen der Steuerhinterziehung oder der Umgehung des Arbeitsgesetzes angewandt wurde. Darüber hinaus besteht im irischen Recht nach wie vor erhebliche Verwirrung und Ungewissheit über den Status von Einzelpersonen, die über Leiharbeitsfirmen Arbeit erhalten. In einigen Fällen gewährleisten Agenturen den Personen ausdrücklich, dass sie mit 'Arbeitnehmerstatus' einstellen, während in anderen Leiharbeiter als Selbstständige betrachtet werden.

In dem **italienischen** Bericht werden mehrere Fälle von Scheinentsendungen genannt, die von der Unterzeichnung von 'Entsendeverträgen' mit ausländischen Arbeitnehmern, die bereits in Italien leben, bis hin zu Vertragsabschlüssen mit Briefkastenfirmen bzw. sogar reinen Scheinunternehmen reichen.

Im **Vereinigten Königreich** berichtete die Behörde Gangmasters Licensing Authority (GLA) von einer Reihe von Fällen, in denen sich bulgarische GLA-lizenzierte Arbeitsvermittlungsfirmen entsandter 'Scheinarbeitnehmer' bedienen. Nachdem die Lizenz zur Bereitstellung von Arbeitskräften im Landwirtschaftssektor entzogen worden war, berichtete die GLA, dass bulgarische Arbeitnehmer als Scheinselbstständige, statt als entsandte Scheinarbeiter beschäftigt wurden, obwohl der Beschäftigungsstatus hier wie im Baugewerbe nur schwer definierbar ist.

Die **belgischen** Sozialinspektorate stoßen oft auf vorgetäuschte, gefälschte oder unvollständige E101/A1-Bescheinigungen, Scheinentsendungen und andere betrügerische Trickereien. Ein vierter Verstoß sind unvollständige Erklärungen über die verrichteten Arbeiten: Bei den Sozial- und Steuerbehörden des Entsendelands werden nicht alle vom entsandten Arbeitnehmer geleisteten Stunden angegeben.

In **Deutschland** wurde von einem Anstieg der Scheinselbstständigen berichtet, die entsprechend der Planung und Kontrolle des Auftragnehmers mit dessen Ausrüstung bezahlte Arbeiten für einen Subunternehmer verrichten.

11. Bewährte Praktiken

Die Berichte enthalten einige bewährte Praktiken, die hilfreiche Instrumente zur Verbesserung der Entsendeverfahren sein können:

- In einigen Ländern gibt es eine zuverlässige Anmeldung, weil auch das Anfangsdatum für die Erbringung von Dienstleistungen mittels der Entsendung von Arbeitnehmern mitgeteilt werden muss, ebenso wie der zuständigen Behörden im gastgebenden Land die erforderlichen Auskünfte erteilt werden müssen. Die diesbezüglichen Erfahrungswerte mit der elektronischen Anmeldung sind vielversprechend.

Die Einführung des e-Government und die Verwendung unterschiedlicher Datenbanken mittels Datenaustausch, Datenabgleich oder Data-Mining stellen einen erheblichen Fortschritt im Kampf gegen den grenzüberschreitenden Betrug in Belgien dar. Das belgische System der LIMOSA-Erklärung liefert eine Übersicht der Anzahl entsandter Arbeitnehmer und bildet eine äußerst nützliche Datenbank, in der Informationen (über Herkunftsland, Häufigkeit, Beschäftigungssektor und Dauer) über entsandte Arbeitnehmer abgerufen werden können.

Ganz wesentlich in dem Schweizer Modell ist die einwöchige Mitteilungspflicht; eine solche Pflichtmeldung ermöglicht eine wirksame Kontrolle und Durchführung.

Eine Reihe von Maßnahmen wurde ergriffen, um Sozialdumping am norwegischen Arbeitsmarkt zu bekämpfen, die Gewerbeaufsichtsämter zu stärken und Ausweis-

dokumente für alle Arbeitnehmer auf den Baustellen, ein neues Register für Leiharbeitsfirmen, die Haftungskette im Baugewerbe und bestimmte Überarbeitungen im Gesetz über die allgemeine Anwendung von Lohnvereinbarungen einzufordern. Mehrere dieser Maßnahmen werden nun ausgewertet, allerdings ist es nach wie vor verfrüht, Schlüsse über deren Funktionsweise zu ziehen. Die stärkeren Bemühungen der Gewerbeaufsicht hatten jedoch ganz offensichtlich einige positive Effekte. Zudem scheint sich das ID-Karten-System auf den Baustellen als effiziente und erfolgreiche Maßnahme mit positiven Nebenwirkungen bei der Förderung der allgemeinen Anmeldung und Erklärung herauszustellen.

- Die bilaterale Zusammenarbeit und operativen Kontakte in diesem Bereich (zum Beispiel im Rahmen des Euregio-Netzwerks) fördern das gegenseitige Vertrauen, was zu mehr Transparenz, verbessertem Informationsfluss und einer verbesserten länderübergreifenden Einhaltung führt.

Der Fall Spaniens lässt darauf schließen, dass die bilaterale Zusammenarbeit zwischen Ländern und/oder Regionen in Verbindung mit großen Strömen entsandter Arbeitnehmer zu einer wirksamen Verbreitung von Informationen und der Durchführung beiträgt: Die Art der Entsendung ist so, dass die Gewerbeaufsicht in einem Land Informationen aus einem anderen fordert, und alles, was zur Verbesserung der Kommunikation zwischen ihnen beiträgt, wird die Durchsetzung erleichtern. Die spanischen Erfahrungen zeigen die Vorteile eines regelmäßigen individuellen Informationsaustauschs, der Überwachung des Phänomens und gemeinsamer Kontrollen auf.

Durch die von den deutschen Sozialpartnern und mit deren Kassen veranlasste Kooperation wurde eine gemeinsame Grundlage mit mehreren Nachbarländern geschaffen. Seit 1998 organisiert SOKA-BAU gemeinsame Aktivitäten mit ähnlich existierenden Einrichtungen, die zu europäischen Konferenzen geführt haben. Ziel ist die Koordinierung von Verfahren, durch die die Zweifachzahlung von Urlaubsgeld und sonstige nationale Pflichtbestimmungen in länderübergreifenden Situationen vermieden werden können. Dies führte zu einem System gegenseitiger Zahlungsfreistellung zwischen mehreren EU-Mitgliedstaaten.

- Institutionalisierte gemeinsame Aktionen aller Akteure gelten als Voraussetzung für die erfolgreiche Anwendung.

Obwohl die Anzahl Entsendeunternehmen, welche die offizielle Anmeldepflicht in Deutschland nicht einhalten, recht hoch sein soll, entsteht der Eindruck, dass angesichts der starken kooperativen Verbindungen zwischen der Zollverwaltung, SOKA-BAU und der Bau-Berufsgenossenschaft die Verstöße gegen die Entsendevorschriften abnehmen. Der Datenaustausch funktioniert seit 2006 recht gut.

Die erst kürzlich vereinbarte Kontrolle der Löhne und Gehälter und Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer im Hoch- und Tiefbauwesen im Vereinigten Kö-

nigreich liefert ein auf Fakten basiertes transparentes Verfahren, in dem Gewerkschaften, gewerkschaftliche Vertrauensleute und einheimische Arbeitnehmer die Gewissheit haben können, dass die vereinbarten Lohnstufen und Dienstleistungsbedingungen eingehalten werden.

Die Bemühungen zur Effizienzsteigerung von Organisationen, die in den Niederlanden an der Kontrolle und Durchführung beteiligt sind, und zwar mittels der Zusammenarbeit im Rahmen so genannter 'sektoraler Interventionsteams' wirkt vielversprechend. Die Interventionsteams arbeiten bei Fällen zusammen mit dem Ergebnis, dass ihre Kontrollen wirksamer werden.

Ein Arbeitgeber, der gegen mehrere Gesetze verstößt, kann von diesem Interventionsteam während einer Kontrolle wegen mehrerer Verletzungen verfolgt werden. Die Interventionsteams haben gezeigt, dass diese Methode zu einer verbesserten Funktionsweise der Kontrollen führt.

Die im belgischen Baugewerbe zwischen den Sozialpartnern und den Dienststellen des Sozialinspektorats zur Bekämpfung unangemeldeter Arbeit abgeschlossenen Partnerschaftsabkommen haben ähnliche Auswirkungen, und durch einen solchen Ansatz werden präventive und repressive Maßnahmen angeregt.

In der Schweiz haben Dreiparteieninstitutionen und paritätische Ausschüsse die Führung bei der Durchführung übernommen. Das kann womöglich eine ausschlaggebende Voraussetzung für den (relativen) Erfolg des schweizer Ansatzes sein.

Gemeinsame Aktionen im Rahmen von Initiativen der Sozialpartner in Irland (wie die Arbeitsgruppe "Schattenwirtschaft", die ausgehandelten, selbstkontrollierenden Einhaltungsmechanismen, die in Kraft treten, sollte die Empfehlung des Arbeitsgerichts angenommen werden) bilden ein vielversprechendes Paket. Die Erfahrung zeigt, dass die Einbindung der Sozialpartner für eine wirksame Einhaltung der Richtlinie entscheidend ist.

- Die Anmeldung und Akkreditierung von Arbeitsvermittlungsagenturen und Leiharbeitsfirmen tragen dazu bei, zwischen einer echten und einer Scheinvermittlung zu unterscheiden.

Im Vereinigten Königreich gilt das Gesetz über die GLA-Behörde (Gangmasters Licence Act) in der Landwirtschaft als wichtiges Beispiel in diesem Bereich. Dies hängt mit der Arbeitspraxis insgesamt und ihrem Engagement gegenüber anderen EU-Agenturen zusammen. Die GLA wurde infolge des Todes von 23 chinesischen Wanderarbeitern gegründet und bietet nun einen sektoralen Schutzrahmen und – ganz wichtig – ein Umfeld, in dem die Sozialpartner die Bedingungen innerhalb des Sektors verbessern können. Die Gewerkschaften bildeten Kernstück der Kampagne und des Verfahrens, das zur Gründung der Behörde führte.

Die niederländischen Initiativen zur Einhaltung und Überwachung in der Branche der Leiharbeitsfirmen gingen mit substanziellen Auswirkungen einher und hatten zudem eine abschreckende Wirkung.

- Die Einbindung entsandter Arbeitnehmer in die traditionellen Arbeitsmarkteinrichtungen (mit tatsächlichem Nutzen, auch wenn sie sich nur vorübergehend aufhalten) fördert das Bewusstsein für ihre Rechte. Aber auch die Zusammenarbeit mit Kulturorganisationen und Nichtstaatlichen Organisationen kann als bewährte Praxis betrachtet werden, die gegenseitiges Vertrauen schafft und als Weg zur Bereitstellung von Informationen über die Rechte und Normen dient.

Das nationale Forum der gewerkschaftlichen Vertrauensleute (National Stewards' Forum) im Vereinigten Königreich bildet ein Diskussions-, Informations- und Schulungsforum, in dem Arbeitsplatzfragen und potenzielle Herausforderungen von Arbeitgebern mit Blick auf Vereinbarungen erfasst werden können. Das Netzwerk ist kein formelles Netzwerk und der Kontakt wird außerhalb von Sitzungen hergestellt; Informationen werden schnell von Projekt zu Projekt weitergegeben. Derzeitig bietet dieses Forum einen Raum, in dem gewerkschaftliche Vertrauensleute sich äußern können und mit nationale Gewerkschaftsfunktionäre mit Blick auf die Vereinbarungen oder aktuellen Verhandlungen sprechen können. Das Forum hat (noch) nicht die Verantwortung für entsandte Arbeitnehmer übernommen, obwohl dies einen Weg in diese Richtung ebnen könnte.

Die norwegischen und schweizer Kampagnen für das gewerkschaftliche Organisieren von Wanderarbeitern sind wahrscheinlich erfolgreich gewesen, weil auf unorthodoxe Methoden zurückgegriffen wurde. Die Tätigkeiten reichen von der Übersetzung der täglichen Gewerkschaftsinformationen in mehrere Sprachen bis zu lokalen Aktivitäten mit Kulturorganisationen und Nichtstaatlichen Organisationen. In einigen Fällen wurden auch Kooperationsversuche mit Organisationen im Herkunftsland unternommen.

IV. Zusammenfassung: Die Entsendung von und Suche nach (billigen) Arbeitskräften in Europa

Einleitung

Das Konzept der Entsendung war in jüngsten Jahren Nährboden für angeregte Debatten und Diskussionen. Dies ist unter anderem auf die schrittweise Schwächung der Regulierung durch den EuGH in den letzten zehn Jahren zurückzuführen.

Hinzu kommt, dass das Konzept nach wie vor Verwirrung stiftet. Die Entsendung als solche hat nichts mit unangemeldeter Arbeit oder illegalen Praktiken zu tun. Und die Entsendung ist auch nicht mit Wanderarbeitnehmern gleichzustellen.

Eines der Hauptmerkmale einer echten Entsendung von Arbeitnehmern ist, dass die betroffenen Arbeitnehmer keinen ständigen Zugang zum Arbeitsmarkt im Gastland anstreben.

Vorliegender, von der Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter in Auftrag gegebene Bericht, dessen zu Grunde liegende Forschungsarbeiten mit der finanziellen Unterstützung der Europäischen Kommission durchgeführt wurden, wurde auf der Grundlage früherer Forschungsarbeiten des CLR-Netzwerks und jüngster zusätzlicher Studien in 12 EU-/EWR-Staaten verfasst. Der Abschlussbericht, veröffentlicht in unsere Reihe CLR-Studies (nur in englischer Fassung, <http://www.antenna.nl/i-books>), mit einer Analyse der Ergebnisse und Kurzfassungen der Länderberichte kann als aktualisierte Fassung vorhergehender Berichte und Veröffentlichungen betrachtet werden (Cremers und Donders, 2004).

Methodologische Hindernisse

In unseren Forschungsarbeiten haben wir die Auswirkungen der - sei es echten oder vorgetäuschten - Entsendung aufgezeigt, und wir haben versucht, eine Bestandsaufnahme der Disparitäten zwischen Theorie und Praxis der Entsendevorschriften vorzunehmen. Bevor wir unsere Ergebnisse zusammenfassen, ist es erforderlich, einige wenige methodologische und praktische Schwierigkeiten anzuführen, mit denen wir im Laufe der Forschungsarbeiten konfrontiert wurden:

1. Informationen über die Entsendung sind eine Seltenheit. Offizielle Zahlen sind unvollständig. In einigen Ländern besteht keine Anmeldepflicht bzw., dort, wo es eine Meldepflicht für die Entsendung gibt, ist die Anwendung der Anmelde- und Meldevorschriften äußerst schwach oder nicht gegeben.
2. Selbst in Ländern, in denen die Anmeldung systematisch organisiert ist, geben die betroffenen Behörden oder Institutionen zu, dass es Scheinanmeldungen gibt und versucht wird, die Anmeldung zu umgehen.
3. Die Anmeldung, Überwachung und Durchführung in den gastgebenden Ländern werden durch die starken vom EuGH formulierten Beschränkungen behindert oder angeblich behindert.
4. Die Definition der Entsendung ist unklar bzw. wird nicht verstanden und wird somit nicht konsequent in den Mitgliedstaaten angewandt.
5. Die Zusammenarbeit zwischen den Entsende- und Aufnahmestaaten steckt nach wie vor in den Kinderschuhen, obwohl wir im Vergleich zum Beginn des neuen Jahrtausends Verbesserungen aufzeichnen konnten.
6. Die Zuständigkeiten sind über mehrere Institutionen weit verteilt, die Aufgabenverteilung in einem Land entspricht nicht der in einem anderen Land und es mangelt oft an der nationalen Zusammenarbeit zwischen den unterschiedlichen betroffenen Institutionen (Einkommenssteuer, Sozialversicherung, Gewerbeaufsicht, Sozialpartner, nur um einige wenige zu benennen).
7. Die Anmeldung der Arbeitnehmer aus Drittstaaten ist nicht einheitlich und die Erwägungen in der Richtlinie über die Arbeitnehmer werden - von einigen Ausnahmen einmal abgesehen - nicht umgesetzt, durchgeführt oder angewandt.
8. Verwaltungssanktionen können einem außerterritorialen Kontext oft nicht standhalten und werden folglich nicht eingehalten. Fazit: Verfahren werden aufgehoben oder eingestellt.

All diese Umstände haben zur Folge, dass es schwierig ist, das Vorliegen einer Entsendung von Arbeitnehmern mit zuverlässigen Zahlen und Daten zu dokumentieren.

Um sich nicht auf anekdotische Beweise zu verlassen, haben wir unsere Länderberichte auf offizielle Daten, nationale Berichte und Veröffentlichungen sowie Interviews mit den Sprechern und Insidern gestützt.

Entsendung und der Arbeitsmarkt

Von der Tatsache einmal abgesehen, dass es die oben beschriebenen Umstände kompliziert machen, zuverlässige Zahlen vorzulegen, haben diese Umstände auch sehr ausgeprägte Auswirkungen auf die Funktionsweise der Entsendevorschriften. Die Entsendung hat sich zu einem der Kanäle für die grenzübergreifende Bereitstellung von (billigen) Arbeitskräften am EU Binnenmarkt entwickelt. Ihr Einsatz in arbeitsintensiven Segmenten der Arbeitsmärkte führt nicht zwangsläufig zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, hat aber zu durchaus neuen und unbeabsichtigten Formen der Rekrutierung geführt. Es ist kein neues Phänomen, dass

eine Arbeitsteilung der Arbeitskräfte zwischen unterschiedlichen Unternehmen länderübergreifend verläuft. Die Entsendung von Arbeitnehmern als Teil der Erbringung von Dienstleistungen ist nicht auf den Zeitraum seit Einführung der Grundsätze der Freizügigkeit am europäischen Binnenmarkt beschränkt. Fertigungsprozesse nehmen oft die Gestalt einer Untervergabe-/Outsourcing-Kette an und die Arbeit wird in kleinere Segmente unterteilt und über diese Untervergabekette ausgeführt, angefangen beim Hauptauftragnehmer bzw. dem Zentralunternehmen, das Teile der Arbeit an spezialisierte offizielle Subunternehmer "delegiert". Die Entscheidung, andere Unternehmen zu beauftragen, kann durch verschiedene Argumente begründet werden: die Suche nach Fachkenntnissen und Know-how, die nicht zu den eigenen Kernaktivitäten zählen, Arbeitskräftemangel, Suche nach Effizienz, eine traditionell entstandene Arbeitsteilung mit Partnern beruhend auf gegenseitigem Vertrauen, Routine oder historischen Gründen. Im positiven Sinne basiert diese Zusammenarbeit auf stabilen Beziehungen zwischen einem Entleihunternehmen oder Hauptauftragnehmer und spezialisierten und bevorzugten Subunternehmern bzw. führt dazu. Das kann in einem nationalen Kontext erfolgen und - als Folge des Binnenmarktes - immer häufiger in der Form von grenzüberschreitenden Kooperationen.

Wir wissen von der globalen und nationalen Ebene, dass die Fertigungskette kompliziert ist, dass die Gesamtkoordinierung meist schwach ist und die Einhaltung von Verträgen schwer zu gewährleisten ist. Eine auf Handelsverträgen beruhende Kette kann immer in der Grauzone mit dem Ergebnis enden, dass die Einhaltung nicht mehr gewährleistet wird. Das Problem entsteht, wenn die grenzüberschreitende Untervergabe ausschließlich noch in Bezug auf das Anbieten von billigen Arbeitskräften zum Vorschein tritt und als Erbringung von Dienstleistungen dargestellt wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn Unternehmen die Rekrutierung von Arbeitskräften an kleine Unterlieferanten weitergeben, was verschiedene Rekrutierungsstufen verursacht und die Einhaltung durch das Zurückgreifen auf Agenturen, Leiharbeitsfirmen und sonstige Vermittler noch weiter kompliziert. Diese Vermittlungsfirmen werden dadurch zu Mittlern zwischen Arbeitnehmern und Entleihunternehmen bzw. spezialisierten Subunternehmern. Die Verzerrung des Arbeitsmarktes wird erheblich, wenn es gegebenenfalls äußerst attraktiv scheint für einen Teil der offiziellen Arbeiten ungemeldete Arbeit ein zu bringen und so Arbeitskosten zu minimieren. Die niedrigste Stufe ist somit die illegale Bereitstellung billiger Arbeitskräfte über Arbeitsvermittlungsfirmen oder Leiharbeitsfirmen. Die Arbeitnehmergruppen werden über Briefkastenfirmen, Werbung und informelle Netzwerke eingestellt. Es kommt auch zu illegaler ausländischer Arbeit. Dementsprechend sind wir weit von echten Entsendungsformen entfernt, die ursprünglich angestrebt wurden, als der europäische Gesetzgeber Richtlinie 96/71 verfasste.

Praktische Funktionsweise

In dem Bericht werden vier unterschiedliche Rekrutierungsmerkmale im Rahmen der Entsendung unterschieden.

- a. In unseren Forschungen haben wir ordentliche Entsendungsformen mit spezialisierten Subunternehmern festgestellt, die vorübergehend in einem anderen EU-Mitgliedstaat mit gut bezahlten Arbeitskräften bzw. qualifizierten Mitarbeitern, die beide zur Kernbelegschaft des Entsendeunternehmens gehören, Dienstleistungen anbieten.
- b. Zudem haben wir "perfekt gesetzeskonforme" Entsendungsfälle vorgefunden, in denen abgewogen wurde zwischen der Einstellung eines inländischen Arbeitnehmers und dem Zurückgreifen auf eine ausländische Arbeitskraft unter dem Deckmantel der Dienstleistungsfreiheiten. Daran ist auf den ersten Blick nichts auszusetzen. Die Berechnung ist jedoch ganz einfach: ein Subunternehmer, der eine Belegschaft aus einem Land mit niedrigen Sozialversicherungsbeiträgen anbieten kann, ist womöglich günstiger als der inländische Subunternehmer. Die Unterschiede zwischen den einzuhaltenden grundlegenden Arbeitsnormen sind vielleicht gering, in Verbindung aber mit langen Arbeitszeiten und schlechten Lebens- und Arbeitsbedingungen kann man durchaus den gesetzlichen Charakter der Entsendung in Frage stellen.
- c. Wir haben fragwürdige Praktiken "legaler" Entsendungen aufgedeckt, bei denen die rekrutierten Arbeitskräfte mit Abzügen für Verwaltungskosten, Unterkunft und Transport, Steuerabzügen und einer Rückerstattungspflicht (nach der Rückkehr in die Heimat) der (Mindest)lohnzahlungen konfrontiert wurden. Derartige Praktiken stellen eine Verletzung der Entsendevorschriften dar.
- d. Letztendlich haben wir verschiedene Formen von "Scheinentsendungen" aufgedeckt, die vom Vervielfältigen und Verteilen von E101/A1-Formularen über eine Baukolonne, über die Rekrutierung entsandter Arbeitnehmer die sich bereits im Aufnahmeland befanden oder die zu Scheinselbstständigen gemacht wurden reichten, bis hin zur Entsendung über Briefkastenfirmen und nicht prüfbar Rechnungen über die Erbringung von Dienstleistungen.

Überraschenderweise ist es so, dass die von uns aufgezeichneten Fälle sowohl auf kleineren und größeren Baustellen, bei Bauarbeiten der öffentlichen Hand als auch bei Projekten vorkamen, die öffentlich ausgeschrieben worden waren.

In Situationen, in denen einzelne Fälle bekannt und Betrug oder Missbrauch festgestellt wurden, stellte sich heraus, dass die Vergehen oft größeren Ausmaßes waren. Die Geltendmachung von Ansprüchen ist jedoch das Ergebnis eines mühsamen Weges einzelner Rechtsfällen, die in unbekanntem Rechtsgebiet und Gerichtshöhe Jahre dauern können.

Einige Beispiele nicht eingehaltener Arbeitsnormen lauten:

Löhne und Gehälter

Die Löhne stimmten nicht mit den Arbeitszeiten oder den Qualifizierungen überein. Unrechtmäßige Abzüge und systematische Rückerstattungen nach der Heimkehr. Es wurden die billigsten branchentarifvertraglichen Rahmen gewählt. Unbezahlte Überstunden.

Arbeitszeiten

Lange Arbeitszeiten. Arbeitnehmer unterschreiben für eine 40-Stunden-Woche und werden entsprechend bezahlt, arbeiten aber in Wirklichkeit 60 Stunden pro Woche. Nichteinhaltung der täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten.

Arbeitsschutz

Höhere Risiken bedingt durch Erschöpfung, kein Schulungsangebot, keine Übersetzung der Arbeitsschutzvorschriften, Mangel an erforderlicher Schutzausrüstung. Ungesundes Arbeitsumfeld.

Unterkunft und Transport

Unterbringung in Containers zu Hilton-Preisen. Abzüge für Unterkunft und Verpflegung unter Verletzung der Bestimmungen in den Entsendevorschriften. Fernhalten von der örtlichen Bevölkerung und Kollegen.

Durchführung und bewährte Praktiken

Ausgehend von unseren Forschungsarbeiten müssen wir zwangsweise zu dem Schluss kommen, dass die Überwachung schwierig ist und durch die Einschränkungen des EuGH behindert wird. Es mangelt bei der Anwendung an strengen Sanktionen, Bußgelder in einem außerterritorialen Kontext sind zu niedrig und es gibt in den meisten Ländern keine spezifischen Durchführungsinstrumente für die Entsendung.

In Anbetracht der Größe des Phänomens bzw. der geschätzten Auswirkungen wird die Entsendung nicht als Problem erachtet oder ignoriert. Eine Voraussetzung für eine ordnungsgemäß funktionierende und echte Erbringung von Dienstleistungen ist jedoch, dass die betroffenen Akteure und zuständigen Behörden die Einhaltung von Verträgen und Entsendevorschriften ernst nehmen. Und aus diesem Grunde bedarf es einer Verbesserung der nationalen und bilateralen Zusammenarbeit, der Bereinigung der Überwachungsmechanismen von schwerwiegenden, durch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs geschaffenen Hindernissen sowie der Gewährleistung und Stärkung einer institutionellen Koordinierung.

Darüber hinaus haben wir bewährte Praktiken gefunden, die als Empfehlungen für die Verbesserung der Entsendeverfahren dienen können.

- In einigen Ländern funktioniert die Anmeldung zuverlässig, nicht zuletzt, weil es eine Meldepflicht für den Anfangstermin der Erbringung von Dienstleistungen gibt, für die Arbeitnehmer entsendet werden, und den

- zuständigen Behörden im Aufnahmeland die erforderlichen Informationen zuzustellen sind. Die diesbezüglichen Erfahrungswerte mit der elektronischen Anmeldung sind vielversprechend.
- Die bilaterale Zusammenarbeit und operativen Kontakte in diesem Bereich (zum Beispiel im Rahmen des Euregio-Netzwerks) fördern das gegenseitige Vertrauen, was zu mehr Transparenz, besserem Informationsfluss und einer verbesserten länderübergreifenden Einhaltung führt.
 - Institutionalisierte gemeinsame Aktionen aller Akteure gelten als Voraussetzung für die erfolgreiche Anwendung.
 - Die Anmeldung und Akkreditierung von Arbeitsvermittlungsagenturen und Leiharbeitsfirmen tragen dazu bei, zwischen einer echten und einer Scheinvermittlung zu unterscheiden.
 - Die Zusammenarbeit mit Kulturorganisationen und NGO's kann als bewährte Praxis betrachtet werden, die gegenseitiges Vertrauen schafft und als Kanal zur Bereitstellung von Informationen über die Rechte und Normen dient.
 - Die Einbindung entsandter Arbeitnehmer in die traditionellen Arbeitsmarktinstitutionen (mit tatsächlichem Nutzen, auch wenn sie sich nur vorübergehend dort befinden) fördert das Bewusstsein für ihre Rechte.

Empfehlungen

Der ursprüngliche Gedanke hinter den Entsendevorschriften wurde durch eine ganze Reihe von EuGH-Urteilen erheblich beschädigt. Dies ist das teilweise Ergebnis eines Widerspruchs der auch innerhalb der Europäischen Kommission erkennbar ist (Binnenmarktvorschriften gegenüber Beschäftigung und Soziales) und/oder bedingt wird durch die Verlagerung von Befugnissen und Prioritäten in der EU und den Mitgliedstaaten wobei die wirtschaftlichen Freiheiten Vorrang haben. Dies ist teilweise so, weil sich die Mitgliedstaaten nicht getraut haben, die grundlegenden Fragen hinter den Rechtsfällen anzugehen. Sinn und Zweck der Entsendevorschriften müssen unbedingt wieder hergestellt werden. Es besteht ein dringender Reparaturbedarf für diesen Teil der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer. Nachstehende Empfehlungen können ausgesprochen werden.

- Die Einhaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen (der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen) im Gastland müssen wiederhergestellt werden, d. h.
 - a. die Zuständigkeit für die Festlegung von allgemein geltenden Regeln und Vorschriften für entsandte Arbeitnehmer, die über den harten Kern der Mindestbestimmungen hinausgehen, muss in den Händen der Mitgliedstaaten liegen, in denen die Arbeiten verrichtet werden.

- b. die Tarifverhandlungen sind als wichtige Methode zur Erzielung der Arbeitsnormen an dem Ort anzuerkennen, an dem die Arbeiten verrichtet werden, und zwar auch für entsandte Arbeitnehmer; das bedeutet, dass die Gewerkschaften in der Lage sein müssen, die örtlichen und ausländischen Unternehmen anzusprechen.
 - c. die Binnenmarktregeln können nicht als Argument für das Blockieren der erforderlichen Überwachung und Durchführung vorgeschoben werden; im Fall von widersprüchlichen Vorschriften sollten die Arbeitnehmerrechte Vorrang haben.
 - d. das gastgebende Land legt fest, ob jemand ein Arbeitnehmer ist.
- Schriftliche Nachweise in Form von Vereinbarungen und Anmeldungen müssen Pflicht sein, damit zwischen echten und vorgetäuschten grenzüberschreitenden Rekrutierungen unterschieden werden kann, die zu folgenden Empfehlungen führen:
 - e. Der europäische Gesetzgeber muss ganz eindeutig die vorherige Meldung und Pflichtanmeldung als angebrachte Mittel und Instrumente zur Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit einstufen.
 - f. Die Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer, die sich nicht (so wie in Richtlinie 91/533/EWG definiert) im Besitz eines schriftlichen Nachweises über ein Arbeitsverhältnis befinden, müssen automatisch unter die Gesetzgebung des gastgebenden Landes fallen.
 - Sanktionen müssen verstärkt werden. Darum:
 - g. ist die Gesetzeskraft der Verwaltungsanktionen im Entsendungsbereich zu stärken, damit sie in einem länderübergreifenden Kontext gegenseitig eingehalten und anerkannt werden.
 - h. ist die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Behörden bei den Kontrollen der Vertragseinhaltung und der Anwendung der Entsendevorschriften zu stärken; im Falle von Verletzungen ist die gegenseitige Unterstützung unter den Mitgliedstaaten zu gewährleisten.
 - i. ist ein gesamtschuldnerisches Haftungssystem in der Untervergabekette mit außerterritorialen Zuständigkeiten auszuarbeiten.

Anhang: Methode und Ausgangspunkt

Ausgangspunkt

Die Arbeitsverhältnisse beruhen in Europa auf einem regulatorischen institutionellen Rahmen, der aus dem Arbeitsrecht und tarifvertraglich festgelegten konventionellen Bestimmungen besteht. Dieser institutionelle (und konventionelle) Rahmen umfasst Vorschriften und Verfahren für angemessene Arbeitsbedingungen und Vergütungen, Rechtsschutz und Sozialversicherung. Der tarifvertragliche Teil besteht aus Tarifverträgen auf nationaler, sektoraler, regionaler bzw. betrieblicher Ebene. Bei sektoralen Vereinbarungen werden besondere Arbeitsbedingungen, die in dem jeweiligen Sektor vorherrschen, berücksichtigt und angeglichen. Folglich werden die Sozialpartner in Anlehnung an diese sektoralen Unterteilungen organisiert, um die spezifischen Interessen in Bezug auf die vielfältigen Bedingungen im Industrie- und Dienstleistungssektor zu vertreten. In dem Bestreben nach einer gerechten Verteilung des Sozialprodukts werden in Sektorabkommen zwei Ziele miteinander vereint, um auf der höchstmöglichen Ebene zu regulieren und somit zum einen das zufällige gesellschaftliche Ungleichgewicht auszugleichen und zum anderen Ungleichheiten bei den Lebens- und Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen.

Die Rahmenbedingungen im Baugewerbe dienen als Lösung für ständig wechselnde Arbeitsstätten (einschließlich länderübergreifender Tätigkeiten) und für Verträge, die ständig von einem Arbeitgeber zum nächsten wechseln. Die Arbeitsverhältnisse im Baugewerbe kennzeichnen sich durch bestimmte gegenseitige Problemen oder Anliegen, die sowohl als Kooperationsbereiche als auch als potenzielle Konfliktquellen gelten. Dies ist einer der Gründe, warum dieses Gewerbe über eine so lange Tarifverhandlungstradition verfügt und warum in den Ländern Europas fast 'ähnliche', flächendeckende tarifvertragliche Lösungen (für Laufbahnunterbrechungen oder Urlaubsgeld, Schlechtwettergeld und Berufsausbildung) verfasst wurden. Beide Seiten der Industrie haben der Notwendigkeit zugestimmt, tarifvertragliche und regulatorische Vereinbarungen, also die Grundlage für Tarifverhandlungen zu verabschieden. In der Folge werden die Preisgestaltung und die Zuweisung von Arbeitskräften in großem Maße durch maßgeschneiderte sektorale Bestimmungen geregelt.

Die Frage lautet natürlich, ob dieser Rahmen EU-tauglich ist. Das Baugewerbe gehört zusammen mit Hotels und Restaurants, dem produzierenden Gewerbe, der Land- und Forstwirtschaft zu den "typischen Gastarbeitersektoren" und ist somit anfällig für jegliche Nebenwirkungen bei der Einführung der Grundsätze der Freizügigkeit. Mit der Schaffung der Dienstleistungsfreiheit bestand die Gefahr, dass den rechtlichen Rahmenbedingungen dieses Industriezweigs ein Ende gesetzt würde. Mit der Entsenderichtlinie, so wie sie Anfang der 90er verfasst wurde, wurde versucht, sich dieses Problems anzunehmen. Sie lässt der Einhaltung nationaler Bestimmungen Gerechtigkeit widerfahren und zielt (bei bestimmten Themen) darauf ab, die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer und ein gleichberechtigtes Spielfeld für in- und ausländische Unternehmen zu gewährleisten. Im Rahmen dieses Projekts ist die Frage aufgegriffen, ob die EU und ihre Mitgliedstaaten dieses Ziel erfolgreich erfüllt haben.

Das Projekt

Mit dem Projekt sollte Licht in die sozialen und wirtschaftlichen Disparitäten zwischen den formellen legislativen bzw. tariflichen Rechten und den Reallöhnen, Arbeitszeiten und sonstigen angewandten Bestimmungen gebracht werden. Ein 12-köpfiges Team mit nationalen Experten arbeitete entsprechend den Vorschlägen des Auftraggebers an der Ausarbeitung eines Berichts entsprechend der im Arbeitsprogramm vorgegebenen Struktur und Formulierung. Der Schwerpunkt lag auf Gehältern und Vergütungen, Arbeitszeiten, bezahltem Urlaub, Lebensbedingungen und Arbeitsschutz.

Die Einhaltung der Grundrechte der Arbeitnehmer, so wie sie in der Europäischen Grundrechtscharta verankert sind (Vereinigungsfreiheit, Recht auf Unterrichtung und Anhörung, Recht auf Aus-, Fort- und Weiterbildung, Nichtdiskriminierung, Recht auf die Aushandlung und den Ab-

schluss von Tarifverträgen und, im Falle von Interessenkonflikten, das Recht, Kollektivmaßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen zu ergreifen, Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung, Schutz junger Arbeitnehmer) und die Anwendung dieser Rechte bildeten ebenfalls Gegenstand unserer Forschung. Die Forschungsarbeit beruhte auf zwei grundlegenden Methoden:

- die auf Fakten beruhende Suche nach verfügbaren nationalen Quellen, Daten und Statistiken,
- prominente Fälle, bewährte Praktiken und die Verwendung eines Themenkatalogs.

Arbeitsintensive Methoden wie Arbeiten vor Ort, Interviews mit 'Zielgruppen' auf Baustellen und die Zusammenarbeit im Bereich der Einhaltungsbehörden waren in dieser kurzen Zeit praktisch unmöglich. Den Experten gelang es jedoch, über die hier herrschenden Meinungen Bericht zu erstatten indem sie sich konzentrierten auf Daten bezüglich Einhaltung und Kontrolle. Ein selbstverständlicher Teil der nationalen Untersuchungen bestand darin, Informationen von den für die Überwachung der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen verantwortlichen Verbindungsbüros und Behörden zu verwenden (erwähnt in Artikel 4 der Richtlinie 96/71/EG).

Verzeichnete Probleme

In unserer Auswertung im Jahr 2003 kamen wir zwangsweise zu folgendem Schluss: "Es ist äußerst schwierig, zuverlässige Statistiken über die Entsendung gemäß Richtlinie 96/71 zu finden. Es gibt keine Dokumente oder sonstigen Nachweise, die ausgestellt werden, wenn sich jemand zum Arbeiten in einen anderen EU-/EWR-Mitgliedstaat begibt. Um sich eine Vorstellung der Anzahl entsandter Personen zu machen, müssen wir auf andere verfügbare Daten/Indikatoren zurückgreifen. Die gemäß Verordnung 1408/71 ausgestellten E101-Formulare sind gute Entsendeindikatoren. Es ist angemessen, davon auszugehen, dass ein Arbeitnehmer, der unter diese Verordnung fällt, aus Gründen der Sozialversicherung auch unter den Geltungsbereich der Entsenderichtlinie fällt."

Diese Situation hat sich nicht wirklich verändert. Und was noch wichtiger ist, ist, dass der Anwendungsbereich der Vorschriften für die Koordinierung der Sozialversicherung (bis vor Kurzem 1408/71 und nun 883/04 und deren Durchführungsverordnung) erheblich erweitert wurde. Folglich werden immer mehr andere Kategorien von EU-Bürgern, die sich innerhalb der EU bewegen, abgedeckt. Die von den zuständigen Behörden in den Entsende- und/oder Aufnahmeländern bereitgestellten Zahlen dienen lediglich als Hinweis für die EU-Bürger, die das Recht der Freizügigkeit von Personen nutzen. Diese Bürger fallen unter die Sozialversicherungssysteme eines einzigen Mitgliedstaates; im Allgemeinen ist das das Recht des Mitgliedstaates, in dem die betroffene Person ihrer Tätigkeit als Arbeitgeber oder Selbstständiger nachgeht. Ihr vorübergehender Aufenthalt in anderen Mitgliedstaaten ist jedoch nicht zwangsläufig mit der Entsendung gleichzustellen.

Die Zahlen, auf die wir in unserer Studie verweisen, sind möglicherweise unvollständig und können nicht als zuverlässige Entsendeindikatoren betrachtet werden. Die einzige Entwicklung, die möglicherweise von Bedeutung sein kann, ist die wesentliche Zu- oder Abnahme dieser Zahlen. Eine zweite Frage bezieht sich auf die mangelnde Vergleichbarkeit einiger unserer Erkenntnisse. Zur Harmonisierung unserer Ergebnisse wurde einen als Hinweis dienende Themenkatalog erstellt. Dieser Katalog diente als Leitfaden für alle Experten. Angesichts der starken Abweichungen in den nationalen Vorschriftenrahmen für die Entsendung sind die sich ergebenden Länderberichte nur bis zu einem gewissen Grad vergleichbar. In der Zusammenfassung haben wir versucht, ein Gegengewicht dazu herzustellen.

Wir haben uns mit den Herausforderungen in der Praxis befasst, insbesondere in Bezug auf legale, halblegale und betrügerische Versuche, die rechtlichen Rahmenbedingungen in der Branche zu umgehen. Der Abschlussbericht baut auf drei wichtigen Säulen auf: den Ergebnissen der vorbereitenden Arbeiten, einer Zusammenfassung der nationalen Berichte und der Verarbeitung von vergleichbaren Daten. Ungeachtet der vorgegebenen Grenzen waren wir bestrebt, eine Übersicht der in Theorie und Praxis tatsächlichen Entsendung zu vermitteln. Die Analyse trägt zu einem besseren Verständnis der Auswirkungen der länderübergreifenden Mobilität und grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern im Baugewerbe bei.

Literaturverzeichnis

- Bercusson B. (2007a), *Collective action and economic freedoms: Assessment of the Opinions of the Advocates general in Laval and Viking and six alternative solutions* Brüssel: ETUI.
- Bercusson B. (2007b), 'The Trade Union Movement and the European Union: Judgement Day', *European Law Journal* 13(3): 279-308.
- Byrne J. (2000), "Nos va la vida. La Iniciativa Legislativa Popular para una ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción", *Sociología del Trabajo*, 40 (Herbst 2000), S. 93-107.
- Cremers J. (2007), 'Self-employment and the free provision of services', *CLR-News*, 2-2007: 34-47, Construction Labour Research, Brüssel. Verfügbar unter: www.clr-news.org.
- Cremers J. (2008), 'Conflicting interpretations of the posting of workers directive', *CLR-News* 3-2008: 10-16. Construction Labour Research, Brüssel. Verfügbar unter: www.clr-news.org.
- Cremers J. (2009), 'Changing employment patterns and collective bargaining: The case of construction', *International Journal of Labour Research* 1(2): 201-17.
- Cremers J. (2010a), *Coordination of national social security in the EU - Rules applicable in multiple cross-border situations*, AIAS-Arbeitspapier 10-89, Amsterdam.
- Cremers J. (2010b), 'Rules on working conditions in Europe: Subordinated to freedom of services', *European Journal of Industrial Relations*, 16(3): 293-306, Sage, London.
- Cremers J. and Donders P. (eds.) (2004), *The free movement of workers in the European Union. Directive 96/71/EC on the posting of workers within the framework of the provision of services: its implementation, practical application and operation*, CLR Studies 4, Read Business Information, The Hague (2nd impression on www.clr-news.org).
- EGB und EFBH (2007), Gemeinsame Stellungnahme des EGB und der EFBH zu der Mitteilung 'Leitlinien für die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen', KOM(2006)159, Brüssel.
- EK (2007a), Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen: Vorteile und Potenziale bestmöglich nutzen und dabei den Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Juni, KOM 2007, Brüssel.
- EK (2007b), Formular zur (optionalen) Verwendung durch die beantragende Verwaltung über die länderübergreifende Entleiherung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. Gemäß Artikel 4 in Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. Arbeitsdokument, Brüssel.
- EK (2008a), *Beschäftigung in Europa 2008*, Kapitel 3: Geographical labour mobility in the context of EU enlargement, Brüssel. <http://EG.europa.eu/social/main.jsp?catId=119&langId=en>
- EK (2008b), Empfehlung vom 31. März 2008 zur Verbesserung der Verwaltungszusammenarbeit in Bezug auf die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. C85/01, 4. April 2008, Brüssel.
- Europäischer Rat (1996), Gemeinsamer Standpunkt zu Protokoll des Rates, Dossier Nr. 00/0346 SYN, Nachtrag 1 zu Richtlinie 96/71/EG (2003 zum ersten Mal im Amtsblatt veröffentlicht).
- Håkansson K., Isidorsson T., Pond R., Sol E., Unterschütz J. und Warneck F. (2009), *The representation of agency workers in Europe at national and local level in France, Netherlands, Sweden, Poland and the UK*. Göteborg: [Göteborgs universitet](http://www.goteborgsuniversitet.se).
- Vargas O. (2008), *Liability in subcontracting processes in the European construction sector: Spain*, EIRO, Dublin <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/94/en/1/EF0894EN.pdf>

Auf der Suche nach billigen Arbeitskräften in Europa Lebens- und Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer

Das Konzept der Entsendung gab in jüngsten Jahren Anlass zu angeregten Debatten und Diskussionen. Dies ist unter anderem auf die schrittweise Schwächung der Regulierung durch den EuGH innerhalb der letzten zehn Jahre zurückzuführen.

Der vorliegende, von der Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter in Auftrag gegebene Bericht basiert auf früheren Forschungsarbeiten des CLR-Netzwerks sowie aktuellen Studien in 12 EU-/EWR-Staaten, die mit finanzieller Unterstützung der Europäischen Kommission durchgeführt wurden. Das Projekt bringt Licht in die sozialen und wirtschaftlichen Disparitäten bei der Entsendung, in geltende formelle und tarifliche Bestimmungen und deren Umsetzung, wie bei Reallöhnen oder Arbeitszeiten.

Der Abschlussbericht mit einer Analyse der Ergebnisse und Kurzfassungen der Länderberichte stellt eine aktualisierte Fassung vorhergehender Berichte und Veröffentlichungen dar (Cremers und Donders, 2004). Er ist in der Reihe CLR-Studies erschienen: <http://www.antenna.nl/i-books> (in englischer Fassung).