

Arbeitsrechtlicher Schutz bei grenzüberschreitenden Arbeitverhältnissen in der Europäischen Union

Petra Streithofer

Zusammenfassung

Dieser Beitrag soll einen Überblick über die Probleme des Arbeitsvertragsrechts bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsbezug geben. Dabei werden verschiedene Regelungsebenen betrachtet und aus der Beratung betroffener ArbeitnehmerInnen bekannte praktische Probleme berücksichtigt. Zunächst wird ein Blick darauf geworfen, inwiefern das Arbeitsrecht in der Europäischen Union harmonisiert ist. Danach werden die für Arbeitsverhältnisse relevanten europäischen Grundfreiheiten vorgestellt. Eine Darstellung des Arbeitskollisionsrechts zeigt in Grundzügen die Ermittlung der anwendbaren arbeitsrechtlichen Normen und inwiefern die Vertragsparteien das anwendbare Recht selbst wählen können. Weiters wird die heftig umstrittene Judikatur des Europäischen Gerichtshofs aus den Jahren 2007/2008 zum Spielraum der Mitgliedstaaten und SozialpartnerInnen bei der Durchsetzung von Mindeststandards bei Entsendungen umrissen. Anschließend wird die Diskussion zum „Herkunftslandprinzip“ im Zusammenhang mit der Dienstleistungsrichtlinie kurz beleuchtet. Zuletzt wird ein Ausblick auf mögliche Entwicklungen gegeben und es werden einige Forderungen, die den Schutz der ArbeitnehmerInnen bezwecken, festgehalten.

Schlagwörter: Europäische Union, Arbeitsrecht, Kollisionsrecht, Entsendung

Labour law protection in cross-border employment

Abstract

The aim of this paper is to provide an overview on problems concerning transnational employment contracts involving various levels of regulation. Problems concerning counseling of employees and workers were taken into account. Furthermore, the relevant European Fundamental Freedoms are presented after reviewing the harmonization of employment law within the EU. Also, the principles of conflict of law rules are explained in the context of employment law. Additionally, the controversial jurisdiction of the ECJ concerning minimum standards for the posting of workers is detailed, as well as the debate surrounding the principle of country origin regarding the services directive. Finally, an outlook and proposals leading to enhanced protection of employees and workers are provided.

Keywords: European Union, Labour and Employment Law, Conflict of Laws, Posting of Workers

1. Problemstellung

Mit diesem Beitrag soll ein Überblick über die Probleme des Arbeitsvertragsrechts bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen gegeben werden. Dabei werden verschiedene Regelungsebenen betrachtet: von der Ausgestaltung der Grundfreiheiten der EU bis zu den aus der Beratung betroffener ArbeitnehmerInnen bekannten praktischen Problemen des Arbeitskollisionsrechts – wie den Schwierigkeiten bei der Feststellung des anwendbaren Rechts und der Durchsetzung der Ansprüche. Aufgrund der Komplexität des Themas können freilich nur die Grundzüge der geltenden Regelungen dargestellt werden. Arbeitsverhältnisse mit grenzüberschreitenden Sachverhalten liegen insbesondere vor, wenn ArbeitnehmerInnen ins Ausland entsendet bzw. überlassen werden oder wenn bei einer dauernden Beschäftigung im Inland eine Vertragspartei ihren (Wohn-)Sitz im Ausland hat. Während das nationale Arbeitsrecht ursprünglich vom Gedanken des Schutzes des/r abhängigen ArbeitnehmerIn geprägt war, hat sich im Zuge der Internationalisierung der Wirtschaft eine Diskussion um die Bedeutung des Arbeitsrechts als Wettbewerbsfaktor entsponnen (vgl. Fuchs/Marhold 2010: 2f). Das Arbeitsrecht befindet sich auf europäischer Ebene in einem Spannungsfeld zwischen sozialen Grundrechten und ökonomischen Freiheiten. Die für transnationale Dienstverträge relevanten europarechtlichen Regelungen finden sich sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht. Im Rahmen der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit sind UnternehmerInnen berechtigt, ArbeitnehmerInnen vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat zu entsenden. Die Grundfreiheiten der UnternehmerInnen – der freie Dienstleistungsverkehr bzw. die Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU – prallen mit Rechten der ArbeitnehmerInnen, aber auch dem Schutz eines fairen Wettbewerbs aufeinander: Sind ArbeitnehmerInnen aus einem Staat mit niedrigem Lohnniveau in einen Staat mit höherem Lohnniveau bzw. günstigeren arbeitsrechtlichen Ansprüchen entsendet und bereit, dort für ein unter dem ortsüblichen Niveau liegendes Entgelt zu arbeiten, ist der Zielstaat von Lohn- und Sozialdumping betroffen. Dies betrifft die hiesigen ArbeitgeberInnen, die einen Wettbewerbsnachteil gegenüber dem mit niedrigeren Personalkosten operierenden Konkurrenten haben. Die vor Ort beschäftigten ArbeitnehmerInnen müssen fürchten, dass das lokale Lohnniveau unter Druck gerät. Eine Abschottung der Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer nationalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

ist durch die Grundfreiheiten, welche die Basis des Binnenmarkts bilden sollen, jedoch nur sehr eingeschränkt möglich. Nicht zuletzt sind von Lohn- und Sozialdumping die entsandten ArbeitnehmerInnen unmittelbar betroffen. Zwar ist ihre Tätigkeit im Zielstaat nur vorübergehend, doch sind sie mit zunehmender Dauer der Entsendung auch von den wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen im Zielstaat betroffen. Eine wesentliche Ungleichbehandlung gegenüber den vor Ort beschäftigten ArbeitnehmerInnen, wenn sie etwa für gleiche Arbeit weniger als das verbindliche Mindestentgelt erhalten, ist schwerlich zu rechtfertigen. Maßnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping können daher nicht auf protektionistische Motive reduziert werden, sondern lassen ArbeitnehmerInnen aus Niedriglohnländern von höheren Standards im Einsatzland profitieren.

Zunächst wird ein Blick darauf geworfen, inwiefern das Arbeitsrecht in der EU harmonisiert ist. Danach werden die für das Arbeitsverhältnis relevanten Grundfreiheiten vorgestellt. Aus dem Blickwinkel der Vertragsparteien eines Arbeitsverhältnisses mit Auslandsbezug ist schließlich von Interesse, welche arbeitsrechtlichen Normen welchen Staates anwendbar sind und inwiefern sie das anwendbare Recht selbst wählen können. Diese Fragen werden durch das sogenannte Kollisionsrecht geregelt. Die Regelungen des Arbeitskollisionsrechts und der Entsende-Richtlinie legen fest, inwiefern der Schutz der ArbeitnehmerInnen gewährleistet wird und das Interesse der einzelnen Mitgliedstaaten an der Anwendbarkeit gewisser Normen für alle in ihrem Territorium Beschäftigten abgesichert wird. Vorausgeschickt sei, dass nach der heftig umstrittenen Judikatur des EuGH aus den Jahren 2007/2008 für die Mitgliedstaaten und SozialpartnerInnen nur ein eingeschränkter Spielraum für die Statuierung von im Vergleich zur Entsende-RL weiter gehenden Mindeststandards für in ihr Territorium entsandte ArbeitnehmerInnen bleibt. Anschließend wird die Diskussion zum „Herkunftslandprinzip“ im Zusammenhang mit der Dienstleistungsrichtlinie kurz beleuchtet. Zuletzt wird ein Ausblick auf mögliche Entwicklungen gegeben und es werden einige Forderungen, die den Schutz der ArbeitnehmerInnen bezwecken, festgehalten.

2. Einheitliche Mindeststandards im europäischen Arbeitsrecht

Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sind Großteils durch das nationale Recht der einzelnen Mitgliedsstaaten geregelt. Durch punktuelle EU-

Richtlinien wird jedoch in bestimmten Bereichen des Individualarbeitsrechts sowie des kollektiven Arbeitsrechts der Mindestschutz aller ArbeitnehmerInnen in der EU verfolgt: So z.B. durch die Nachweis-RL (91/533/EWG), die Arbeitszeit-RL (2003/88/EG), die Teilzeitarbeits-RL (97/81/EG), die Befristete Arbeitsverhältnisse-RL (99/70/EG), die Betriebsübergangs-RL (2001/23/EG), die Europäische-Betriebsräte-RL (2009/38/EG), die Elternurlaubs-RL (96/34/EG), die Arbeitsschutz-Rahmen-RL (89/391/EWR) u.v.a. Richtlinien sind von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen. Die genannten Richtlinien schaffen kein für die Mitgliedstaaten einheitliches Recht im Sinne einer Vollharmonisierung, sondern setzen Mindeststandards, von denen die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung zugunsten der ArbeitnehmerInnen abweichen können. Derzeit ist von einer Ausweitung der Mindeststandards keine Rede (Gagawczuk 2007: 210).

3. EU-Recht zu grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen

3.1 Grundfreiheiten

Zur Verwirklichung des Binnenmarkts in der EU dienen gemäß Art. 26 AEUV die vier Grundfreiheiten: Freiheit des Warenverkehrs, Freiheit des Kapitalverkehrs, Freiheit des Personenverkehrs und die Dienstleistungsfreiheit. Die Freiheit des Personenverkehrs umfasst – neben dem Recht auf freie Bewegung und Aufenthalt innerhalb der EU gemäß Art. 21 AEUV – die Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen gemäß Art. 45 AEUV sowie die Niederlassungsfreiheit von Selbstständigen gemäß Art. 49 AEUV. Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen bedeutet, dass UnionsbürgerInnen grundsätzlich in jedem Mitgliedstaat Zugang zum Arbeitsmarkt haben. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit in Bezug auf die Beschäftigung, die Entlohnung und die Arbeitsbedingungen sind verboten. Niederlassungsfreiheit bedeutet gemäß Art. 49 AEUV die Berechtigung von EU-BürgerInnen – gemäß Art. 54 auch juristischer Personen –, sich in einem anderen Mitgliedstaat zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit oder zur Gründung einer Agentur, Niederlassung oder Tochtergesellschaft niederzulassen. Aufgrund der in Art. 56ff. AEUV normierten Dienstleistungsfreiheit dürfen Leistungen von UnternehmerInnen in einem anderem Mitgliedstaat als

demjenigen, in dem sich die Niederlassung befindet, d.h. also grenzüberschreitend, erbracht werden. Unter Dienstleistungen sind gemäß Art. 57 Leistungen gegen Entgelt zu verstehen, insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeiten. Die Dienstleistungsfreiheit ist gemäß Art. 57 Abs. 1 ein Auffangtatbestand und kommt nur zur Anwendung, wenn nicht eine der drei anderen Grundfreiheiten vorliegt. In der Beratungspraxis ist in manchen Fällen zu hinterfragen, ob ein Unternehmen, das seinen Sitz im Ausland hat, noch im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in Österreich tätig ist oder ob tatsächlich nicht schon eine Niederlassung vorliegt. Dies ist aus arbeitsrechtlicher Sicht deshalb bedeutsam, weil bei einer Niederlassung in Österreich auch die Pflichtmitgliedschaft bei der Wirtschaftskammer besteht und damit auf die vom Unternehmen in Österreich abgeschlossenen Arbeitsverhältnisse der brancheneinschlägige Kollektivvertrag in seiner Gesamtheit anwendbar ist. Die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit erfolgt nach der Judikatur des EuGH insofern, als für das Vorliegen einer Niederlassung das Unternehmen in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats teilnimmt (EuGH Rs Gebhard, C-55/94, Rz 25). Dienstleistungen im Sinne der Dienstleistungsfreiheit werden hingegen nur vorübergehend erbracht: „Der vorübergehende Charakter der fraglichen Tätigkeiten [ist] nicht nur unter Berücksichtigung der Dauer der Leistung, sondern auch ihrer Häufigkeit, regelmäßigen Wiederkehr oder Kontinuität zu beurteilen. Der vorübergehende Charakter der Leistung schließt nicht die Möglichkeit für den Dienstleistungserbringer im Sinne des Vertrages aus, sich im Aufnahmemitgliedstaat mit einer bestimmten Infrastruktur (einschließlich eines Büros, einer Praxis oder einer Kanzlei) auszustatten, soweit diese Infrastruktur für die Erbringung der fraglichen Leistung erforderlich ist“ (EuGH Rs Gebhard, C-55/94, Rz 27). Unter Beachtung dieser Kriterien müssen ausländische Unternehmen, die permanent mit einem eigenen Büro in Österreich den österreichischen Markt aktiv bearbeiten, eine selbstständige Niederlassung begründen und benötigen dann – je nach ausgeübtem Gewerbe – eine österreichische Gewerbeberechtigung. In der Praxis ist immer wieder zu beobachten, dass ausländische Firmen die Gründung einer Niederlassung in Österreich trotz Vorliegens der Voraussetzungen verabsäumen und vorgeben, im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von

Dienstleistungen tätig zu werden. ArbeitnehmerInnen, die mitunter jahrelang in Österreich für das Unternehmen im Vertrieb tätig sind, haben zwar nach § 7 AVRAG Anspruch auf das hiesige Mindestentgelt, kommen aber nicht in den Genuss von Vorteilen, die ihnen der Kollektivvertrag für Handelsangestellte verschaffen würde (z.B. Taggeld, d.h. pauschalierter Aufwandsersatz für Reisekosten, Einschränkung der Kündigungsfristen). Im Einzelfall ist jedoch zu prüfen, ob die Bestimmungen des Kollektivvertrages gemäß des § 2 Abs. 13 der österreichischen Gewerbeordnung aufgrund unberechtigter Gewerbeausübung anzuwenden sind (Kühteubl/Kozak 2010: 124ff).

Bei den Grundfreiheiten stellt sich außerdem die Frage, welche davon für die rechtliche Beurteilung der Entsendung von ArbeitnehmerInnen relevant sind: Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH (z.B. EuGH Rs Rush Portuguesa, C-43/93; EuGH Rs Vander Elst, C 43/93) und Erwägungsgrund 3 der Entsende-RL ergibt sich die Möglichkeit von Entsendungen nicht aus der Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen, sondern aus der Dienstleistungsfreiheit: Die Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen sei deshalb nicht beachtlich, weil entsandte ArbeitnehmerInnen nicht dauerhaft Zugang zum Arbeitsmarkt des Zielstaates suchten. Für alle Grundfreiheiten gilt das Verbot von Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und das Verbot sonstiger Beschränkungen, die geeignet sind, die Tätigkeit der Dienstleistenden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (EuGH Rs Van Binsbergen, C 33/74; EuGH Rs Arblade, C-369/96). Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit sind gemäß Art. 51 und 52 AEUV nur gerechtfertigt, wenn die zu erbringende Dienstleistung mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist bzw. aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erforderlich ist. Sonstige Beschränkungen sind nur zulässig, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, wie z.B. auch dem sozialen Schutz von ArbeitnehmerInnen, erforderlich und verhältnismäßig sind. Verhältnismäßigkeit liegt vor, wenn die Maßnahme zur Zielerreichung geeignet ist und das geringste Mittel darstellt (Wolfsgruber 2001: 18f). Beschränkungen sind insoweit unzulässig, als dem Allgemeininteresse bereits durch die Rechtsvorschriften Rechnung getragen wird, denen der Dienstleistungserbringer in seinem Sitzstaat unterliegt (EuGH RS Kommission der europäischen Gemeinschaften/Bundesrepublik Deutschland, C-205/84).

3.2 Europäisches Kollisionsrecht und Eingriffsnormen

3.2.1 Überblick

Bei einem Arbeitsverhältnis mit Auslandsbezug stellt sich die Frage, welche arbeitsrechtlichen Normen welchen Staates anwendbar sind. Der Ermittlung des anwendbaren Rechts dient das Arbeitskollisionsrecht. Für Arbeitsverträge, die bis zum 30.11.1998 abgeschlossen wurden, ist noch das österreichische Internationale Privatrechtsgesetz (seit 1.1.1979 in Kraft) anwendbar. Eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts auf EU-Ebene erfolgte zunächst durch einen völkerrechtlichen Vertrag, nämlich das Römische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, kurz Europäisches Vertragsübereinkommen (EVÜ). Mit dem EVÜ wurde das Internationale Privatrecht im Bereich der Schuldverhältnisse in der EU harmonisiert. Mit dem Beitritt Österreichs zur EU wurde auch das EVÜ unterzeichnet (Ganglberger 2001: 90). Das EVÜ gilt in Österreich für Arbeitsverträge, die zwischen dem 1.12.1998 und dem 17.12.2009 abgeschlossen wurden. An die Stelle des EVÜ ist nunmehr die weitgehend inhaltsgleiche VO 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, kurz Rom I-Verordnung, getreten, welche für alle Arbeitsverhältnisse unmittelbar anwendbar ist, die ab dem 18.12.2009 begründet wurden. Für Entsendungen im Rahmen von Dienstleistungsverträgen, konzerninterne Entsendungen sowie Arbeitskräfteüberlassungen innerhalb der EU- bzw der EWR-Mitgliedstaaten ist die Entsende-RL (RL 96/71/EG) anwendbar. Diese enthält keine EU-weit harmonisierten Mindeststandards, sondern ermöglicht es den einzelnen Mitgliedsstaaten, ihre eigenen Mindeststandards in bestimmten Bereichen auch auf ArbeitnehmerInnen, die in ihr Hoheitsgebiet entsandt sind, anzuwenden.

3.2.2 Rom-I-Verordnung

Nach Art. 2 der Verordnung ist auch das Recht eines Nichtvertragsstaates, also eines Drittstaates, anzuwenden. Die Verordnung hat somit universelle Geltung. Ein Grundprinzip des Kollisionsrechts ist nach Erwägungsgrund 11 der VO die Privatautonomie der Vertragsparteien, d.h. dass diese grundsätzlich das anwendbare Recht durch eine ausdrückliche oder schlüssige Rechtswahl bestimmen können (so

auch Art. 8 Abs. 1, 1. Satz). Das mangels vertraglicher Rechtswahl geltende Recht ist das sogenannte objektive Vertragsstatut. Nach Art. 8 Abs. 2 ist das grundsätzlich das Recht des Staates, in dem der gewöhnliche Arbeitsort liegt. Das Recht dieses Staates gilt auch für eine bloß vorübergehende Tätigkeit in einem anderen Staat. Dies ist bei Entsendungen regelmäßig der Fall und von den Vertragsparteien zumeist auch gewollt. Kann ein gewöhnlicher Arbeitsort nicht festgestellt werden – wie z.B. bei LKW-FahrerInnen bei grenzüberschreitenden Güterbeförderungen – ist gemäß Art. 8 Abs. 3 das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, welche die/den ArbeitnehmerIn eingestellt hat, das objektive Vertragsstatut. Die Ausweichklausel des Art. 8 Abs. 4 kommt als Korrektiv zum Tragen, wenn die beiden genannten Anknüpfungspunkte zu einem unpassenden Ergebnis führen würden: Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist als in den obengenannten Fällen, ist das Recht dieses Staates anzuwenden. In der Praxis ist die Darstellung der geltenden Rechtslage oftmals problematisch und schwer objektivierbar. Insbesondere durch eine Rechtswahl gewinnen Sachverhalte noch eine zusätzliche Komplexität. Eine Rechtswahl wird fast immer seitens der/des ArbeitgeberIn vorgeschlagen und aufgrund der wirtschaftlichen Überlegenheit bei der Vertragsverhandlung auch durchgesetzt. Die Rom I-Verordnung lässt eine Rechtswahl bei Arbeitsverträgen aus diesem Grund auch nur eingeschränkt zu: Gemäß Art. 8 Abs. 1, 2. Satz darf der/dem ArbeitnehmerIn durch eine Rechtswahl nicht der Schutz entzogen werden, der aufgrund der zwingenden Vorschriften der mangels Rechtswahl anzuwendenden Rechtsordnung bestehen würde. Bei einer Rechtswahl ist daher bei auftretenden Rechtsfragen ein Günstigkeitsvergleich zwischen bestimmten Normen des objektiven Vertragsstatuts und der vertraglich gewählten Rechtsordnung durchzuführen (Wolfsgruber 2011: Art. 8, 9 Rom I-VO Rz 13). Das bedeutet, dass es zur Lösung naheliegender Fragen – wie z.B. der anwendbaren Kündigungsfrist – einer rechtsvergleichenden Untersuchung bedarf. Dafür verfügen die Vertragsparteien selten über die erforderlichen Ressourcen. Dies betrifft insbesondere die wirtschaftlich unterlegene Seite der ArbeitnehmerInnen. In der Praxis wird die Rechtswahl in schriftlichen Dienstverträgen oft nicht eindeutig formuliert oder erfolgt sogar unbedacht. Die Komplexität, die eine Rechtswahl nach sich ziehen

kann, sei an folgendem Fall verdeutlicht: Ein internationaler Konzern möchte für das gesamte Personal seiner Gesellschaften ein (vermeintlich) einheitliches Vertragsrecht festlegen, nämlich das Arbeitsrechts des Staates, in dem die Muttergesellschaft sitzt. Das Unternehmen drängt daher jene Beschäftigten, welche dauernd in einem anderen Staat als seinem Sitzstaat beschäftigt sind, zur vertraglichen Wahl des Arbeitsrechts des Sitzstaates. Was dabei nicht bedacht wird: Das gewählte Recht kommt eben nicht in seiner Gesamtheit zur Anwendung, sondern es ist bei jeder einzelnen Rechtsfrage ein Günstigkeitsvergleich mit dem vertraglichen Vertragsstatut, i.d.R. dem Recht des Tätigkeitsstaats, durchzuführen. Daher führt die Vereinbarung ausländischen Vertragsrechts regelmäßig zu Rechtsunsicherheit. Wird allerdings bei einem reinen Inlandsfall die Wahl eines ausländischen Arbeitsrechts vereinbart, gilt nach Art. 3 Abs. 3 der Rom I-Verordnung grundsätzlich das zwingende inländische Arbeitsrecht. Neben dem Günstigkeitsvergleich zwischen objektivem Vertragsstatut und gewähltem Recht sind noch weitere Korrekturen des anwendbaren Rechts möglich. Nämlich durch den *ordre public*-Vorbehalt und Eingriffsnormen. Nach dem *ordre public*-Vorbehalt des Art. 21 Rom I-Verordnung ist eine ausländische Rechtsnorm vom angerufenen Gericht dann ausnahmsweise nicht anwendbar, wenn deren Inhalt, v.a. wegen Verletzung der öffentlichen Ordnung, so verpönt ist, dass sie gegen tragende Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung verstoßen würde (vgl. zum EVÜ: Verschraegen (2004): Art. 1 IPRG Rz 76). Im Arbeitsrecht bleibt aber aufgrund des Günstigkeitsprinzips und der Eingriffsnormen praktisch kaum ein Anwendungsbereich für den *ordre public*-Vorbehalt (Fuchs/Marhold 2010: 436). Von großer Bedeutung sind hingegen die Eingriffsnormen gemäß Art. 9 Abs. 2 Rom I-Verordnung: Dabei handelt es sich um jene zwingenden Vorschriften, die von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seiner öffentlichen Interessen angesehen werden, dass sie ungeachtet vom objektiven Vertragsstatut und einer Rechtswahl anzuwenden sind (Vgl. zum EVÜ: Verschraegen (2004): Art. 7 EVÜ Rz 5). Zu diesen international zwingenden Normen zählen im Arbeitsrecht etwa die Höchstarbeitszeitvorschriften, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Mutterschutz (Fuchs/Marhold 2010: 435). Wie erwähnt erlaubt die Entsende-RL den Mitgliedstaaten auch einen „harten Kern“ von Arbeitsbedingungen betreffenden Normen auf entsandte Arbeitnehmerinnen

anzuwenden, was funktional betrachtet Eingriffsnormen gleichkommt (siehe dazu Kapitel III.2.5.).

3.2.3 Exkurs: Anwendbares Sozialversicherungsrecht bei Entsendung

Es liegt zumeist im Interesse von ArbeitnehmerInnen, die von Österreich aus in ein anderes Land entsendet werden, weiter im österreichischen Sozialversicherungsrecht zu bleiben, um z.B. bei Heimaturlauben die Leistungen des österreichischen Krankenversicherungssystems nutzen zu können oder damit die Alterspension später ausschließlich nach österreichischem Recht berechnet wird. Das anwendbare Sozialversicherungsrecht bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsbezug deckt sich nicht zwangsläufig mit dem arbeitsrechtlichen Vertragsstatut oder der steuerrechtlichen Zuordnung. Für die Ermittlung des anwendbaren Sozialversicherungsrechts bei Entsendungen innerhalb der EU ist die VO (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit maßgeblich (Pletzenauer 2010: 440). Grundsätzlich gilt das Territorialprinzip. Demnach gilt das Sozialversicherungsrecht des Staates, in dem die Arbeitstätigkeit ausgeübt wird. Als Ausnahme von diesem Prinzip ist es entsandten ArbeitnehmerInnen aber möglich, im Sozialversicherungsrecht des Entsendestaates zu verbleiben, sofern die voraussichtliche Dauer einer Entsendung, um eine Arbeit für Rechnung der/des ArbeitgeberIn auszuführen, 24 Monate nicht überschreitet und nicht eine andere Person abgelöst wird, für welche die Entsendungszeit abgelaufen ist. Um Missbrauch zu vermeiden, wird nach den Erwägungsgründen 5 und 8 der VO (EG) Nr. 883/2004 zusätzlich vorausgesetzt, dass das entsendende Unternehmen gewöhnlich im Entsendestaat tätig sein muss und dass die arbeitsrechtliche Bindung zwischen ArbeitnehmerIn und entsendender/m Arbeitgeber/in tatsächlich aufreht bleibt. Die Abwicklung der entsprechenden Genehmigung erfolgt in Österreich über die Gebietskrankenkassen. Wird eine Entsendung voraussichtlich länger als 24 Monate dauern, ist ein Ausnahmeantrag gemäß Art. 16 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 bei der zuständigen Behörde – in Österreich beim BMASK – zu stellen. Nach einem Abstimmungsverfahren zwischen den Behörden der betroffenen Mitgliedstaaten werden Ausnahmegenehmigungen meist bis zu 5 Jahren gewährt. Aus der Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen folgt, dass es in der EU auch im Sozialversicherungsrecht keine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit geben

darf. Außerhalb des Kreises der EU/EWR-Staaten und der Schweiz existieren mit folgenden Staaten bilaterale Abkommen: Australien, Bosnien und Herzegowina, Chile, Israel, Kanada, Korea, Kroatien, Mazedonien, Montenegro, Philippinen, Serbien, Tunesien, Türkei, USA, Uruguay. Auch hier gilt grundsätzlich das Territorialprinzip und in den meisten Abkommen ist ein Verbleiben im Sozialversicherungssystem des Entsendestaates bis zu 2 Jahren möglich. Bei einer Entsendung in einen Staat, mit dem kein Abkommen besteht, bleiben ArbeitnehmerInnen gemäß § 3 Abs. 2 ASVG weiter in Österreich versichert, wenn die/der ArbeitgeberIn den Sitz in Österreich hat und die vorübergehende Beschäftigung im Ausland fünf Jahre nicht übersteigt. Nach dem nationalen Recht des Zielstaates kann auch dort eine Sozialversicherungspflicht bestehen, sodass es zu einer Doppelversicherung kommen kann.

3.2.4 EuGVVO: Gerichtsstand und Vollstreckung

Für die Rechtsdurchsetzung ist maßgeblich, an welchem Ort Klagsmöglichkeit besteht. Die Verordnung 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, kurz EuGVVO oder Brüssel-I-Verordnung, vom 22. Dezember 2000 regelt die internationale Zuständigkeit bei individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in den Mitgliedstaaten. Es wird festgelegt, bei welchem Gericht Klage gegen die/den ArbeitgeberIn bzw die/den ArbeitnehmerIn eingebracht werden kann, wobei in erster Linie der Schutz der ArbeitnehmerInnen bedacht wurde (Kodek/Rebhahn 2007: 12). Für die Schweiz, Norwegen und Island gilt das fast wortgleiche Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LGVÜ). Außerhalb des Geltungsbereichs der EuGVVO und des LGVÜ sind gegebenenfalls Staatsverträge, ansonsten § 27a der österreichischen Jurisdiktionsnorm anwendbar. Die/der ArbeitnehmerIn kann gemäß Art. 18 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Z 5 EuGVVO am Ort der Zweigniederlassung, gemäß Art. Z 1 EuGVVO am Wohnsitz bzw der/des ArbeitgeberIn, gemäß Art. Z 2 lit a EuGVVO am gewöhnlichen Arbeitsort oder subsidiär gemäß Art. Z 2 lit b EuGVVO am Ort der Niederlassung, welche die/den ArbeitnehmerIn eingestellt hat, Klage gegen die/den ArbeitgeberIn einbringen. § 4 Abs. 1 Z 1 lit e ASGG legt zusätzlich zugunsten nach Österreich entsandter ArbeitnehmerInnen einen Gerichtsstand

am Entsendungsort fest. Die/der ArbeitgeberIn kann hingegen nur Klage am Wohnsitz der/des ArbeitnehmerIn einbringen. Der/dem ArbeitgeberIn wird somit die Möglichkeit des sogenannten „forum shopping“, also die taktische Auswahl eines Gerichtstandes zur Erlangung von Prozessvorteilen, genommen. Folgerichtig können aus Gründen des Schutzes der ArbeitnehmerInnen Gerichtsstandsvereinbarungen gemäß Art. 23 EuGVVO nur eingeschränkt getroffen werden: Eine vertragliche Regelung kann nur der/dem ArbeitnehmerIn – nicht aber der/dem ArbeitgeberIn – einen zusätzlichen Gerichtsstand einräumen. Ansonsten kann ein Gerichtsstand erst nach Entstehen einer Streitigkeit vereinbart werden.

3.2.5 Entsende-Richtlinie

Bei der Entsende-RL (RL 96/71/EC) handelt es sich nicht um Kollisionsrecht, sondern die Richtlinie ermöglicht es den Mitgliedsstaaten einen Mindeststandard an Rechten auch für ArbeitnehmerInnen, die vorübergehend innerhalb der EU- bzw EWR-Mitgliedstaaten entsandt werden, zu normieren. Bei Entsendungen von oder in Drittstaaten ist die Richtlinie nicht anwendbar (zur abweichenden Umsetzung im österreichischen AVRAG siehe Kapitel III.2.5.3.). Gemäß Art. 2 Abs. 1 liegt eine Entsendung vor, wenn ein/e ArbeitnehmerIn ihre/seine Arbeitsleistung während eines begrenzten Zeitraums in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in welchem der gewöhnliche Arbeitsort liegt, erbringt. Die Abgrenzung des ArbeitnehmerInnenbegriffs richtet sich gemäß Art. 2 Abs. 2 nach dem Recht des Zielstaates. Der Anwendungsbereich der Entsende-RL umfasst nach Art. 1 Abs. 3 Entsendungen im Rahmen von Dienstleistungsverträgen, die konzerninterne Entsendung und die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung. Ausnahmen bei Erstmontage- bzw Einbauarbeiten sind in Art. 3 Abs. 2 der Entsende-RL und in § 7a Abs. 4 AVRAG geregelt. Auch wenn bei vorübergehenden Entsendungen der gewöhnliche Arbeitsort im Entsendestaat verbleibt und daher nach Art. 8 Rom I-Verordnung grundsätzlich das Arbeitsrecht des Entsendestaates anwendbar ist, sichert die Entsende-RL für entsandte ArbeitnehmerInnen die Geltung des Kernbestands der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Zielstaates. Die ausgewählten Normen sind aber nur dann anwendbar, wenn sie günstiger sind als die vergleichbaren Regelungen der sich aus dem Kollisionsrecht ergebenden Rechtsordnung. So soll unfairer Wettbewerb durch Lohn- und

Sozialdumping im Gastland verhindert und ein Mindestschutz der grenzüberschreitend tätigen ArbeitnehmerInnen gewährleistet werden (Erwägungsgrund 5 der Entsende-RL, Rz 17).

Art. 3 Abs. 1 der Entsende-RL zählt zu diesem zwingend anwendbaren „harten Kern“ an Schutzbestimmungen:

- Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten
- Bezahlter Mindestjahresurlaub
- Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze (ausgenommen zusätzliche betriebliche Altersversorgungssysteme)
- Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen
- Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz
- Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Schwangeren und Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen
- Diskriminierungsschutz einschließlich Gleichbehandlung von Frauen und Männern

Bei der Auslegung der Entsende-RL stellte sich die Frage, ob es sich bei dem „harten Kern“ an Schutzbestimmungen um Mindeststandards oder um eine abschließende Aufzählung handelt. Nach der heftig umstrittenen Judikatur des EuGH in den Jahren 2007/2008, insbesondere zu den Fällen Viking (C-438/05), Rüffert (C-346/06), Laval (C-341/05) und Luxemburg (C-319/06), können Mitgliedstaaten oder Gewerkschaften zur Vermeidung von Sozial- und Lohndumping nur in eingeschränktem Ausmaß für entsandte AN günstigere Arbeitsbedingungen, als sie in deren Herkunftsland herrschen, bewirken, ohne den grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr unzulässig zu behindern. Der EuGH hielt in der Rechtssache Laval fest, dass die zwingenden Bestimmungen des Art. 3 Abs. 1 der Entsende-RL zwar die Sicherstellung eines lautereren Wettbewerbes zwischen inländischen UnternehmerInnen und UnternehmerInnen, welche länderübergreifende Dienstleistungen erbringen, sowie die Sicherstellung der Anwendbarkeit der Regelungen für die entsandte ArbeitnehmerInnen bezwecke (EuGH Rs Laval C-341/05, Rz 75 und 76). Ein Mitgliedstaat sei aber nicht berechtigt, „die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehalten werden, die über die zwingenden Bestimmungen über ein Mindestmaß an Schutz hinausgehen“

(EuGH Rs Laval C-341/05, Rz 80). Diese bestätigte er im Fall Rüffert (EuGH Rs Rüffert, C-346/06, Rz 34). Laut EuGH sind die Inhalte der Entsende-RL nämlich keine Mindeststandards, sondern Maximalbestimmungen. Mitgliedstaaten und SozialpartnerInnen müssen ihre Aktivitäten – Gesetzgebung bzw. allgemein verbindliche Tarifverträge und Arbeitsk Kampfmaßnahmen – die den freien Dienstleistungsverkehr einschränken, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterziehen: Die Maßnahme muss aus einem zwingendem Grund des Allgemeininteresses, wie z.B. dem Schutz der ArbeitnehmerInnen, erfolgen, zur Zielerreichung geeignet und das gelindeste Mittel sein. Obwohl die von der Judikatur tangierten Bereiche wie Tarifverhandlungen, das Recht auf kollektive Maßnahmen, Streikrecht etc. außerhalb der Kompetenzen der EU liegen, erfolgt hier eine Bindung der Mitgliedstaaten durch das EU-Recht (Bücker/Warneck 2010: 5). Das Europäische Parlament reagierte auf die Rechtsprechung des EuGH mit der „EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 22. Oktober 2008 zu den Herausforderungen für Tarifverträge in der EU (2008/2085(INI)) an Rat, Kommission und Mitgliedstaaten“: Es wurde festgehalten, dass die in den Verträgen verankerten wirtschaftlichen Freiheiten nicht so ausgelegt werden sollten, dass sie über sozialen Grundrechten wie dem Grundrecht auf kollektive Maßnahmen (z.B. Streiks) stünden. Weiters wurde eine Klarstellung gefordert, dass es nach der Entsende-RL zulässig sei, dass die Mitgliedstaaten über die zwingenden Mindestbestimmungen hinaus für ArbeitnehmerInnen günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festlegen können.

Die Entsende-RL ist von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen. Bei einer Entsendung oder Überlassung von Österreich in einen anderen Mitgliedstaat sind daher die umsetzenden nationalen Normen des Zielstaats beachtlich. In Österreich wurde die Entsende-RL insbesondere durch die §§ 7 bis 7 c Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG) sowie die §§ 10, 10a, 12a 16a Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) umgesetzt. Zentral ist § 7 AVRAG, der sich nicht auf entsandte ArbeitnehmerInnen bezieht, sondern auf ArbeitnehmerInnen, die ihren gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich haben und von einer/m ArbeitgeberIn ohne Sitz in Österreich beschäftigt werden, die/der nicht Mitglied einer kollektivvertragfähigen Körperschaft – zumeist der Wirtschaftskammer – ist. Diese ArbeitnehmerInnen haben dennoch zwingend Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragli-

che Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren ArbeitnehmerInnen von vergleichbaren ArbeitgeberInnen gebührt. Jene Bestimmungen eines Kollektivvertrages, die nicht das Entgelt betreffen, z.B. zum Aufwandersatz bei Dienstreisen, sind hingegen nach der Judikatur des OGH (20.10.2004, 8 Ob A 88/04f) nicht anwendbar. § 7a AVRAG regelt jene Fälle, in denen entsendende ArbeitgeberInnen ihren Sitz außerhalb der EWR-Mitgliedstaaten haben: Die entsandten ArbeitnehmerInnen haben Anspruch auf das lokale Mindestentgelt sowie ein allfällig höheres Urlaubsausmaß nach dem österreichischen Urlaubsgesetz. § 7b AVRAG normiert jene Fälle, in denen entsendende ArbeitgeberInnen einen Sitz in einem anderen EWR-Mitgliedstaat haben: Für die entsandten ArbeitnehmerInnen gelten zusätzlich zu den Ansprüchen gemäß § 7a AVRAG etwa kollektivvertraglich festgelegte Arbeitszeitregelungen (§ 7b Abs. 1 Z 3 AVRAG) sowie das Recht auf Ausstellung eines Dienstzettels mit Informationen über die arbeitsrechtlichen Ansprüche (§ 7b Abs. 1 Z 4 AVRAG). Ausnahmen bestehen u.U. für kurzfristige Montage- und Reparaturarbeiten. Gemäß § 7b Abs 3 AVRAG müssen ArbeitgeberInnen die Entsendung der KIAB (Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen) melden, welche die Meldung an die Krankenversicherungsträger, das Arbeitsinspektorat und gegebenenfalls an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) weiterleitet. Bei Missachtung der Meldepflicht können Verwaltungsstrafen verhängt werden. Mit § 7c AVRAG wurde eine Haftung von inländischen Generalunternehmen für die Entgeltansprüche nach Österreich entsandter ArbeitnehmerInnen festgelegt. In der Praxis kommt diese Haftung jedoch nicht zur Anwendung, weil eine Ausnahme für den Fall der Insolvenz des ausländischen Subunternehmens normiert wurde und Zahlungsausfällen zumeist der Konkurs folgt. Gemäß § 1 Abs. 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) gilt für konzerninterne Überlassungen (nicht: Entsendungen), wenn beide Konzernunternehmen ihren Sitz im EWR haben: Sofern die Arbeitskräfteüberlassung nicht den Betriebszweck des überlassenden Unternehmens darstellt und die Überlassung nicht nur vorübergehend ist, sind die §§ 10 Abs. 1 AÜG (österreichische Entgeltvorschriften), § 10 Abs 3 (kollektivvertragliche Arbeitszeitregelungen) und § 10a AÜG (aliquoter österreichischer Urlaubsanspruch) anwendbar. E contrario ist aus § 1 Abs. 4 AÜG zu schließen, dass bei sonstigen Überlas-

sungen das gesamte AÜG anwendbar ist (Wolfsgruber 2001: 63). Gemäß § 17 Abs. 2 AÜG hat die/der ÜberlasserIn die Überlassung der zuständigen Gewerbebehörde anzuzeigen. Für die von § 7a AVRAG erfassten Entsendungen und Arbeitskräfteüberlassungen durch eine/n ausländischen ArbeitgeberIn ohne Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat, also aus einem Drittstaat, gelten obige Regelungen mit Ausnahme der kollektivvertraglichen Arbeitszeitregelungen und der Informationspflichten der/s ArbeitgeberIn.

3.3 Dienstleistungsrichtlinie

Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV haben Dienstleistungen erbringende UnternehmerInnen auch das Recht, vorübergehend ArbeitnehmerInnen in einen anderen Mitgliedstaat zu entsenden (EuGH vom 27.3.1990, C-113/89, Rush Portuguesa). Mit dem am 25.2.2004 von der Europäischen Kommission vorgestellten Entwurf einer Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Europäische Kommission: KOM (2004) 2), nach dem damals für den Binnenmarkt zuständigen Kommissar auch „Bolkestein-Richtlinie“ genannt) wurde die Beseitigung von Hindernissen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit und die Schaffung von Rechtssicherheit bezweckt. Nach Art. 16 des Entwurfs hätte für DienstleistungserbringerInnen grundsätzlich das sogenannte Herkunftslandprinzip gegolten. Demnach würden ein/e DienstleistungserbringerIn nur an die Regelungen jenes Mitgliedstaates gebunden sein, in dem sie/er seine Niederlassung hat. Die Normen des Mitgliedstaates, in dem die grenzüberschreitende Dienstleistung erbracht wird, würden nicht gelten. Das hätte bedeutet, dass UnternehmerInnen, die ihre Niederlassung im Ausland haben, bei Leistungen in Österreich nicht dem österreichischen Arbeitsrecht, sondern dem Recht ihres Sitzstaates unterliegen würden. Vom Herkunftslandprinzip wäre nach Art. 17 des Entwurfs lediglich der in Art. 3 Abs. 1 der Entsende-RL geregelte arbeitsrechtliche Kernbestand ausgenommen gewesen. Es wurde befürchtet, dass es zu Sozial- und Lohndumping kommen könnte: Denn es wäre für UnternehmerInnen attraktiv gewesen, ihren Sitz in die Mitgliedstaaten mit den niedrigsten Standards zu verlegen und dann bei Erbringung von Dienstleistungen in Staaten mit höherem Schutzniveau ArbeitnehmerInnen mit den niedrigeren Standards zu beschäftigen. Diese hätte auch ArbeitnehmerInnen betroffen, die gar nicht entsendet, sondern vor Ort aufgenommen worden wären. Nach massiven Protesten

der Zivilgesellschaft, nicht zuletzt der Gewerkschaften (Kamleithner/Regner 2007: 169ff), wurde in der schlussendlich vom Europäischen Parlament verabschiedeten Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt im Art. 16 der Verweis auf das anzuwendende Recht und daraus folgend der Begriff „Herkunftslandprinzip“ durch „Dienstleistungsfreiheit“ ersetzt. Das bedeutet jedoch nicht, dass Unternehmen, die grenzüberschreitend Dienstleistungen erbringen, an sämtliche Rechtsvorschriften des Ziellandes gebunden sind (Müller 2007: 70). Die Mitgliedstaaten sind gemäß Art. 16 Abs. 1 der Dienstleistungs-RL bei der Statuierung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit an die Grundsätze der Nicht-Diskriminierung, Erforderlichkeit – die lediglich mit der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit oder dem Schutz der Umwelt begründet werden kann – sowie der Verhältnismäßigkeit gebunden. Neben der Umbenennung des „Herkunftslandprinzips“ in „Dienstleistungsfreiheit“ wurden die Art. 24 und 25 zur Entsendung von ArbeitnehmerInnen und Drittstaatsangehörigen gestrichen. Nach Art. 1 Abs. 6 der Dienstleistungs-RL berührt die Richtlinie nicht das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten. In Art. 3 Abs. 1 wurde festgehalten, dass die Entsende-RL gegenüber der Dienstleistungs-RL Vorrang genießt. Gemäß Art. 17 Abs. 2 hat Art. 16 im Anwendungsbereich der Entsende-RL keine Wirkung. Dennoch ist die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit weiterhin beachtlich.

4. Ausblick und Forderungen

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass ein Mindestschutz der ArbeitnehmerInnen in grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen gewährleistet ist: durch die Normen des Arbeitskollisionsrechts, nämlich die Anknüpfungsmomente des objektiven Vertragsstatuts, die Einschränkungen einer Rechtswahl sowie den Geltungsvorrang von Eingriffsnormen (einschließlich des Katalogs der Entsende-RL) und die Privilegierung von ArbeitnehmerInnen gegenüber ArbeitgeberInnen bei der Wahl des Gerichtsstands. Der Schutz der ArbeitnehmerInnen sollte auf europarechtlicher Ebene aber noch ausgebaut werden: Dabei sind Änderungen des Primärrechts einerseits und des Sekundärrechts andererseits wünschenswert. Primärrechtlich wäre aus Sicht der Interessensvertretungen der ArbeitnehmerInnen klarzustellen, dass die sozialen Grundrechte nicht den ökonomischen Grundfreiheiten untergeordnet sind, d.h. dass das Recht auf eine legitimierte Interessensvertretung bei Tarifverhand-

lungen oder kollektiven Maßnahmen als Ausnahme zu den Binnenmarktvorschriften zu behandeln wäre. Der Europäische Gewerkschaftsbund (EGB bzw. englisch: European Trade Union Confederation/ETUC) fordert dazu konkret eine primärrechtlich ausgestaltete „Klausel für den Sozialen Fortschritt“ (ETUC 2011: *Achieving social progress*). Diese soll die Auslegung der EU-Verträge dahingehend klarstellen, dass der Binnenmarkt kein Selbstzweck ist, sondern der Erreichung von sozialem Fortschritt für die UnionsbürgerInnen dient. Weiters soll festgehalten werden, dass im Konfliktfall die sozialen Grundrechte Vorrang vor den wirtschaftlichen Freiheiten haben und dass die wirtschaftlichen Grundfreiheiten nicht so ausgelegt werden können, dass Unternehmen sie dazu nutzen, nationale arbeits- und sozialrechtliche Standards zu unterlaufen oder für Lohn- und Sozialdumping einzusetzen. Solche weitgehende Änderungen auf der Ebene des Primärrechts der EU, nämlich die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken, erscheinen derzeit jedoch politisch wenig realistisch. Im Monti-Bericht wurde eine Klarstellung zum Streikrecht auf sekundärrechtlicher Ebene angedacht (Monti 2010: 83f). Dem ist die Europäische Kommission gefolgt und hat nun einen Vorschlag für eine „Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit“ vom 21.3.2012 vorgelegt (Europäische Kommission: KOM (2012) 130 endgültig; sogenannte „Monti II-VO“). In diesem Entwurf wird jedoch von der prinzipiellen Gleichrangigkeit von sozialen Grundrechten und wirtschaftlichen Grundfreiheiten ausgegangen. Bei der Ausübung von kollektiven Maßnahmen wie insbesondere dem Streikrecht müssten die wirtschaftlichen Freiheiten gewahrt werden und umgekehrt. Nach Erwägungsgrund 11 hat bei der Ausübung von kollektiven Rechten in grenzüberschreitenden Sachverhalten eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattzufinden. Im Übrigen werden nationale Einrichtungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung angeregt. Der EGB kritisiert an diesem Entwurf, dass damit erst recht Beschränkungen kollektiver Maßnahmen und die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung zu Viking festzementiert werden würden (ETUC 2012: *Declaration Monti II*). Auf sekundärrechtlicher Ebene wird seitens des EGB eine Revision der Entsende-RL gefordert (ETUC (2010): *A Revision of the Posting of Workers Directive*). Es sollte sichergestellt werden, dass die Entsende-RL den Schutz der ArbeitnehmerInnen und nicht der UnternehmerInnen

– wie vom EuGH judiziert – verfolgt (vgl. ETUC 2010: 41f). Die Aufzählung der Eingriffsnormen des Art. 3 Abs. 1 der Entsende-RL sollte daher entgegen der Judikatur des EuGH (Viking (C-438/05), Rüffert (C-346/06), Laval (C-341/05), Luxemburg (C-319/06)) als Mindest- und nicht als Maximalkatalog gewertet werden. Somit hätten die Mitgliedstaaten und die SozialpartnerInnen die Möglichkeit den „harten Kern“ zu erweitern. Angedacht werden könnte auch eine Ausweitung des Katalogs in der Entsende-RL selbst. Nach Ansicht der Europäischen Kommission und bislang auch des Rates erscheint eine Revision der Entsende-RL nicht erforderlich: Die RL stelle ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der Dienstleistungsfreiheit und den Rechten der ArbeitnehmerInnen her. Der Kommissar für Beschäftigung, Soziales und Integration, László Andor, hielt in seiner Rede „Moving forward on the Posting of Workers Directive“ vom 17.3.2010 (Andor 2010) fest, dass aus seiner Sicht eine Revision der Entsende-RL derzeit nicht notwendig erscheine. Es solle nach Lösungen der Schwierigkeiten bei der Umsetzung hinsichtlich mangelnder Zusammenarbeit der Behörden, bei der effektiven Durchsetzung, bei der Information von ArbeitnehmerInnen und UnternehmerInnen sowie bei der Kontrolle gesucht werden. So lauteten auch schon die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 31.8.2008 und der Monti-Bericht, der im Auftrag der Europäischen Kommission eine neue Strategie des Binnenmarktes ausloten sollte (Monti 2010: 82). Im Paket mit der Monti II-VO hat die Europäische Kommission nun auch einen Vorschlag für eine Richtlinie zur „Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen“ präsentiert (Europäische Kommission, KOM (2012) 131 endgültig). Dieser Entwurf enthält einige begrüßenswerte Ansätze: Aus Sicht der Praxis erscheinen Maßnahmen gegen Scheinentsendungen, bei denen es sich eigentlich um eine auf Dauer angelegte Tätigkeit in einem Staat handelt, sehr wichtig. Denn mit diesen Konstruktionen wird eine Umgehung des Arbeitsrechts des Staates des gewöhnlichen Arbeitsorts außerhalb des „harten Kerns“ an Arbeits- und Entgeltbedingungen im Sinne der Entsende-RL bezweckt. Oft werden dafür auch Briefkastenfirmer im Ausland benützt. Diese Fälle sind zwar grundsätzlich mit dem allgemeinen Vertragsrecht lösbar, nämlich der Ergründung des wahren Willens der Vertragsparteien und den Regeln zu Umgehungsgeschäften. In der Praxis ist eine Umgehungsabsicht aber oftmals schwer für die ArbeitnehmerInnen zu

beweisen. Zudem können Ansprüche gegen Briefkastenfirmen naturgemäß schwer durchgesetzt werden. Im Rahmen der Entsenderichtlinie soll nun (nach Vorbild des Sozialversicherungsrechts) gemäß Art. 3 Abs. 1 und 2 des Entwurfs vermehrt auf die tatsächlichen Voraussetzungen einer Entsendung (z.B. Zentrum der Geschäftstätigkeit, Einstellungsart) bzw. deren bloß vorübergehender Dauer geachtet werden. Weiters soll der Zugang der Vertragsparteien einer Entsendevereinbarung zu Informationen verbessert werden: insbesondere durch nutzerInnenfreundliche und mehrsprachige nationale Webseiten (Art. 5). Auf diesen wären u.a. für Entsendungen relevante Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen und Rechtsvorschriften und allgemein verbindliche Tarifverträge zu veröffentlichen. Im Übrigen sind bereits derzeit Informationen zu den einzelstaatlichen entsendungsrelevanten Vorschriften auf der Homepage der Europäischen Kommission (unter „Nationale Kontaktstellen und Informationen“) veröffentlicht. Darüber hinaus würde es die Feststellung der im Einzelfall anwendbaren Normen erleichtern, wenn auch die wichtigsten sonstigen arbeitsrechtlichen Normen der einzelnen Mitgliedstaaten in allen Amtssprachen der EU veröffentlicht würden. Dabei kann es sich freilich nur um einen Überblick handeln. Die genaue Kenntnis von Judikatur und Lehre ist für gesicherte Auskünfte unabdingbar und kann daher nur von Fachleuten, die mit dem einzelstaatlichen Recht eingehend vertraut sind, gewährleistet werden. Die im Entwurf geplante Einführung einer GeneralunternehmerInnenhaftung im Baubereich für ihre AuftragnehmerInnen hinsichtlich Lohnansprüchen sowie Steuer- und Sozialversicherungsabgaben entsandter ArbeitnehmerInnen, ist grundsätzlich ein wichtiger Schritt zur Bekämpfung von sozialbetrügerisch agierenden Unternehmen (Art. 12). Ebenso zu begrüßen sind auch die angestrebten Verbesserungen bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden (Art. 6-8) und der grenzüberschreitenden Durchsetzung von Verwaltungsstrafen und Sanktionen (Art. 13-16). Die Mitgliedstaaten wären auch aufgefordert, die Durchsetzbarkeit der Rechte entsandter ArbeitnehmerInnen und Beschwerdemöglichkeiten bei Rechtsverletzungen im Gastland sicherzustellen. Außerdem wäre die Unterstützung der ArbeitnehmerInnen durch Gewerkschaften und andere Organisationen, die ein Interesse an der Einhaltung der Entsende-RL haben, zu ermöglichen (Art. 11). All diesen Vorschlägen ist zuzustimmen, da einzelne entsandte ArbeitnehmerInnen Ansprüche wie z.B. das

Mindestentgelt aus Gründen wie wirtschaftlicher Abhängigkeit, Sprachproblemen, Unkenntnis über das Rechtssystem im Zielstaat etc. oft schwer durchsetzen können. Über den zivilrechtlichen Weg hinaus sind aus ebendiesen Gründen aber auch behördliche Kontrollkompetenzen notwendig. In Österreich wurde dieser Weg bereits durch das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz beschritten. Nach dem Entwurf der Kommission werden den Mitgliedstaaten zwar bestimmte nationale Kontrollmaßnahmen (z.B. Melde- und Informationspflichten der Dienstleistungserbringenden) erlaubt, zugleich aber festgeschrieben, dass es sich um einen Maximalkatalog handelt. Hier soll also im Gefolge der Rechtsprechung des EuGH zum Kernbereich der Arbeits- und Entgeltbedingungen die Entsende-RL abermals so ausgelegt werden, dass nationale Maßnahmen zum Schutz der ArbeitnehmerInnen nicht als Mindest-, sondern als Höchststandards festgelegt werden. Es ist daher zu erwarten, dass die Diskussion zur Entwicklung des Primär- und Sekundärrechts in Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen hitzig weitergeführt werden wird.

Literaturverzeichnis

- Andor, L. (2010): Moving forward on the Posting of Workers Directive, Rede im Rahmen der Conference on Posting of Workers and Labour Rights, Oviedo, 17.03.2010. Online: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/100 &format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> [22.05.2012]
- Bücker A./Warneck W. (2010): ETUI Report 111, Viking – Laval – Ruffert: Consequences and policy. Online: <http://library.fes.de/pdf-files/gurn/00379.pdf> [22.05.2012]
- ETUC (2010): A Revision of the Posting of Workers Directive: Eight proposals for improvement. Final report from the ETUC expert group on posting. Online: http://www.etuc.org/IMG/pdf/final_report_ETUC_expert_group_posting_310510_EN.pdf [22.05.2012]
- ETUC (2011): Achieving social progress in the single market: proposals for protection of fundamental social rights and posting of workers. Online: http://www.etuc.org/IMG/pdf/EN_Posting_of_workers_2_.pdf [22.05.2012]
- ETUC (2012): ETUC Declaration on the Commission proposals for a Monti II Regulation and Enforcement Directive of the Posting of Workers Directive. Online: http://www.etuc.org/IMG/pdf/EN-ETUC-Declaration_Monti-II-PWD.pdf [22.05.2012]
- Europäische Kommission: KOM (2004) 2, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt. On-

- line: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0002:FIN:DE:PDF> [22.05.2012]
- Europäische Kommission: Empfehlung der Europäischen Kommission vom 31.08.2008. Online: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:085:0001:0004:de:PDF> [22.05.2012]
- Europäische Kommission: KOM (2012) 130 endgültig, Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit. Online: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_9_de.pdf [22.05.2012]
- Europäische Kommission: (2012) Nationale Kontaktstellen und Informationen. Online: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=726&langId=de> [22.05.2012]
- Monti M. (2010): Eine neue Strategie für den Binnenmarkt. Im Dienste der Wirtschaft und Gesellschaft in Europa. Bericht an den Präsidenten der Europäischen Kommission José Manuel Barroso. Online: http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/press-releases/pdf/20100510_1_de.pdf [22.05.2012]
- Müller, C. (2007): Vom Herkunftslandprinzip zum Prinzip der Dienstleistungsfreiheit. In: Buchinger, S./Michner, A./Müller, C. (2007): *Dienstleistungsrichtlinie*. Wien: Verlag Österreich, 70-78.
- Fuchs, M./Marhold, F. (2010): *Europäisches Arbeitsrecht*, 3. Auflage. Wien: Springer.
- Gagawczuk, W. (2007): Das Grünbuch Arbeitsrecht. In: Wagner A./Wedl V. (Hg.): *Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht. Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge*. Wien: ÖGB Verlag, 197-212.
- Ganglberger, M. (2001): *Der Übergang vom IPRG zum EVÜ bei Arbeitsverhältnissen mit Auslandsbezug*. Wien: Manz.
- Kamleithner, R./Regner, E. (2007): Die Dienstleistungsrichtlinie. Eine Erfolgsgeschichte der Gewerkschaften Europas im Kampf gegen die Liberalisierungspolitik der EU. In: Leutner, R. (Hg.): *Grundlagen eines Europäischen Sozialmodells aus Arbeitnehmerperspektive*. Wien: ÖGB Verlag, 155-182.
- Kodek, G. E./Rebhahn, R. (2007): *Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Arbeitsrechtsfragen*. Wien: LexisNexis Verlag.
- Kühteubl, S./Kozak, W. (2010): *Arbeitnehmerentsendung*. Wien: Manz.
- Pletzenauer, W. (2010): Die neue Koordinierung der sozialen Sicherheit in der EU – VO (EG) 883/2004, VO (EG) 987/2009. *Das Recht der Arbeit* 5/2010
- Verschraegen, B. (2004): Kommentierung in: Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Auflage. Wien: Manz, Art. 1- 33 EVÜ.
- Wolfsgruber, C. (2001): *Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern*. Wien: ÖGB Verlag.
- Wolfsgruber, C. (2011): Kommentierung in: Neumayr M./Reissner, G. P.: *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*, 2. Auflage. Wien: Manz, Art. 8, 9 Rom I-VO.