Walter Gagawczuk

GRENZÜBERSCHREITENDES LOHN- UND SOZIALDUMPING: WIE KÖNNEN FAIRE ARBEITSBEDINGUNGEN SICHERGESTELLT WERDEN?

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit dem Thema Lohn- und Sozialdumping im Zusammenhang mit grenzüberschreitender Erwerbstätigkeit auseinander. In den Abschnitten 1 bis 4 werden die Rahmenbedingungen erörtert. Konkret geht es dabei um Zahlen und Fakten zu grenzüberschreitenden Entsendungen an sich, um die Begriffe und die Auswirkungen von Lohn- und Sozialdumping sowie die Rechtslage im Arbeitsrecht und im Sozialversicherungsrecht. In Abschnitt 5 werden dann die jüngsten Entwicklungen auf europäischer Ebene dargestellt, bevor in Abschnitt 6 auf die wesentlichsten Probleme und Handlungsfelder eingegangen wird. Der siebente und letzte Abschnitt zeigt in der Folge Lösungsansätze auf, wie faire Arbeitsbedingungen sichergestellt werden können, um grenzüberschreitendes Lohn- und Sozialdumping zu verhindern.

1 GRENZÜBERSCHREITENDE ENTSENDUNGEN INNERHALB DER EUROPÄISCHEN UNION IN ZAHLEN

Die Zahl der grenzüberschreitenden Entsendungen lässt sich EU-weit anhand der Entsendebescheinigungen ermitteln. Die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2004, VO 883/2004) sieht nämlich vor, dass Erwerbstätige, die in einem Mitgliedstaat A beschäftigt sind und vorübergehend als ArbeitnehmerInnen in einen anderen Mitgliedstaat B entsandt werden oder als Selbstständige vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat B tätig sind, weiterhin den Sozialversicherungsvorschriften des Mitgliedstaates A unterliegen. Zum Nachweis der Sozialversicherungsangehörigkeit und um den/die ArbeitgeberIn oder die/den selbstständig Erwerbstätige/n vor doppelter Beitragszahlung zu schützen, stellen die Sozialversicherungsträger Entsendebescheinigungen aus. Diese führen die Bezeichnung A 1 bzw. PD A 1 (PD = „Portable Document“). Die Zahl der ausgestellten Entsendebescheinigungen ist eine relativ verlässliche Quelle, um die Zahl der grenzüberschreitenden Entsendungen und grenzüberschreitender Erwerbstätigkeit von selbstständig Erwerbstätigen zu ermitteln – „relativ“ insofern, als die Zahl der grenzüberschreitenden Entsendungen ohne ausgestellte Entsendebescheinigung naturgemäß unbekannt ist und daher anzunehmen ist, dass die tatsächliche Zahl höher ist. Andererseits ist zu bedenken, dass die Dauer der Entsendungen begrenzt ist – die durchschnittliche Dauer einer Entsendung nach Österreich beträgt etwas mehr als drei Monate. Eine einzelne Entsendung ist daher keinesfalls mit einem ganzjährigen Vollzeitäquivalent gleichzusetzen.

Die absolute Zahl an grenzüberschreitenden Entsendungen in den EU-Mitgliedstaaten und EFTA-Staaten liegt laut der Erhebung von Pacolet/De Wispelaere (2016) bei 2,05 Millionen mit steigender Tendenz.[1]

1 Auch die folgenden Informationen in diesem Abschnitt beruhen auf Pacolet/De Wispelaere (2016).

Sozialpolitik in Diskussion, Band 20/2019: Seiten 99–116

Der durchschnittliche jährliche Anstieg zwischen 2010 und 2015 liegt bei 7,2 %. Besonders hoch war der jährliche Anstieg in diesem Zeitraum in Schweden (13,9 %), Estland (13,4 %) und Österreich (12,7 %).[2] 85 % der Entsendungen erfolgen in die alten Mitgliedstaaten.[3]

Bei den Entsendestaaten liegt Polen mit 23 % (!) aller Entsendungen an erster Stelle vor Deutschland und Frankreich. Eine relativ hohe Zahl an Entsendungen erfolgte auch aus Slowenien. Dort entsprach 2015 die Zahl der Entsendungen einem Anteil von 14,1 % der erwerbstätigen Personen. 40 % der slowenischen BauarbeiterInnen arbeiten grenzüberschreitend!

Betrachtet man die Empfangsstaaten,[4] dann liegen relativ gesehen Luxemburg, Belgien und Österreich ganz vorne. Dies gilt besonders für den Bausektor. Die Zahl der Entsendungen im Vergleich zur Zahl der auf dem jeweiligen Arbeitsmarkt Erwerbstätigen in diesem Sektor liegt bei 72,8 % (Luxemburg) bzw. 24,8 % (Belgien) und 17 % (Österreich).

Die durchschnittliche Dauer der Entsendungen weist große Unterschiede in den verschiedenen Mitgliedstaaten auf. Eine einzelne Entsendung erfolgt im Durchschnitt für 98 Tage. Die durchschnittliche Dauer einer einzelnen Entsendung variiert zwischen 60 Tagen in Belgien und 419 Tagen in Slowenien.

Bezogen auf eine Person (pro entsandte Person erfolgen 1,9 Entsendungen pro Jahr) beträgt die durchschnittliche Entsendedauer 182 Tage, also etwa ein halbes Jahr. Entsendungen, die für zwei oder mehrere Mitgliedstaaten ausgestellt werden, dauern durchschnittlich 285 Tage bzw. auf die Person bezogen 340 Tage. Diese Personen sind also grob gesprochen im Durchschnitt ein Jahr entsandt.

2 LOHN- UND SOZIALDUMPING IM ZUSAMMENHANG MIT GRENZÜBERSCHREITENDER BESCHÄFTIGUNG

Unter Lohndumping versteht man die Auszahlung von Entgelt durch den/die ArbeitgeberIn unter dem gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder auf sonstige Art vorgeschriebenen Mindestlohn. Dadurch können die Personalkosten verringert, im Vergleich zu Mitbewerbern günstigere Angebote gelegt und somit Wettbewerbsvorteile lukriert werden.

Der Begriff Sozialdumping wird teilweise als Synonym zu Lohndumping verwendet, teilweise versteht man darunter die Zahlung von zu niedrigen Sozialabgaben durch den/die ArbeitgeberIn mit dem Ziel, einen Wettbewerbsvorteil zu lukrieren. Zum Teil wird Sozialdumping auch als Überbegriff für Lohndumping und Zahlung von zu niedrigen Sozialabgaben verwendet.

Lohn- und Sozialdumping ist keineswegs zwangsläufig mit grenzüberschreitender Beschäftigung verbunden. Hohe Unterschiede im Lohnniveau zwischen verschiedenen Ländern erhöhen jedoch die Wahrscheinlichkeit von bzw. den Anreiz für Lohndumping – dies umso mehr, je

2 Der jährliche Anstieg bezieht sich nur auf die Entsendebescheinigungen, die für einen anderen Mitgliedstaat ausgestellt werden. Der jährliche Anstieg von Entsendungen, die für zwei oder mehrere Mitgliedstaaten ausgestellt werden, beträgt zwischen 2010 und 2015 sogar 25 %. Der Anteil der Entsendebescheinigungen für zwei oder mehrere Mitgliedstaaten lag 2015 bei 25 %.

3 Auch dieser Prozentsatz bezieht sich auf die Entsendungen, die für einen Mitgliedstaat ausgestellt wurden (siehe dazu auch Fußnote 2).

4 Auch hier liegt nur eine Erhebung auf Basis der Entsendungen für einen Mitgliedstaat vor (siehe dazu auch Fußnote 2).

Sozialpolitik in Diskussion, Band 20/2019: Seiten 99–116

geringer die geografische Entfernung ist, da etwaige zusätzliche Kosten für Reise sowie den Transport von Werkzeug, Maschinen und Arbeitsmaterial vergleichsweise geringer sind.

Vor diesem Hintergrund sind die Rahmenbedingungen für Österreich denkbar schlecht. Die Länge der gemeinsamen Grenze mit den 2004 der EU beigetretenen Nachbarländern beträgt fast 1.300 Kilometer, und rund 60 % der österreichischen Bevölkerung leben in grenznahen Bereichen innerhalb von weniger als 100 Kilometer Entfernung zu dieser Grenze. In Zusammenhang mit dem hohen Lohngefälle ist dies eine besonders attraktive Ausgangssituation für kurzfristige grenzüberschreitende Beschäftigung in Österreich oder die Beschäftigung in Form von Tages- oder Wochenpendeln. Das Lohngefälle hat sich zwar in den letzten 20 Jahren etwas verringert, die verbleibenden Lohnunterschiede sind aber noch immer enorm. So betrug etwa 2014 der durchschnittliche Bruttomonatsverdienst in Österreich im Bau- bzw. Baunebengewerbe 2.542 Euro und in Ungarn nur etwa ein Fünftel, in der Slowakei weniger als ein Drittel und in Rumänien und Bulgarien sogar nur geringfügig mehr als ein Achtel davon.

Ganz allgemein sind die Lohnunterschiede zwischen den meisten alten Mitgliedstaaten und den meisten neuen Mitgliedstaaten nach wie vor enorm. Bezogen auf das Medianeinkommen besteht der größte Unterschied zwischen Dänemark mit einem Stundenlohn von 25 Euro und Bulgarien mit einem Stundenlohn in der Höhe von 1,50 Euro, was ein Verhältnis von 1:16 bedeutet. Berücksichtigt man bei diesen Zahlen die unterschiedlichen Kaufkraftparitäten, dann ergibt sich noch immer ein Verhältnis von 1:5 (vgl. European Commission 2016a, 43).

Das hohe Lohngefälle ist aber im Zusammenhang mit Lohndumping nicht nur bei grenzüberschreitender Entsendung von Relevanz. Auch ArbeitnehmerInnen, die in Form von Tages- oder Wochenpendeln in einem anderen Mitgliedstaat mit einem weit höheren Lohnniveau tätig sind, sind in hohem Maße von Lohndumping betroffen. Ein wesentlicher Faktor dabei ist nämlich, dass die Kosten für den Lebensunterhalt großteils im billigeren Herkunftsland bestritten werden können und daher niedrige Löhne noch relativ attraktiv sind.

Lohn- und Sozialdumping bewirkt einen unfairen Wettbewerb. Unternehmen, die geringere Lohnkosten haben, können günstigere Angebote legen und haben dadurch einen Wettbewerbsvorteil. Sie verdrängen Unternehmen, die die vorgesehenen Mindestlöhne bezahlen. Indirekt verdrängen sie dadurch auch die bei diesen Unternehmen beschäftigten ArbeitnehmerInnen. Es kommt aber auch das Lohngefüge als solches unter Druck. Um mithalten zu können, werden sich immer weniger Unternehmen an die Lohnvorschriften halten. Es kommt zu einer Erosion bei den Mindestlöhnen und Arbeitsbedingungen. Vorrangig sind Branchen mit hohen Personalkosten betroffen sowie gering qualifiziertes Personal. Auch die Frage, wie hoch die sprachlichen Anforderungen an den Job sind, spielt eine nicht unwesentliche Rolle.

3 DIE RECHTSLAGE IM BEREICH DES ARBEITSRECHTS

Bei Arbeitsverhältnissen mit einem grenzüberschreitenden Bezug ist mittels des internationalen Privatrechts das anzuwendende Arbeitsrecht zu ermitteln. Primär einschlägig ist hierfür die Rom-I-Verordnung (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2008a, Verordnung (EG) Nr. 593/2008). Maßgeblich ist dabei der gewöhnliche Arbeitsort, also das Recht des Staates, in dem oder andernfalls von dem aus der/die ArbeitnehmerIn gewöhnlich seine/ihre Arbeit verrichtet. Daran ändert sich auch nichts, wenn der/die ArbeitnehmerIn die Arbeit vo-

Sozialpolitik in Diskussion, Band 20/2019: Seiten 99–116

rübergehend in einem anderen Staat verrichtet. Bei einer grenzüberschreitenden Entsendung oder grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung[5] bleibt somit das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes maßgeblich, und das sogenannte Herkunftslandprinzip kommt zur Anwendung. Dieses Prinzip wird aber durch die Entsenderichtlinie (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 1996, Richtlinie 96/71/EG) durchbrochen. Demnach müssen die Mitgliedstaaten für bestimmte Arbeitsbedingungen (in der Richtlinie mit „harter Kern" bezeichnet) vorsehen, dass diese auch für entsandte ArbeitnehmerInnen zur Anwendung kommen, sofern sie ein höheres Niveau aufweisen als die Arbeitsbedingungen des Heimatstaates. Zu den auf diese Weise geschützten Arbeitsbedingungen zählen die Mindestlöhne, Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten, Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, arbeitsrechtliche Schutzvorschriften für Schwangere, Wöchnerinnen, Kinder und Jugendliche, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, Gleichbehandlung von Männern und Frauen sowie andere Nichtdiskriminierungsbestimmungen und der bezahlte Mindestjahresurlaub.[6]

Beispiel: Ein Arbeitnehmer, der seinen gewöhnlichen Arbeitsort im Mitgliedstaat A hat, wird vorübergehend zur Erbringung einer Arbeitsleistung in den Mitgliedstaat B entsandt. Gelten für ihn die oben angeführten Arbeitsbedingungen des Mitgliedstaates B? Antwort: Ja, falls diese für ihn günstiger sind, denn für diesen Fall muss der Mitgliedstaat B grundsätzlich die Geltung der oben angeführten Arbeitsbedingungen des eigenen Landes vorsehen.

In Bezug auf die Umsetzung finden sich in der Entsenderichtlinie Regelungen zur grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Behörden, Maßnahmen für die Nichteinhaltung der Richtlinie und eine eigene Zuständigkeit für die zivilrechtliche Durchsetzung der Ansprüche im Entsendestaat. Der/die entsandte ArbeitnehmerIn hat demnach die Möglichkeit, die Rechte aus der Entsenderichtlinie, also insbesondere den höheren Lohn, entweder in dem Staat einzuklagen, in dem sich der gewöhnliche Arbeitsort befindet („Herkunftsstaat"), oder im Staat, in den er/sie zur vorübergehenden Tätigkeit entsandt wurde („Entsendestaat").

Mit Ausnahme der zuletzt angeführten Bestimmung über die gerichtliche Zuständigkeit sind die übrigen Umsetzungsvorschriften jedoch relativ allgemein gehalten. Es fehlen insbesondere auch Regelungen über die grenzüberschreitende Zustellung von behördlichen Schriftstücken sowie die grenzüberschreitende Vollstreckung von Strafen bei Verstößen gegen die Entsenderichtlinie bzw. die einschlägigen nationalen Umsetzungsbestimmungen und eine klare Verpflichtung der Behörden des „Heimatstaates", bei der Klärung des Sachverhalts entsprechend mitzuwirken. In der Praxis wurde auch relativ rasch erkennbar, dass die bloße Möglichkeit, die Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen, nicht ausreicht, um die Einhaltung der vorgesehenen Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Die Gründe dafür sind vielfältig. Teilweise haben die ArbeitnehmerInnen die Befürchtung, nicht mehr weiter beschäftigt zu werden bzw. für Auslandseinsätze nicht mehr herangezogen zu werden, wenn sie ihre Ansprüche einfordern. Die gerichtliche Geltendmachung bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist weiters sehr aufwendig und störungsanfällig. Das Risiko des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin ist zudem sehr gering, da selbst im schlimmsten Fall nur die Prozesskosten als zusätzliche Kosten anfallen. Hingegen ist der wirtschaftliche Vorteil, der durch Lohndumping erzielt werden kann, in der Regel sehr hoch.

---

5 Im Weiteren wird für grenzüberschreitende Entsendungen durch den/die eigene/n ArbeitgeberIn und für grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassungen durch den/die ÜberlasserIn oder den/die BeschäftigerIn zur Vereinfachung nur mehr der Begriff grenzüberschreitende Entsendung verwendet.

6 Auf die Besonderheiten im Zusammenhang mit Kollektivverträgen (siehe Art. 3 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich der Entsenderichtlinie) wird hier nicht näher eingegangen.

Vor diesem Hintergrund hat die Kommission 2012 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur besseren Durchsetzung der Entsenderichtlinie (vgl. Europäische Kommission 2012) vorgelegt. Diese Durchsetzungsrichtlinie (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2014a, Richtlinie 2014/67/EU) trat 2014 auch in Kraft und war bis zum Sommer 2016 in den Mitgliedstaaten umzusetzen. Zentrale Bestimmungen dieser Richtlinie sind:

- Regelungen zur Verhinderung von Missbrauch und Umgehungen, insbesondere im Zusammenhang mit Briefkastenfirmen
- Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Informationen über die im Zusammenhang mit der Entsenderichtlinie relevanten Arbeitsbedingungen auf einer Website allgemein und kostenlos zur Verfügung zu stellen
- konkrete Vorgaben an die Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Zusammenarbeit der Behörden bei grenzüberschreitenden Sachverhalten
- Verpflichtung der Mitgliedstaaten, geeignete und wirksame Kontroll- und Überwachungsmechanismen vorzusehen sowie wirksame Verfahren, die es den entsandten ArbeitnehmerInnen ermöglichen, Maßnahmen gegen ihre ArbeitgeberInnen bei Lohndumping zu setzen, um ihre Rechte geltend zu machen
- Vorschriften über die Haftung von Unternehmen für ausständige Löhne, wenn der Auftrag an ein Subunternehmen vergeben wird, das seinen ArbeitnehmerInnen den Lohn vorenthält
- Verpflichtung zur grenzüberschreitenden Vollstreckung von Verwaltungsstrafen bei Lohndumping über Ersuchen des Entsendestaates

Ein weiteres wichtiges Werkzeug zur Unterstützung grenzüberschreitender behördlicher Tätigkeiten ist das Binnenmarkt-Informationssystem (IMI). Dieses erleichtert den Informationsaustausch zwischen Behörden verschiedener Mitgliedstaaten mithilfe vorgegebener Standardfragen und -antworten. Einfache Fragen, wie etwa nach Namen und Adresse der juristisch verantwortlichen Personen eines in einem anderen Mitgliedstaat eingetragenen Unternehmens, können so meist mit relativ wenig Aufwand geklärt werden.

4 DIE RECHTSLAGE IM SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

In den Grundzügen entspricht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten die Rechtslage im Sozialversicherungsrecht der arbeitsrechtlichen Regelung. Im Fall einer vorübergehenden Entsendung bleibt der/die ArbeitnehmerIn weiterhin im „Heimatstaat“ sozialversichert.[7] Im Unterschied zum Entsendebegriff nach der Rom-I-Verordnung (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2008a) gibt es hier jedoch eine zeitlich definierte Grenze von 24 Monaten. Nach zwei Jahren wechselt also grundsätzlich auch bei einer Entsendung die Sozialversicherungszugehörigkeit.

Damit der/die ArbeitgeberIn im Falle einer Kontrolle nachweisen kann, dass für die entsandten ArbeitnehmerInnen weiterhin eine Zugehörigkeit zur Sozialversicherung im Herkunftsland ge-

7 Die dafür maßgeblichen Rechtsquellen sind die Verordnung 883/2004 (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2004) und die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2009); siehe dazu auch unten unter 5.1.

Sozialpolitik in Diskussion, Band 20/2019: Seiten 99–116

geben ist, gibt es die Entsendebescheinigung mit der Bezeichnung PD A 1 (siehe Abschnitt 1). Diese an sich sinnvolle Bescheinigung hat jedoch in der Praxis einen Schwachpunkt: Die einschlägigen europäischen Rechtsquellen sowie die Rechtsprechung des EuGH sehen vor, dass diese Entsendebescheinigungen für die Kontrollbehörden bindende Wirkung haben. Erfolgt nämlich eine Kontrolle durch die Sozialversicherungsträger und sind diese der Ansicht, dass eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in ihrem Mitgliedstaat vorliegt, dann können sie trotzdem keine Sozialversicherungsbeiträge verlangen, wenn für die ArbeitnehmerInnen Entsendebescheinigungen eines anderen Mitgliedstaates vorliegen. Dies gilt selbst dann, wenn offensichtlich ist, dass die Entsendebescheinigung falsch ist und es sich also um eine sogenannte Scheinentsendung handelt.

Beispiel: Ein spanisches Bauunternehmen übernimmt einen Bauauftrag in Wien und nimmt für diesen Bauauftrag 40 Bauarbeiter in Österreich auf. Da die Beschäftigung ausschließlich in Österreich stattfindet, liegt zweifellos keine Entsendung vor, und es wäre eine Sozialversicherungspflicht in Österreich gegeben. Das Unternehmen versichert die Arbeitnehmer jedoch in der Slowakei, obwohl diese noch nie in ihrem Leben in der Slowakei waren, und beantragt die Ausstellung von Entsendebescheinigungen. Bei einer Kontrolle durch die Wiener Gebietskrankenkasse weist der Arbeitgeber die Entsendebescheinigungen vor. Aufgrund der Bindungswirkung kann die Wiener Gebietskrankenkasse keine Sozialversicherungsbeiträge einfordern. Es besteht zwar die Möglichkeit, sich mit dem slowakischen Sozialversicherungsträger in Verbindung zu setzen, damit dieser die Entsendebescheinigungen für ungültig erklärt. In der Praxis ist eine derartige Vorgehensweise jedoch sehr aufwendig und in hohem Maße störungsanfällig, sodass von dieser Möglichkeit nur selten Gebrauch gemacht wird.

Die Bindungswirkung führt daher in der Praxis häufig zu Missbrauch und zum Unterlaufen des Systems (für Näheres dazu vgl. etwa Reindl-Krauskopf et al. 2012, 62–68). Vorschläge seitens der Kommission, diese Scheinentsendungen zu unterbinden, sind nur in Ansätzen vorhanden (siehe nächster Abschnitt).

5 JÜNGSTE ENTWICKLUNGEN AUF EUROPÄISCHER EBENE

In den letzten zwei Jahren hat es mehrere Initiativen seitens der Europäischen Kommission gegeben, um Lohn- und Sozialdumping hintanzuhalten. Im März 2016 wurde ein Vorschlag zur Änderung der Entsenderichtlinie vorgelegt (vgl. Europäische Kommission 2016a). Etwa ein Jahr später erfolgte ein Vorschlag zur Änderung der einschlägigen EU-Verordnungen zur Koordinierung der Sozialversicherung (vgl. Europäische Kommission 2016b), und im Herbst 2017 schlug Kommissionspräsident Juncker vor, eine Europäische Arbeitsbehörde einzurichten, um EU-Vorschriften zur Arbeitskräftemobilität „auf gerechte, einfache und wirksame Art und Weise“ (Juncker 2017, 14) durchzusetzen.

5.1 Die Änderung der Entsenderichtlinie

Die Änderung der Entsenderichtlinie wurde im Juli 2018 beschlossen (vgl. Europäisches Parlament/Rat der Europäischen Union 2018, Richtlinie (EU) 2018/957). Die Umsetzung in den Mitgliedstaaten hat bis Ende Juli 2020 zu erfolgen. Wesentliche Punkte dieser Änderungen sind die Verpflichtung des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin, die Reise-, Unterbringungs- und

Verpflegungskosten des entsandten Arbeitnehmers bzw. der entsandten Arbeitnehmerin zu bezahlen, und die Erweiterung der geschützten Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung sowie bei Langzeitentsendungen. Klarstellungen erfolgten in Bezug auf den Mindestlohn dahin gehend, dass mit diesem Begriff alle Lohnbestandteile und somit auch Zulagen und Zuschläge erfasst sind. Ausdrücklich festgehalten wurde zudem, dass die Mitgliedstaaten Vorschriften über Sanktionen zu erlassen haben, die bei Verstößen gegen die gemäß der Entsenderichtlinie erlassenen nationalen Vorschriften zu verhängen sind. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein, und die Mitgliedstaaten haben weiters alle für die Anwendung der Sanktionen erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Für den internationalen Straßentransport sollen eigene Regeln erarbeitet werden. Ein entsprechender Vorschlag (vgl. Europäische Kommission 2017a) wurde im Mai 2017 im Rahmen des sogenannten Mobilitätspakets (vgl. Europäische Kommission 2017b) vorgelegt und ist zum Zeitpunkt der Abgabe des Manuskripts (November 2018) im Europäischen Parlament und im Rat Gegenstand heftiger Diskussionen.

5.2 Die Änderung des EU-Sozialversicherungsrechts

Im Dezember 2016 hat die Kommission einen Vorschlag zur Änderung der Verordnung 883/2004 und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (vgl. Europäische Kommission 2016b) vorgelegt. Bei den beiden Verordnungen handelt es sich um die maßgeblichen europäischen Rechtsquellen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Während in den letzten Jahrzehnten im Bereich des europäischen Arbeitsrechts durch Richtlinien Mindeststandards, wie z. B. beim Thema Arbeitszeit, geschaffen wurden, gibt es für die Sozialversicherungssysteme in Europa keine einheitlichen Mindeststandards. Notwendig war aber jedenfalls eine Koordinierung der Systeme, wie etwa bei den Fragen, ob und wie in einem Mitgliedstaat erworbene Zeiten für die Pensionsversicherung in einem anderen Mitgliedstaat angerechnet werden, inwiefern es möglich ist, als Versicherte/r in einem Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat Leistungen aus der Krankenversorgung in Anspruch zu nehmen, oder welcher Staat bei Erwerbstätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten zuständig ist.

Der Vorschlag zur Änderung des europäischen Koordinierungsrechts zur Sozialversicherung enthält nun unter anderem Neuerungen beim Entsendebegriff. Es soll eine Angleichung an die Entsenderichtlinie erfolgen. Das heißt also, auch im Sozialversicherungsrecht sollen nur solche Personen als entsandt gelten, die den Entsendebegriff der Entsenderichtlinie erfüllen.

Es wird auch die Thematik der Scheinentsendungen (siehe oben Abschnitt 4) aufgegriffen. Der zuständige Sozialversicherungsträger soll verpflichtet werden, die Voraussetzungen für die Ausstellung einer Entsendebescheinigung PD A 1 vor deren Ausstellung zu überprüfen. Die Erfahrungen haben nämlich gezeigt, dass dies meist nicht der Fall ist. Vorgesehen ist weiters eine bestimmte Frist, binnen deren der ausstellende Träger der Entsendebescheinigung PD A 1 ein Ersuchen eines anderen Mitgliedstaates bei Zweifeln über die Richtigkeit der Bescheinigung zu bearbeiten hat. An der bindenden Wirkung der Bescheinigung wird jedoch festgehalten.

5.3 Die Europäische Arbeitsbehörde

Im September 2017 hat Kommissionspräsident Juncker in seiner Rede zur Lage der Union vorgeschlagen, eine Europäische Arbeitsbehörde einzurichten, die sicherstellen soll, dass alle EU-Vorschriften zur Arbeitskräftemobilität „auf gerechte, einfache und wirksame Art und Weise durchgesetzt werden“ (Juncker 2017, 14). In Europa leben und arbeiten immer mehr Men-

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

6 PROBLEME UND HANDLUNGSFELDER

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

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

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

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

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

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

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

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

6.2 Die Lücken und Unsicherheiten im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie

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

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

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

Sozialpolitik in Diskussion, Band 20/2019: Seiten 99–116

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

6.3 Scheinentsendungen

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

6.4 Die Beitragsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge

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

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

10 *EuGH*, 24. 10. 2017, C-474/16, Belu Dienstleistung and Niklas.
11 *EuGH*, 27. 4. 2017, C-620/15, A-Rosa Flussschiff.

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

6.5 Die Schwächen des Zivilrechts bei der Geltendmachung der Ansprüche

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

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

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

6.6 Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Behörden

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

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

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

6.7 Die Kontrolle

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

7 LÖSUNGSANSÄTZE

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

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

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

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

Die dritte Ebene betrifft insbesondere das schwedische System der Lohnfindung, welches vorrangig darauf ausgerichtet ist, Mindestlöhne durch den Druck der Gewerkschaft bzw. nötigenfalls mittels Kampfmaßnahmen wie Streik oder Boykott durchzusetzen. Derartige Durchsetzungsmechanismen wurden durch die Judikatur des EuGH[13] wesentlich erschwert. Um die

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

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

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

7.2 Die Lücken und Unsicherheiten im Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie

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

7.3 Scheinentsendungen

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

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

14 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Sozialpolitik in Diskussion, Band 20/2019: Seiten 99–116

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

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

7.4 Die Beitragsgrundlage für die Sozialversicherungsbeiträge

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

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

7.5 Vorschläge für Verbesserungen im Zivilrecht

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

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

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

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

7.6 Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Behörden

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

7.7 Die Kontrolle

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

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

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

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

7.8 Künftige Erweiterungen der EU

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

BIBLIOGRAFIE

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

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

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

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

Europäische Kommission (2012), Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Brüssel.

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

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

der Systeme der sozialen Sicherheit und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, COM(2016) 815 final, Straßburg.

Europäische Kommission (2017a), Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/22/EG bezüglich der Durchsetzungsanforderungen und zur Festlegung spezifischer Regeln im Zusammenhang mit der Richtlinie 96/71/EG und der Richtlinie 2014/67/EU für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor, COM(2017) 277 final, Brüssel.

Europäische Kommission (2017b), Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Europa in Bewegung. Agenda für einen sozial verträglichen Übergang zu sauberer, wettbewerbsfähiger und vernetzter Mobilität für alle, COM(2017)283 final, Brüssel.

Europäische Kommission (2018), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde, COM(2018) 131 final, Straßburg.

Europäisches Parlament (2017), Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, A8-0319/2017, 19. 10. 2017; http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2017-0319+0+DOC+PDF+V0//DE.

Europäisches Parlament und *Rat der Europäischen Union* (1996), Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. Dezember 1996.

Europäisches Parlament und *Rat der Europäischen Union* (2004), Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

Europäisches Parlament und *Rat der Europäischen Union* (2008a), Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

Europäisches Parlament und *Rat der Europäischen Union* (2008b), Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.

Europäisches Parlament und *Rat der Europäischen Union* (2009), Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

Europäisches Parlament und *Rat der Europäischen Union* (2014a), Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“).

Europäisches Parlament und *Rat der Europäischen Union* (2014b), Richtlinie 2014/47/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die technische Unterwegskontrolle der Verkehrs- und Betriebssicherheit von Nutzfahrzeugen, die in der Union am Straßenverkehr teilnehmen, und zur Aufhebung der Richtlinie 2000/30/EG.

Europäisches Parlament und *Rat der Europäischen Union* (2018), Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

European Commission (2016a), Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors. Final Report, Luxembourg.

European Commission (2016b), Commission staff working document. Impact assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, Strasbourg.

Gagawczuk, Walter (2016), Zum Mindestlohn beim grenzüberschreitenden Transitverkehr, in: DRdA 6/2016, 404–411.

Höpner, Martin (2016), Das Soziale Fortschrittsprotokoll des Europäischen Gewerkschaftsbundes: ein Vorschlag zur Weiterentwicklung, in: WSI Mitteilungen 4/2016, 245–253.

Houwerzijl, Mijke and Aukje *van Hoek* (2012), Complementary comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union, Amsterdam.

Juncker, Jean-Claude (2017), Rede zur Lage der Union 2017, in: *Europäische Kommission* (Hg.), Rede zur Lage der Union 2017. Rede von Jean-Claude Juncker, Präsident der Europäischen Kommission, 13. September 2017, Luxemburg, 5–21; https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/state-union-2017-brochure_de.pdf.

Kall, Kairit and Nathan *Lillie* (2017), Protection of Posted Workers in the European Union: Findings and Policy Recommendations based on existing research (= PROMO briefing paper).

Pacolet, Jozef and Frederic *De Wispelaere* (2016), Posting of workers. Report on A1 portable documents issued in 2015, Brussels.

Reindl-Krauskopf, Susanne, Sabine *Kirchmayr-Schliesselberger,* Michaela *Windisch-Graetz* und Martin *Meissnitzer* (2012), Endbericht zum Forschungsprojekt „Sozialbetrug, auch im Zusammenhang mit Lohn- und Sozialdumping“ im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz.

Rödl, Florian und Maria *Seitz* (2018), Europäischer Pakt für sozialen Fortschritt. Die Alternative zur liberalistischen Verfassung des EU-Binnenmarktes, Wien.

Windisch-Graetz, Michaela (2013), Grenzüberschreitende Beschäftigung im Transportgewerbe, in: DRdA 1/2013, 13–22.