

und damit unbrauchbaren Ergebnissen kommen muß, wenn im praktischen Vollzug derart entrückte Stellen wie die EG-Kommission die Regelung von Vollzugsaufgaben für sich in Anspruch nehmen.

j) *Entschlüsse und Empfehlungen im Bildungsbereich.* Hier sind vor allem die Entschlüsse des Rates und der im Rat vereinigten Minister für das Bildungswesen vom 9. 2. 1976<sup>22</sup> zu nennen. Diese betreffen insbesondere Gesundheitserziehung, Umwelterziehung und die Eingliederung von Behinderten in Regelklassen. Die damit verbundenen Fragen können die Mitgliedstaaten selber lösen. Im übrigen liegt ein Eingriff in die Kulturhoheit der Länder vor.

k) *Rundfunk-Richtlinie 89/552/EWG*<sup>23</sup>. Unabhängig von der nach Ansicht der Länder fehlenden Kompetenz der EG fehlt jedenfalls in bezug auf die Quotenregelung ein Bedürfnis für eine gemeinschaftsweite Regelung.

l) *Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Geschwindigkeitsbegrenzungen für bestimmte Fahrzeugklassen in der Gemeinschaft*<sup>24</sup>. Es besteht keine Notwendigkeit für EG-einheitliche Regelungen. Darüber hinaus hat die EG vor dem Inkrafttreten des EU-Vertrages in bezug auf das Verhalten im Straßenverkehr keine Regelungskompetenz.

m) *Aktionsplan Tourismus*<sup>25</sup>. Abgesehen von Teilbereichen (z. B. Umweltschutz, Verbraucherschutz) können die Ziele des Aktionsplanes ganz überwiegend von den Mitgliedstaaten auf ihrer Ebene ausreichend verwirklicht werden.

Die vollständige Zusammenstellung wurde nach der Verabschiedung durch das bayerische Kabinett dem Bundeskanzler und dem Präsidenten der EG-Kommission zur Kenntnis gebracht. Die Bayerische Staatsregierung hat im übrigen am 30. 3. 1993 beschlossen, diese Zusammenstellung als Entschlußantrag im Bundesrat einzubringen. Die bisher erstellte Liste ist nicht abschließend. Vielmehr beschloß die Bayerische Staatsregierung auf der genannten Sitzung am 9. 2. 1993, die Überprüfung des Gemeinschaftsrechts fortzusetzen. Dabei ist zu berücksichtigen:

- Im Arbeits- und Sozialrecht sind EG-Mindeststandards grundsätzlich zu begrüßen. Sie dürfen die Errungenschaften nationaler Sozialpolitik nicht in Frage stellen. Hohe Regelungsdichte und Bevormundung der Tarifpartner sind allerdings als Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip zu werten.
- Förderprogramme im Kultur-, Bildungs- und Forschungsbereich sind nach der Neuregelung im EU-Vertrag insoweit zu begrüßen, als sie eine herausragende überregionale Bedeutung haben. Bei der Durchführung ist das Subsidiaritätsprinzip strikt zu beachten.
- Bei der EG-Regionalförderung darf die EG für die Auswahl der Fördergebiete lediglich einen Rahmen vorgeben. Die Festlegung der einzelnen Fördergebiete und die Entscheidung über die Förderung bleibt den Mitgliedstaaten überlassen.

#### IV. Ausblick

Die vorliegende Überprüfung des Gemeinschaftsrechts auf seine Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip betrifft nicht die Frage der Rückübertragung, sondern ausschließlich die der Ausübung von Gemeinschaftskompetenzen. Die Problematik, ob und in welchem Umfang Kompetenzen der EG im Lichte des Subsidiaritätsprinzips sinnvollerweise auf die Mitgliedstaaten bzw. die Länder zurückübertragen werden sollten, wird sich jedoch auf der nächsten Regierungskonferenz stellen, die für 1996 vorgesehen ist.

Mit seinem Eintreten für das Subsidiaritätsprinzip strebt Bayern keine Schwächung der Europäischen Gemeinschaft an. Hintergrund dieser Bemühungen ist vielmehr die Erkenntnis, daß der europäische Einigungsprozeß nur dann eine Zukunft hat, wenn die

nationale Identität der Mitgliedstaaten und die spezifische Identität der Regionen gewahrt, Überreglementierungen vermieden und die Bürgernähe in der EG sichergestellt werden.

Die EG ist eine Rechtsgemeinschaft. Sie lebt von der Akzeptanz ihrer Rechtsordnung. Sachliche Überreglementierungen, zentralistische Tendenzen und intransparente Entscheidungsprozesse schwächen die Akzeptanz der Gemeinschaftsrechtsordnung durch die Bürger in den Mitgliedstaaten. Für die Schaffung einer bürgernahen Union, die das Vertrauen der Menschen in Europa genießt, ist deshalb die konsequente Anwendung des Subsidiaritätsprinzips – ergänzt durch die Stärkung föderaler Strukturen in der Gemeinschaft – eine unbedingte Voraussetzung.

22) ABIEG Nr. C 38 v. 19. 2. 1976, S. 1.

23) BR-Dr 259/86; ABIEG Nr. C 179 v. 17. 7. 1986, S. 4; ABIEG Nr. L 298 v. 17. 10. 1989, S. 23.

24) Ratsdok. 4305/89; BR-Dr 87/89.

25) BR-Dr 290/91.

## Der Richtlinienvorschlag zur Entsendung von Arbeitnehmern

### Ein Mittel zur Abwehr von sozialem Dumping?

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Entsenden ausländische Unternehmen gering bezahlte Arbeitskräfte ins Inland, können Störungen auf dem Arbeitsmarkt die Folge sein. Der folgende Beitrag diskutiert den Vorschlag der EG-Kommission, bestimmte Standards des Arbeitsortes für verbindlich zu erklären, und behandelt im Anschluß denkbare Abwehrmaßnahmen auf nationaler Ebene.

#### I. Die Ausgangssituation

##### 1. Arbeitskosten als Standortfaktor

In den einzelnen Mitgliedstaaten der EG sind die Arbeitskosten unterschiedlich hoch. Nach Angaben der EG-Kommission schwankte der niedrigste Tariflohn eines Bauarbeiters im Jahre 1990 zwischen 1,5 ECU in Portugal bzw. 2,12 ECU in Griechenland und 7,11 ECU in der Bundesrepublik bzw. 13,32 ECU in Dänemark<sup>1</sup>. Das Pro-Kopf-Einkommen der zehn reichsten Regionen in der EG lag um 160 % über dem der zehn ärmsten<sup>2</sup>. Im Verhältnis zu Drittstaaten – etwa in Osteuropa oder der sogenannten Dritten Welt – sind die Unterschiede noch ungleich krasser. Der in niedrigen Lohnkosten liegende Wettbewerbsvorteil wird in aller Regel durch andere Faktoren mehr als ausgeglichen: Fehlende Verfügbarkeit qualifizierter Arbeitskräfte, wenig leistungsfähige Infrastruktur, schwer berechenbare staatliche Verwaltung sind „Nachteile“, die bei Investitionsentscheidungen meist mehr zu Buche schlagen.<sup>3</sup> Für eine Abschottung gegenüber „Billiglohn-Produzenten“ besteht deshalb keinerlei Veranlassung; sie liefe auf reinen Protektionismus hinaus. Richtigerweise ist auch nicht von Dumping im Rechtssinne die Re-

1) KOM (91) 230 endg. – SYN 346, S. 5; die Kommission stützt sich dabei auf Angaben der Europäischen Föderation der Bau- und Holzarbeiter vom April 1991

2) *Goybet*, Revue du Marché Commun (RMC) 1992, 286. Weitere vergleichende Angaben bei O. Vogel, in: EG-Binnenmarkt 1992. Chancen und Risiken für Betriebe, 3. Aufl. (1991), S. 23 ff.

3) S. Hofmann-Monse, in: Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Der EG-Binnenmarkt und die Sozialpolitik, Bd. 3, 1992, S. 65 ff.

de, wenn ein ausländischer Produzent seiner geringen Lohnkosten wegen billigere Angebote machen kann<sup>4</sup>.

## 2. Wahrung von Minimalstandards?

Rechtliche Probleme können einmal dann entstehen, wenn die Produktion im anderen Land unter menschenunwürdigen Bedingungen erfolgt. So hatte etwa der BGH über die Frage zu entscheiden, ob es gegen § 1 UWG verstößt, wenn Billig-Asbest auf den deutschen Markt gebracht wird, der nur deshalb so preiswert ist, weil er in Südkorea ohne die in Europa selbstverständlichen Arbeitsschutzmaßnahmen hergestellt wurde<sup>5</sup>. Weder Gesetzgeber noch Rechtsprechung haben bisher klare Maßstäbe dafür entwickelt, wann die Grenze des Erträglichen überschritten ist. Internationale Mindeststandards existieren zwar in großer Zahl – zu denken ist etwa an die ILO-Standards<sup>6</sup>, an die Garantie von „angemessenem Lohn“ und „sicheren und gesunden Arbeitsbedingungen“ in Art. 7 des UN-Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte<sup>7</sup> sowie an die „Sozialklauseln“ in den Welt-Rohstoffabkommen, die die Wahrung von „fair labour standards“ verlangen<sup>8</sup>. Ihr jeweiliger konkreter Inhalt und ihre Verbindlichkeit als Völkervertrags- oder Völkergewohnheitsrecht erwecken jedoch immer wieder Zweifel; derzeit wird man noch davon ausgehen müssen, daß trotz neuerer Ansätze im Entwicklungsvölkerrecht<sup>9</sup> die Produktionsbedingungen für das deutsche Recht relativ uninteressant sind, daß es neben dem Satz „pecunia non olet“ auch den Satz „merx non olet“ gibt. Auch die EG-Verordnung über unerlaubte Handelspraktiken von Drittstaaten<sup>10</sup> scheint insoweit nicht angewandt zu werden<sup>11</sup>.

## 3. Das Problem der Wanderarbeitnehmer

Die unterschiedlichen Arbeitskosten können dann eine weitergehende Wirkung gewinnen, wenn Arbeitskräfte aus den weniger entwickelten in die „reicheren“ Länder überwechseln und dort Vergütungen akzeptieren, die irgendwo zwischen dem Niveau ihres Heimatstaats und dem des „Arbeitsstaats“ angesiedelt sind. In der Bundesrepublik Deutschland hat man bei der Anwerbung ausländischer Arbeitnehmer von Beginn an entscheidenden Wert darauf gelegt, daß auf sie nicht nur deutsches Arbeitsrecht anwendbar war, sondern daß sie auch dieselben Arbeitsbedingungen wie ihre deutschen Kollegen erhielten<sup>12</sup>. Für die Gewerkschaften war dies elementare Voraussetzung dafür, daß sie sich überhaupt mit der Einstellung von „Gastarbeitern“ einverstanden erklärten<sup>13</sup>. Der EWG-Vertrag schrieb in Art. 48 II ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot fest; einem italienischen Metallarbeiter einen „Ausländerlohn“ zu bezahlen, wäre ein evidenter Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht. Soweit ersichtlich, sind offene Schlechterstellungen ausländischer Arbeitskräfte die absolute Ausnahme; daß es verdeckte Diskriminierungen gibt, wird sich ebensowenig wie in bezug auf Frauen oder andere Problemgruppen leugnen lassen.

## 4. Das Problem der entsandten Arbeitskräfte

Eine ganz ähnliche potentielle Unterbietungskonkurrenz ergibt sich dann, wenn Arbeitskräfte aus einem Niedriglohn-Land von ihrem dort angesiedelten Arbeitgeber in ein Hochlohn-Land entsandt werden, um für kürzere oder längere Zeit in seinem Auftrag Straßen zu bauen oder Lkw's zu fahren. Eine rechtliche und faktische Einbeziehung in die Arbeitsrechtsordnung des Arbeitsorts läßt sich hier nach geltendem Kollisionsrecht nur schwer bewerkstelligen: Nach Art. 30 II EGBGB ändert eine vorübergehende Tätigkeit in einem anderen Land nichts an der anwendbaren Rechtsordnung; sogar bei dauernder Entsendung werden

in der Regel „engere Verbindungen“ zur bisherigen Rechtsordnung bestehen bleiben<sup>14</sup>.

Aus der Praxis wird von drastischem „Lohndumping“ berichtet. So diskutierte etwa das Europäische Parlament im April 1992 über die Anfrage eines portugiesischen Abgeordneten, wonach von Portugal entsandte Arbeitskräfte beim Bau von Euro-Disneyland bei Paris nur etwa ein Fünftel des Lohnes vergleichbarer französischer Arbeitnehmer erhalten hatten<sup>15</sup>. Aus der Bauwirtschaft wird immer häufiger von Fällen berichtet, in denen polnische oder andere osteuropäische Arbeitnehmer auf der Basis von (Schein-)Werkverträgen für 5,- bis 8,- DM pro Stunde eingesetzt werden<sup>16</sup>. Der Sachverständigenrat hat sich bereits in seinem Jahresgutachten 1989/90 mit erfreulicher Deutlichkeit gegen solche Praktiken ausgesprochen:<sup>17</sup> Sie würden zu einer Segmentierung des Arbeitsmarktes führen und Spannungen zwischen den einheimischen und den hinzukommenden Arbeitskräften erzeugen. Weiter heißt es: „Die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers im Bereich des Arbeits- und Sozialsystems würden unterlaufen, weil innerhalb der Landesgrenzen in einer letztlich nicht zu kontrollierenden Weise Regelungen anderer Länder zur Anwendung kämen, soweit in dem Land ausländische Unternehmen tätig werden. Sitzverlagerungen in Länder mit niedrigen Arbeits- und Sozialstandards wären die Folge. Diese Effekte würden Konflikte zwischen den Ländern auslösen ...“

Auf solche Störungen der Arbeitsmärkte kann man national, aber auch EG-weit reagieren. Die EG-Kommission hat im August 1991 den Erlaß einer Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vorgeschlagen<sup>18</sup>. Dazu liegen mittlerweile Stellungnahmen des Europäischen Parlaments vor<sup>19</sup>. Im folgenden soll diese Initiative etwas näher betrachtet werden, da sie ein Problem aufgreift, dem mittlerweile niemand mehr die Relevanz absprechen kann.

## II. Der Inhalt des Kommissionsvorschlags

Die vorgeschlagene Richtlinie hat sich zum Ziel gesetzt, einen „harten Kern“ von Arbeitsbedingungen des „Arbeitsorts“ auch in den Entsendungsfällen verbindlich zu machen. Die Tatsache, daß u. a. das deutsche Arbeitskollisions-

4) Vgl. die Dumpingpreis-Definition in Art. 2 Verordnung (EWG) Nr. 2423/88, ABIEG 1988 Nr. L 209, S. 1; dazu *Bougeois*, in: *Groeben-Thiesing-Ehlermann*, EWGV, 4. Aufl. (1991), Art. 113 Rdnrn. 90 ff.

5) BGH, NJW 1980, 2018 m. Anm. *Knieper-Fromm*.

6) Näher *Körner-Dammann*, Bedeutung und faktische Wirkung von ILO-Standards, 1991, S. 29 ff.

7) Vom 16. 12. 1966, BGBl II 1973, 1570, abgedr. auch bei *Däubler-Kittner-Lörcher* Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. (1993), Nr. 130.

8) Dazu *Servais*, International Labour Review 128 (1989), 423 (426), der u. a. die Abkommen über Zinn, Zucker und Naturkautschuk zitiert.

9) Dazu von *Seggern*, Arbeitsrecht im Betrieb 1992, 693.

10) Verordnung (EWG) Nr. 2641/84, ABIEG 1984 Nr. L 252, S. 1.

11) Näher zu ihr *Bougeois*, in: *Groeben-Thiesing-Ehlermann*, EWGV, Art. 133 Rdnr. 120.

12) Zum Anwerbungsverfahren s. etwa *Schaub*, ArbeitsR-Hdb., 7. Aufl. (1992), § 27; *Däubler*, Demokratie und Recht 1974, 19.

13) S. etwa *Anagnostidis*, in: *Klee*, Gastarbeiter – Analysen und Berichte, 1972, S. 104, 107.

14) Dazu *Däubler*, RiW 1987, 252; *Palandt-Heldrich*, BGB, 52. Aufl. (1993), Art. 30 EGBGB Rdnr. 8. S. als Beispiel *BAG*, DB 1993, 637 zum Fall der auf Dauer berechneten Entsendung von Panam-Piloten nach Deutschland.

15) Anfrage des Abgeordneten *Moura*, ABIEG Nr. C 89 v. 9. 4. 1992, S. 11. Weitere denkbare Fälle bei *Däubler*, in: *Däubler-Lecher*, Die Gewerkschaften in den zwölf EG-Ländern, 1991, S. 285 ff.

16) *Schütt*, Die Mitbestimmung 1992, Nr. 12, 29.

17) Jahresgutachten 1989/90 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Nr. 465, abgedr. auch in: Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Der EG-Binnenmarkt und die Sozialpolitik, Bd. 2, 1990, S. 28, 30.

18) S. das o. Fußn. 1 zitierte Dokument. Text des Vorschlags (ohne Begründung) in ABIEG Nr. C 225 v. 30. 8. 1991, S. 6.

19) Zweiter Bericht des Ausschusses für soziale Angelegenheiten, Beschäftigung und Arbeitsumwelt v. 27. 1. 1993, Sitzungsdokument A 3 – 0022/93. Zum Beschluß des Plenums s. Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (Hrsg.); EuroInfo, Jahrgang 6, Nr. 4, S. 2.

recht auf dem Römischen Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. 6. 1980<sup>20</sup> beruht, ist insoweit ohne Bedeutung, da Art. 20 dieses Übereinkommens dem Gemeinschaftsrecht ausdrücklich den Vorrang einräumt.

### 1. Der Gegenstand „Entsendung“

Nach Art. 2 des Richtlinienentwurfs sollen drei verschiedene Fälle erfaßt sein.

Art. 2 lit. a betrifft den eigentlichen Entsendungsfall: Das Unternehmen entsendet einen Arbeitnehmer „im Rahmen der Ausführung eines Werk- oder Dienstleistungsvertrags“ in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, wobei die Leitung des Arbeitseinsatzes weiter bei ihm liegt.

Art. 2 lit. b betrifft die grenzüberschreitende Leiharbeit: Der Verleiher (hier „Leiharbeitunternehmen“ genannt) überläßt einem „entleihenden Unternehmen“, das seinen Sitz oder eine Geschäftsstelle in einem Mitgliedstaat hat, einen Arbeitnehmer, wobei das Arbeitsverhältnis zum Verleiher bestehen bleibt.

Art. 2 lit. c betrifft insbesondere die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung. Erfaßt ist der Fall, daß das Unternehmen den Arbeitnehmer einer seiner Niederlassungen oder einem anderen Unternehmen in einem Mitgliedstaat zuweist, sofern das bisherige Arbeitsverhältnis bestehen bleibt. Der Unterschied zu Art. 2 lit. b dürfte allein darin liegen, daß der entsendende Arbeitgeber ein normales Produktions- oder Dienstleistungsunternehmen ist; in deutscher Terminologie handelt es sich dabei um echte Leiharbeit<sup>21</sup>.

Als „Entsender“ sind alle Unternehmen erfaßt, die von der Freiheit zur Erbringung von Dienstleistungen nach Art. 59 ff. EWGV Gebrauch machen. Dies sind auch solche, die ihren Sitz außerhalb der Gemeinschaft haben<sup>22</sup>. Charakteristisch für alle Fälle ist, daß das Arbeitsverhältnis zum entsendenden Unternehmen bestehen bleibt; würde die Arbeitgeberstellung wechseln, läge ein normaler Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor, bei der die Gleichbehandlung jedenfalls bei EG-internen Vorgängen bereits aus Art. 48 II EWGV folgt<sup>23</sup>.

### 2. Der „harte Kern“ der Vorschriften des Arbeitsorts

Art. 3 I des Richtlinienentwurfs sieht vor, daß im Falle der Entsendung unabhängig vom anwendbaren Arbeitsrecht bestimmte Arbeitsbedingungen verbindlich sind, „die an dem Ort, an dem die Arbeitsleistung vorübergehend erbracht wird, für Tätigkeiten der gleichen Art gelten.“ Dabei muß es sich um verbindliche Rechts- oder Verwaltungsvorschriften bzw. um Tarifverträge oder Schiedssprüche handeln, die für die betreffende Tätigkeit und das betreffende Gewerbe insgesamt gelten, d. h. insoweit eine erga-omnes-Wirkung haben. Damit sind neben dem zwingenden gesetzlichen Arbeitsrecht nur solche Tarifverträge erfaßt, die für allgemeinverbindlich erklärt sind. Weiter wird die zwingende Wirkung nur für bestimmte Angelegenheiten angeordnet, die abschließend aufgezählt sind:

- (1) maximale Tages- und Wochenarbeitszeit, Ruhezeiten, Sonntagsarbeit und Nacharbeit;
- (2) bezahlter Mindesturlaub;
- (3) Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze und Vergütungen, aber ohne die Vergünstigungen im Rahmen von betrieblichen Systemen;
- (4) Bedingungen für die Entleiher von Arbeitskräften, insbesondere die Überlassung von Arbeitskräften durch Leiharbeitunternehmen;
- (5) Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz;
- (6) Schutzmaßnahmen im Zusammenhang mit den Arbeitsbedingungen von Schwangeren oder Wöchnerinnen, Kindern, Jugendlichen und sonstigen Gruppen, die besonderen Schutz genießen;

- (7) Gleichbehandlung von Mann und Frau sowie das Verbot der Diskriminierung aufgrund von Hautfarbe, Rasse, Religion, Überzeugungen, staatlicher Herkunft oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe.

Nach Art. 3 II gilt die zwingende Wirkung des bezahlten Mindesturlaubs und der Mindestlohnsätze nicht, wenn die Dauer der Entsendung in einem Bezugszeitraum von einem Jahr ab Beginn der Entsendung weniger als drei Monate beträgt. Bei der Berechnung der Dreimonatsfrist soll jeder frühere Zeitraum berücksichtigt werden, in dem „die Stelle“ mit einem entsandten Arbeitnehmer besetzt war; man will offensichtlich vermeiden, daß durch eine Art Rotation einzelner Beschäftigter die Überschreitung der Dreimonatsfrist verhindert und so die Ausnahme über ihren eigentlichen Anwendungsbereich hinaus ausgedehnt wird.

### 3. Die Stellungnahme des Europäischen Parlaments und seiner Ausschüsse

Der Richtlinienentwurf der Kommission benötigte gut eineinhalb Jahre, bevor eine Stellungnahme des Europäischen Parlaments vorlag. Ein erster Bericht des Ausschusses für soziale Angelegenheiten, Beschäftigung und Arbeitsumwelt<sup>24</sup> war vom Plenum in der Sitzung vom 6. 7. 1992 an den Ausschuß zurücküberwiesen worden. Der nunmehr vorliegende zweite Bericht<sup>25</sup> wurde vom Plenum akzeptiert. Die wichtigsten Änderungsvorschläge betreffen den Anwendungsbereich – schon bei einer Tätigkeit von mehr als einem Monat sollen die Bestimmungen der Richtlinie greifen – sowie die anwendbaren Bestimmungen, wonach auf die Ortsüblichkeit und nicht mehr auf die Allgemeinverbindlichkeit abzustellen sei<sup>26</sup>.

## III. Kritik

### 1. Der vernünftige Grundgedanke

Der Vorschlag der Kommission ist insofern zu begrüßen, als er ein reales Problem aufgreift, das voraussichtlich in Zukunft an Bedeutung eher zunehmen wird: Je intensiver die wirtschaftliche Verflechtung zwischen den Mitgliedstaaten, um so häufiger können auch Entsendungsfälle bis hin zur grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung auftreten<sup>27</sup>. Zutreffend hat die Kommission auch darauf verzichtet, eine „große Lösung“ in dem Sinne anzustreben, daß bestimmte Arbeitsbedingungen innerhalb der Gemeinschaft vereinheitlicht werden; angesichts des unterschiedlichen wirtschaftlichen Entwicklungsstandes ist die Zeit für einen verbindlichen „sozialen Sockel“ noch nicht reif<sup>28</sup>. Realistischerweise kann es daher nur darum gehen, die in den einzelnen Staaten bestehenden (durchaus unterschiedlichen) Standards ganz oder teilweise auch auf solche Arbeitskräfte zu erstrecken, die von ihren Arbeitgebern in den betreffenden Mitgliedstaat entsandt wurden. Die Lohnkostenkon-

20) ABIEG Nr. L 266 v. 9. 10. 1980, S. 1, abgedr. auch bei Däubler-Kittner-Lörcher (o. Fußn. 7), Nr. 470.

21) Zur begrifflichen Abgrenzung s. Däubler, ArbeitsR, Bd. 2, 9. Aufl. (1992), S. 899 ff.

22) So ausdrücklich auch die Kommission (o. Fußn. 1), S. 14.

23) Zum Problem der Gleichbehandlung türkischer Arbeitnehmer s. Lörcher, EuZW 1991, 397 und zuletzt EuGH, EuZW 1993, 96 – Kazim Kus/Landeshauptstadt Wiesbaden.

24) Europäisches Parlament, Bericht v. 22. 4. 1992, Sitzungsdokument, A 3-0161/92, PE 152. 299/ endg.

25) Europäisches Parlament, Bericht v. 27. 1. 1993, Sitzungsdokument, A 3-0022/93, PE 152. 299/2/ endg.

26) Wiedergegeben in EuroInfo (o. Fußn. 19).

27) So auch die Einschätzung des Ausschusses für Wirtschaft, Währung und Industriepolitik, wiedergegeben im Bericht des Ausschusses für soziale Angelegenheiten (o. Fußn. 25), S. 26.

28) Zur Festlegung von Mindeststandards s. Däubler, in: Weidenfeld, Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, Mainzer Beiträge zur Europäischen Einigung, Bd. 13, 1992, S. 27 ff.

kurrenz wird so nur unterbunden bzw. eingeschränkt, wenn sie sich auf dem einzelnen nationalen Arbeitsmarkt manifestiert, wenn also andernfalls eine Art Kombination von niedrigen Löhnen des Heimatstaates und entwickelter Infrastruktur des „Gaststaates“ ausgenutzt würde. Die Kommission beschränkt sich insoweit auf die Koordination nationaler Regeln; die Richtlinie will festlegen, welche Sachgebiete zum „harten Kern“ der Arbeitsbedingungen am Arbeitsort zählen, ohne ihre Unterschiedlichkeiten irgendwie anzutasten. Ohne eine solche Regelung könnte auf der anderen Seite der Fall eintreten, daß die Mitgliedstaaten unterschiedliche Wege gehen, daß z.B. in einem Staat die Mindestlöhne, im anderen jedoch die Beitragspflicht zu den Gemeinsamen Einrichtungen des Baugewerbes zu beachten sind. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* sind die Mitgliedstaaten durchaus befugt, ihre gesetzlichen und kollektivvertraglichen Standards auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Dies ist im Fall *Rush Portuguesa* für portugiesische Arbeitskräfte in Frankreich entschieden worden<sup>29</sup>, gilt jedoch ganz generell, soweit dadurch nicht eine Diskriminierung, etwa durch doppelte Belastung mit Sozialabgaben, eintritt<sup>30</sup>. Die vorgeschlagene Richtlinie hätte unter diesen Umständen Vereinheitlichungsfunktion und würde die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit i. S. der Art. 59 ff. EWGV erleichtern.

## 2. Die inkonsequente Umsetzung

Der begrüßenswerte Ansatz der Kommission wird in dem vorgeschlagenen Richtlinienentwurf nicht durchgehalten. Der Vorschlag geht kaum über das hinaus, was heute schon aufgrund nationalen Kollisionsrechts gilt und wirkt durch die Beschränkung auf Kollektivverträge mit erga-omnes-Wirkung in den einzelnen Mitgliedstaaten extrem unterschiedlich.

Betrachtet man die sieben Punkte des „harten Kerns“ der Reihe nach, so läßt sich unschwer feststellen, daß – abgesehen von dem an zweiter Stelle genannten Urlaub und der an dritter Stelle genannten Lohnhöhe – schon heute ein Verbindlichkeitsanspruch auch gegenüber entsandten Arbeitskräften besteht. Dies gilt für alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die jedenfalls nach bislang herrschendem Rechtsverständnis dem Territorialitätsgrundsatz folgen, sich also auf jede abhängige Arbeit beziehen, die auf dem Gebiet der Bundesrepublik erbracht wird<sup>31</sup>. So erstreckt sich etwa die Arbeitszeitordnung sowie das Verbot der Sonntagsarbeit nach den §§ 105 b ff. GewO nicht anders als das Arbeitsschutzrecht ohne Ausnahme auch auf solche Beschäftigte, die unter einem fremden Arbeitsstatut vorübergehend in Deutschland tätig sind. Nr. 1 und 5 des „harten Kerns“ bringen daher nichts Neues. Dasselbe gilt für die in Nr. 6 angesprochenen Vorschriften zugunsten von werdenden Müttern, Jugendlichen und Schwerbehinderten<sup>32</sup>. Das in Nr. 7 erwähnte Gebot der Gleichbehandlung von Mann und Frau gilt sowieso qua Gemeinschaftsrecht; die übrigen dort genannten Diskriminierungsverbote ließen sich auf der Grundlage des Art. 3 III GG und des § 75 BetrVG unschwer als „zwingende Normen“ i. S. des Art. 34 EGBGB qualifizieren; ganz abgesehen davon, daß die Probleme der portugiesischen oder polnischen Baukolonne nicht darin bestehen, daß einzelne ihrer Mitglieder wegen ihrer religiösen Überzeugung oder – so der Ergänzungsvorschlag des Parlamentsausschusses für soziale Angelegenheiten – wegen ihrer sexuellen Orientierung benachteiligt werden. Schließlich erheben wir schon bisher den Anspruch, daß die Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auch bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung zu beachten sind<sup>33</sup>; insoweit bringt auch Nr. 4 nichts Neues. Man kann insbesondere im Hinblick auf öffentlich-rechtliche

Normen vermuten, daß die Situation in anderen Mitgliedstaaten vergleichbar ist.

Was bleibt, sind die Bestimmungen über den bezahlten Mindesturlaub (Nr. 2) und über die „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze und Vergütungen“ (Nr. 3). Hier ergibt sich nun die Schwierigkeit, daß Lohn- und Urlaubstarife nach deutschem Tarifrecht nur die beiderseitigen Organisationsmitglieder binden, jedoch keine erga-omnes-Wirkung entfalten. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist gerade in diesem Sektor die absolute Ausnahme<sup>34</sup>. Auch in Ländern wie Frankreich, die die Tarifbindung des Arbeitgebers genügen lassen<sup>35</sup>, greift die Richtlinie nicht. Soweit ersichtlich, existiert die vorausgesetzte erga-omnes-Wirkung als Regelatbestand nur im spanischen Recht, allerdings auch dort nur dann, wenn die Tarifverträge das im sogenannten Arbeitnehmerstatut (*estatuto de los trabajadores*) vorgesehene Verfahren beachtet haben und es sich nicht etwa um die recht häufigen „nichtstatutarischen“ Kollektivverträge handelt<sup>36</sup>. Daß in Großbritannien mit seinen tariflichen „gentlemen's agreements“, die nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme im Arbeitsvertrag rechtliche Verbindlichkeit gewinnen<sup>37</sup>, die vorgeschlagene Richtlinie nicht „greift“, liegt nachgerade auf der Hand. Insofern spielt es dann auch keine entscheidende Rolle mehr, ob die Regeln über Urlaub und Mindestlohn erst bei mindestens dreimonatiger Entsendung oder schon nach einem Monat oder sofort eingreifen: Sie über Fristen für den Eintritt eines Nullums zu streiten, gerät in verdächtige Nähe zur Beschäftigungstherapie.

In der vorgeschlagenen Form ist die Richtlinie für die allermeisten Mitgliedstaaten ein Schlag ins Wasser. Sie würde lediglich eine Reihe zusätzlicher Auslegungsprobleme und praktischer Schwierigkeiten schaffen. Wenn es etwa heißt, daß die für die betreffende Tätigkeit und das betreffende Gewerbe verbindlichen Vorschriften über Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz auch gegenüber entsandten Arbeitskräften gelten, so sind zwar sicherlich die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften einbezogen, doch zögert man, dies auch für konkretisierende Betriebsvereinbarungen zu bejahen, da sie ihres beschränkten Geltungsbereichs wegen nicht das betreffende Gewerbe insgesamt erfassen. Recht aufwendig wäre es auch, müßte man etwa bei Monteuren, die in verschiedenen Mitgliedstaaten eingesetzt werden, den Jahresurlaub aus mehreren Versatzstücken zusammensetzen, die sich jeweils nach einer unterschiedlichen Rechtsordnung bestimmen. Auch wenn dies noch angehen mag: Was passiert, wenn andere Rechtsordnungen z.B. die Übertragbarkeit des Urlaubs auf das

29) *EuGH*, Slg. I 1990, 1417 = *EuZW* 1990, 256; ebenso bereits *EuGH*, Slg. 1982, 223 = *NJW* 1982, 1935 Tz. 14 – *Seco* u. a. für gesetzliche oder tarifliche Mindestlöhne.

30) So der Fall *EuGH*, Slg. 1982, 223 = *NJW* 1982, 1935 – *Seco* u. a. Zum Ganzen s. auch *A. Lyon-Caen*, *RMC* 1991, 108.

31) Vgl. *BAG*, *NJW* 1987, 2767; *Gamillscheg*, *Internationales ArbeitsR.*, 1959, S. 347; *Martiny*, in: *MünchKomm.* 2. Aufl. (1990), Art. 30 EGBGB Rdnr. 74.

32) Nachw. bei *Martiny*, in: *MünchKomm.*, Art. 30 EGBGB Rdnr. 72, 73.

33) Vgl. die Nachw. bei *Däubler*, *ArbeitsR.*, Bd. 2, S. 913 Fußn. 486 u. 487.

34) Zahlenangaben bei *Lindena-Höhlmann*, *ArbGeb* 1988, 564, wonach nur jeder 60. Verbandstarif für allgemeinverbindlich erklärt wird und davon nur ein Fünftel Löhne und Gehälter betreffen.

35) Näher dazu *Krieger*, *Das französische Tarifvertragsrecht*, 1991, S. 160 ff.

36) Die erga-omnes-Wirkung ergibt sich aus Art. 82 III Arbeitnehmerstatut (in deutscher Übersetzung abgedr. bei *Däubler*, *Arbeitsbeziehungen in Spanien*, 1982, S. 288). Zu den „inoffiziellen“ Kollektivverträgen, von denen auf nationaler Ebene rund ein Viertel der Arbeitnehmer erfaßt wurden, s. *Ojeda Avilés*, *Derecho Sindical*, 5a edición (1990), S. 575 ff.

37) Dazu *Kronke*, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt – Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich*, 1990, S. 343 f.

nächste Jahr und seine Behandlung bei langfristiger Erkrankung anders sehen als das BAG? Die rechtsberatende Zunft würde als einzige einen ungeahnten Aufschwung erfahren.

Die Situation stellt sich anders dar, wenn man den Vorschlägen des Parlaments folgt. Würde man auf das erga-omnes-Erfordernis verzichten und auf den ortsüblichen Urlaub und die ortsübliche Vergütung abstellen, käme man den eigentlichen Zielsetzungen der Kommission sehr viel näher. Von der rechtlichen Konstruktion her könnte man an die Praxis anknüpfen, die bei der Einbeziehung von Teilzeitkräften in die für alle übrigen Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen entwickelt wurde: Man läßt zwar die (relativ) beschränkte Tarifwirkung bestehen, verbietet aber eine Abweichung zu Lasten der geschützten Personengruppe<sup>38</sup>. Von diesem Ausgangspunkt her ist es dann auch von ganz wesentlicher Bedeutung, ob jede Entsendung erfaßt ist oder ob man eine „Relevanzschwelle“ bei einem Monat oder bei drei Monaten festlegt. Möglicherweise käme hier eine differenzierende Regelung je nach der Form der Entsendung in Betracht. Bei Leiharbeit und bei anderen Fällen, in denen der Arbeitnehmer faktisch einem Unternehmen im „Gaststaat“ zur Verfügung gestellt wird, sind allenfalls ganz kurze Fristen erträglich, während beim „Grundfall“ der Entsendung, also bei der vollen Aufrechterhaltung der Zuordnung zum Unternehmen im anderen Staat durchaus mehr Großzügigkeit vertretbar wäre; die Konkurrenzsituation zu den Arbeitskräften im „Aufnahmestaat“ ist hier sehr viel weniger ausgeprägt.

#### IV. Alternativen?

Ob der Richtlinienentwurf in der vorliegenden oder einer verbesserten Fassung jemals die Zustimmung des Ministerrats findet, steht derzeit in den Sternen. Die Tatsache, daß sich auch das in sozialen Fragen aufgeschlossene Europäische Parlament sehr schwer tat<sup>39</sup>, mahnt eher zur Skepsis. Auf der Ebene der Gemeinschaft kommt unter diesen Umständen bei sozialem Dumping, das von Drittstaaten ausgeht, lediglich der Rückgriff auf die Verordnung zu unerlaubten Handelspraktiken<sup>40</sup> in Betracht.

Auf nationaler Ebene könnte man an verschiedene Maßnahmen denken. Zum einen läßt das Gemeinschaftsrecht an sich die Möglichkeit zu, bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge die Beachtung des deutschen Arbeitsrechts zu fordern<sup>41</sup>. Auch bei anderen öffentlichen Aufträgen kann dies eine Rolle spielen<sup>42</sup>. Weiter sollte man angesichts der Konkurrenz durch Billigarbeitskräfte verstärkt darüber nachdenken, was eigentlich alles zum Kreis der zwingenden Normen i. S. des Art. 34 EGBGB zählt, die auch bei ausländischem Arbeitsvertragsstatut anzuwenden sind. Einzubeziehen ist sicherlich das Verbot des Lohnwuchers<sup>43</sup>, doch wird in der Literatur immer stärker auch die Auffassung vertreten, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge seien entgegen der älteren Rechtsprechung des BAG<sup>44</sup> auch dann anzuwenden, wenn die Arbeitsverhältnisse ausländischem Arbeitsrecht unterliegen<sup>45</sup>. Allerdings müssen sich die Tarifverträge selbst einen entsprechenden Geltungsbereich beimessen; soweit sie nur „Betriebe“ im Inland erfassen wollen, können sie auch im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung nicht auf die klassischen Fälle der Entsendung erstreckt werden.

Schließlich ist vor kurzem der Vorschlag gemacht worden, jedenfalls im Bausektor für die Beschäftigung von Billigarbeitskräften eine Dumpingabgabe zu erheben, die die Differenz zu den Inlandslöhnen abschöpft<sup>46</sup>. Damit würde eine Sanktion, die bei der Bekämpfung des „eigentlichen“ Dumpings entwickelt wurde<sup>47</sup>, für sozialpolitische Zwecke nutzbar gemacht. Ob dies vom Gesetzgeber effek-

tiv aufgegriffen wird, soll hier nicht diskutiert werden. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang allein die Feststellung, daß der Nationalstaat durchaus in der Lage ist, sich gegen Störungen seines Arbeitsmarkts zur Wehr zu setzen.

38) Vgl. BAG, NJW 1989, 2076 = NZA 1989, 796 = DB 1989, 1727.

39) Der progressive Charakter von Beschlüssen internationaler Gremien steigt mit dem Grad der rechtlichen Unverbindlichkeit. Näher dazu bereits Däubler, WSI-Mitteilungen 1987, 196.

40) S. o. Fußn. 10.

41) Vgl. Richtlinie 89/449/EWG des Rates vom 18. 7. 1989 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABIEG Nr. L 210 v. 21. 7. 1989, S. 1; Richtlinie 93/4/EWG des Rates vom 8. 2. 1993 zur Änderung der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordination der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABIEG Nr. L 38 v. 16. 2. 1993, S. 31.

42) Dazu etwa das von der Bundesrepublik nicht ratifizierte ILO-Übereinkommen Nr. 94 über „Arbeitsklauseln (öffentliche Verträge)“ aus dem Jahre 1949. Wortlaut in: Bureau International du Travail (éd.), Conventions et recommandations internationales du travail, 1919-1984, 1985, Bd. 1, S. 295 ff.

43) Dazu Däubler, TarifvertragsR, 3. Aufl. (1993), Rdnrn. 1584 ff., 1698.

44) BAG, AP § 1 TVG Tarifverträge: Bau Nr. 30.

45) Wimmer, Die Gestaltung internationaler Arbeitsverhältnisse durch kollektive Normenverträge, 1992, S. 198 ff.; w. Nachw. bei Däubler, TarifvertragsR, Rdnr. 1662 Fußn. 68.

46) Schütt, Die Mitbestimmung 1992, H. 12, 31.

47) S. o. Fußn. 4.

## Texte und Dokumente

### Beschlußfassung bei handelspolitischen Schutzmaßnahmen

Die Kommission hat den Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates zur Harmonisierung und Rationalisierung der Entscheidungsprozesse für handelspolitische Schutzmaßnahmen der Gemeinschaft und Änderung der betreffenden Verordnungen des Rates (ABIEG Nr. C 181 v. 17. 7. 1992, S. 9) vorgelegt. Eine Annahme dieses Verordnungsvorschlages würde zu einer Stärkung der Rolle der Kommission in diesem Bereich führen, wie die nachfolgende Übersicht zeigt. Vgl. auch die Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag, EuZW 1993, 364 (in diesem Heft).

#### 1. Vorläufige Zölle

##### Derzeitige Situation:

Die Kommission entscheidet nach Rücksprache mit den Mitgliedstaaten

##### Vorschlag der Kommission:

Die Kommission entscheidet nach Rücksprache mit den Mitgliedstaaten

#### 2. Endgültige Zölle

##### Derzeitige Situation:

Der Rat entscheidet mit qualifizierter Mehrheit (drei Mitgliedstaaten können eine Entscheidung blockieren)

##### Vorschlag der Kommission:

Die Kommission entscheidet nach dem Verwaltungsausschlußverfahren:  
– Die Kommission unterbreitet einen Entwurf der Maßnahmen.  
– Der Ausschuß gibt seine Stellungnahme mit qualifizierter Mehrheit ab.

a) Bei Übereinstimmung werden die Maßnahmen endgültig.  
b) Bei Nichtübereinstimmung werden die Maßnahmen für einen Zeitraum von bis zu 20 Tagen ausgesetzt. Innerhalb dieses Zeitraumes kann der Rat mit qualifizierter Mehrheit einen anderslautenden Beschluß fassen. (Um die von der Kommission beabsichtigten Maßnahmen zu blockieren, müssen sieben Mitgliedstaaten dagegen stimmen).