

Die Rechtsprechung des EuGH zur Entsenderichtlinie

Von Wiss. Mitarbeiterin **Julia Merdian**, Bielefeld*

I. Einleitung

Die Dienstleistungsfreiheit steht längst im Zentrum der Binnenmarktentwicklung.¹ Die damit verbundene Entsendung von Beschäftigten innerhalb der Mitgliedstaaten wurde im vergangenen Jahrzehnt mit politischen Problematiken wie „Lohn- oder Sozialdumping“ und fehlendem Schutz der Arbeitnehmer im europäischen Ausland assoziiert.² Der Europäische Gerichtshof wies in seinen Urteilen vom 8. Dezember 2020³ die Beschwerden Ungarns und Polens zur Entsenderichtlinie aus dem Jahr 2018 ab. Die Beschwerden der europäischen Mitgliedstaaten bezogen sich auf die jüngste Reform der Entsenderichtlinie⁴, in deren Zentrum die Beseitigung von Lohnunterschieden inländischer gegenüber ausländischen Beschäftigten sowie sonstige Arbeitsbedingungen am Entsendeort standen. Die Reformen, so die Beschwerdeführer, seien insbesondere nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht, namentlich mit der Dienstleistungsfreiheit. Das Bestreben Polens und Ungarns markiert ein europäisches Problem, das längst im politischen und rechtswissenschaftlichen Diskurs thematisiert wird: Je nach Mitgliedstaat bestehen unterschiedliche Auffassungen, welche Priorität Sozialpolitik hat, wie Arbeitnehmer hinreichend zu schützen sind und welche Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt gelten sollen. Die unterschiedlichen Ausrichtungen und die zum Teil starken Unterschiede zwischen europäischen Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik führen wie im Falle der Diskussion zur Entsenderichtlinie zu Differenzen. Im Folgenden soll der Beschluss des EuGH analysiert werden, dazu soll die Entsenderichtlinie in ihrer Ursprungs- sowie in reformierter Form im Kontexte der Dienstleistungsfreiheit erläutert werden. Dabei werden sowohl das Ruffert-Urteil aus dem Jahr 2008⁵ als auch die jüngsten Urteile aus Dezember 2020 thematisiert und in einen Zusammenhang gestellt.

* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin an der Universität Bielefeld am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsgeschichte (Prof. Dr. Christoph Gusy). Für die Anregung zum Thema wird Prof. Dr. Andreas Fisahn herzlich gedankt.

¹ *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 71. Lfg., Stand: August 2020, AEUV Art. 56/57 Rn. 6; ebenso *Kluth*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 5.

² Siehe *Kellerbauer*, EuZW 2018, 846 (846) m.w.N.

³ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18 (Polen) sowie EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18 (Ungarn).

⁴ Entsenderichtlinie, RL 2018/957, für die Ursprungsform siehe RL 96/71/EG.

⁵ EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06.

II. Die Rechtsprechung des EuGH zur Entsenderichtlinie

1. Die Richtlinie EG 96/71/EG⁶

Vor rund 20 Jahren hat die Europäische Gemeinschaft die Entsenderichtlinie (EG 96/71/EG) verabschiedet.⁷ Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst die Entsendung von Beschäftigten. Grundsätzlich ist darunter die Beschäftigung von Arbeitnehmern in einem anderen Mitgliedstaat zur Erbringung von Dienstleistungen zu verstehen; zu unterscheiden ist dabei gem. Art. 1 Abs. 3 lit. a–c der Richtlinie zwischen drei verschiedenen Anwendungsfällen⁸: Zunächst ist der „klassische“ Fall der Entsendung umfasst, bei welcher ein Unternehmen im eigenen Namen und unter eigener Leistung Arbeitnehmer zur Erfüllung eines Dienst- bzw. Werkvertrages mit einem Dienstleistungsempfänger entsendet. Dabei befindet sich der Dienstleistungsempfänger in einem anderen Mitgliedstaat. Der zweite Anwendungsfall ist die Entsendung Beschäftigter innerhalb eines international agierenden Konzerns: Der Arbeitnehmer wird in diesem Fall an einen anderen Standort bzw. eine andere Niederlassung des Konzerns entsandt, der sich in einem anderen Mitgliedstaat befindet. Der letzte Anwendungsfall der Richtlinie ist die grenzüberschreitende Leiharbeit.

In persönlicher Hinsicht sind gem. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie solche Arbeitnehmer umfasst, die „während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbring[en], in dessen Hoheitsgebiet [sie] normalerweise arbeit[en].“ Wer Arbeitnehmer ist, bestimmt gem. Art. 2 Abs. 2 das national geltende Recht desjenigen Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird.

Entsendungen betreffen ihrerseits nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 AEUV, sondern die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV. Zur Differenzierung zwischen Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit ist maßgeblich, dass die Arbeitnehmerschaft weisungsgebunden erfolgt, die Dienstleistungsfreiheit dagegen eine freie Form der Erbringung einer unkörperlichen Leistung gegen ein Entgelt ist.⁹ Hinsichtlich Entsendungen ist darauf abzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Entsendeunternehmen und dem Beschäftigten bestehen bleibt. Wird ein neues Arbeitsverhältnis mit demjenigen Unternehmen geschlossen, das die Dienstleistung empfangen soll, so handelt es sich dagegen um einen Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45

⁶ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, siehe ABl. 1997 L 18, S. 1 („Entsenderichtlinie“).

⁷ Die Richtlinie nennt als Rechtsgrundlage die Art. 57 Abs. 2, Art. 66 EG, was den heutigen Art. 53 Abs. 1 AEUV sowie Art. 62 AEUV entspricht.

⁸ Im Folgenden *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2010, S. 437. Im Einzelnen hierzu auch *Riesenhuber*, NZA 2018, 1433 (1434 ff.).

⁹ *Randelzhofer/Forsthoff* (Fn. 1), Art. 56/57 Rn. 40.

AEUV.¹⁰ Ist dies nicht der Fall, können sich Dienstleistungsempfänger, Dienstleistungserbringer und die Beschäftigten auf die Dienstleistungsfreiheit berufen.¹¹

Die Entsenderichtlinie stellte bereits in ihrer Ursprungsform aus dem Jahre 1996 gem. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG insoweit Mindestschutzbedingungen¹² für Arbeitnehmer auf, als sowohl Vorschriften zur Entlohnung, zum Mindestjahresurlaub und Höchstarbeits- bzw. Mindestruhezeiten als auch Aspekte zur Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz und Diskriminierungsverbote aufgrund des Geschlechts enthalten sind. Hinsichtlich dieser Mindestbedingungen gilt also das Arbeitsrecht desjenigen Mitgliedstaates, in den der Beschäftigte entsandt wurde. Das bedeutet, Entsendete sollten durch die Richtlinie unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis geltende Recht einen „harten Kern“¹³ derjenigen Beschäftigungsbedingungen erfahren, welcher in demjenigen Staat gilt, in den die Beschäftigten entsandt wurden. Nicht entscheidend sollte damit bezüglich dieser Inhalte sein, in welchem Mitgliedstaat der Arbeitnehmer tatsächlich ansässig ist.

Die Richtlinie dient ausweislich ihrer Erwägungsgründe der Realisierung von Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit als Grundelemente des gemeinsamen Binnenmarktes durch Beseitigung hierfür bestehender Hindernisse.¹⁴ Insbesondere sollte sie eine Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes sowie die Herstellung und Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen im länderübergreifenden Dienstleistungsverkehr bewirken¹⁵, indem das Spannungsverhältnis zwischen individuellem Arbeitsrecht der einzelnen Mitgliedstaaten und der Dienstleistungsfreiheit geregelt wird.¹⁶

Der wichtigste Aspekt der Richtlinie ist die Entlohnung von Arbeitnehmern. Gemäß der im Jahr 1996 erlassenen Richtlinie war insbesondere die Einhaltung der Mindestentgeltsätze, also die Einhaltung des Mindestlohns verbindlich.¹⁷ Als problematisch erwies sich in diesem Zusammenhang jedoch, dass es nicht in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union schon damals einen gesetzlichen Mindestlohn für Beschäftigte gab. So wurde der Mindestlohn in Deutschland beispielsweise erst ab dem 1.1.2015 verbindlich.¹⁸ Aus diesem Grund intendierten einige Bundesländer, durch ihr Vergaberecht verbindliche Anforderungen an das Lohnniveau für Entsendete zu schaffen, wenn es um die Erbringung von

Dienstleistungen bei öffentlichen Aufträgen ging. Der Hintergrund hierfür war die Begegnung bestehender Wettbewerbsverzerrungen, die dadurch entstanden, dass Entsendete eine niedrigere Entlohnung erfahren als solche inländischen Arbeitnehmer, welche faktisch dieselbe berufliche Tätigkeit übernahmen. Tarifverträge waren aber gem. Art. 3 Abs. 1, 8 der Richtlinie grundsätzlich nur dann als Vergütungsbasis für Entsendete zugrunde zu legen, wenn sie entweder für „allgemein verbindlich“ oder per Rechtsvorschrift vorgesehen waren.

2. Das Ruffert-Urteil¹⁹

Im Ruffert-Urteil aus dem Jahr 2008 befasste sich der EuGH mit sogenannten „Tariftreueklauseln“ und entschied im Wege eines Vorlageverfahrens nach Art. 234 EG, dass diese Klausel gegen die Entsenderichtlinie 96/71/EG und gegen die Dienstleistungsfreiheit verstieß.²⁰ Zum Sachverhalt: Das Land Niedersachsen hatte im Jahr 2003 eine örtliche Justizvollzugsanstalt errichten wollen. Hierzu beauftragte es das später insolvente Unternehmen Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG. Der in Niedersachsen geltende Tarifvertrag im Bereich des Baugewerbes wurde zwar nicht als allgemein verbindlich erklärt, jedoch sah das Landesvergabegesetz für die Vergabe öffentlicher Aufträge vor, dass Bauaufträge nur an solche Unternehmen zu vergeben seien, welche garantieren, Arbeitnehmer nach den im Tarifvertrag geltenden Lohnsätzen zu entlohnen (sog. Tariftreueklausel). Sollte hiergegen verstoßen werden, sei eine Vertragsstrafe zu entrichten. Die Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG gab eine hierzu entsprechende schriftliche Erklärung ab, ehe sie das in Polen ansässige Unternehmen Pracownia Konserwacji Zabytków sp. z o.o. zur Ausführung der Bauarbeiten beauftragte. Die insgesamt 53 polnischen Arbeitnehmer sollen in der Folge von dem Subunternehmen nicht nach den im Tarifvertrag geltenden Bestimmungen entlohnt worden sein. Das Land Niedersachsen machte daher den Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe gegen die Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG gerichtlich geltend, woraufhin das Berufungsgericht OLG Celle wegen Zweifeln an der Vereinbarkeit der Vertragsstrafe wegen Nichteinhaltung einer Tariftreueklausel mit dem Gemeinschaftsrecht das Verfahren aussetzte und letztlich den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens anrief, die Vereinbarkeit zu klären. Das Gericht beantragte mit seiner Vorlagefrage festzustellen, ob die Verpflichtung von Unternehmen und Subunternehmen zur Einhaltung etwaiger Tarifvertragstreueklauseln bzw. die sanktionsbewährte Verpflichtung hierzu gegen den Art. 49 EV verstieß.²¹

¹⁰ Fuchs/Marhold (Fn. 7), S. 442.

¹¹ Siehe etwa EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-54/98, C-68/98, C-71/98.

¹² Pache, in: Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht, Handbuch, 4. Aufl. 2020, § 10 Rn. 161.

¹³ Siehe Erwägungsgründe 13 und 14 der Richtlinie 96/71/EG.

¹⁴ Siehe Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 96/71/EG.

¹⁵ Siehe Erwägungsgrund 3 der Richtlinie, siehe außerdem Pache (Fn. 11), § 10 Rn. 161.

¹⁶ Fuchs/Marhold (Fn. 7), S. 437 m.w.N.

¹⁷ Vgl. hierzu auch Klumpp, NJW 2008, 3473 (3473 f.).

¹⁸ Siehe § 1 Abs. 2 des Mindestlohngesetzes (MiLoG, Art. 1 Gesetz v. 11.8.2014 BGBl. I S. 1348; zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 1 Gesetz v. 10.7.2020 BGBl. I S. 1657), Geltung ab 16.8.2014.

¹⁹ EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06.

²⁰ Das BVerfG hatte die Tariftreueklausel des Berliner Vergabegesetzes in seinem Beschl. v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 = BVerfGE 115, 202 für vereinbar mit der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG sowie mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG erklärt.

²¹ Art. 49 EG entspricht der heutigen Fassung von Art. 56 AEUV und lautete in der Fassung vom 2.10.1997: „Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in

Der EuGH hielt die schriftlich fixierte Vertragsstrafe bei Nichteinhaltung der Tarifvertragsklausel für nicht vereinbar mit der Entsenderichtlinie.²² In der Bestimmung des niedersächsischen Landesvergabegesetzes, welches die in Rede stehende sanktionsbewährte Einhaltung von Tarifverträgen normiert, sei insgesamt keine allgemein verbindliche Vorschrift i.S.d. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie zu sehen. Ihr Anwendungsbereich erstreckte sich „nur auf einen Teil der in den geografischen Bereich des Tarifvertrags fallenden Bautätigkeit, da [...] die Rechtsvorschriften, die diese Bindungswirkung herbeiführen, nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sind und nicht für die Vergabe privater Aufträge gelten“, außerdem, so der EuGH, sei „dieser Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden“.²³ Die Allgemeinverbindlichkeit gewährleistet in diesem Zusammenhang, dass zugunsten der Entsendeten dasjenige gilt, was auch für alle im Empfängerstaat Ansässigen gilt. Ein lokal geltender Tarifvertrag, auf den das niedersächsische Landesvergabe-gesetz verweist, entspricht jedoch nicht diesen Anforderungen, zumal er weder alle nationalen noch alle lokalen Arbeitsverhältnisse ungeachtet ihrer Branche erreicht.²⁴

Ferner sei die Entsenderichtlinie 96/71/EG im Lichte der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EG auszulegen, zumal „diese Richtlinie insbesondere auf die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs abzielt, der eine vom EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten ist.“²⁵ In der sanktionsbewährten Einhaltung der Tarifklausel sah das Gericht eine Möglichkeit, „eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auf[zuerlegen], die geeignet ist, die Erbringung ihrer Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“ Nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt die Dienstleistungsfreiheit nicht nur eine Gleichberechtigung der EU-Inländer, sondern darüber hinaus auch die Beseitigung sonstiger Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs.²⁶ Der Beschränkungs-begriff sei dabei weit auszulegen; ausreichend sei dabei, dass eine Dienstleistung „weniger attraktiv“ erscheine.²⁷ Insgesamt liege daher eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor.²⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind für entsprechende Beschränkungen

einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission beschließen, daß dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Gemeinschaft ansässig sind.“

²² EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06, Rn. 43.

²³ EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06, Rn. 29.

²⁴ Vgl. *Klumpp*, NJW 2008, 3473 (3475).

²⁵ EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06, Rn. 36.

²⁶ EuGH, Urt. v. 25.7.1992 – C-76/90 (Säger), Rn. 12.

²⁷ EuGH, Urt. v. 12.12.1996 – C-3/95 (Reisebüro Broede), Rn. 25; EuGH, Urt. v. 9.7.1997 – C-222/95 (Parodi), Rn. 18; EuGH, Urt. v. 23.11.1999 – C-369/96, C-376/96 (Arblade), Rn. 33.

²⁸ EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06, Rn. 37.

der Dienstleistungsfreiheit zwingende Gründe des Allgemeininteresses erforderlich.²⁹ Ein solcher zwingender Grund des Allgemeininteresses sei jedenfalls nicht „in der [Abhängigkeit] Leistungsfähigkeit des Sozialversicherungssystems vom Lohnniveau für die Arbeitnehmer“ erkennbar. Ein solcher rechtfertigender Grund sei die Verhinderung „eine[r] erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit“.³⁰ Diese sei im vorliegenden Fall aber nicht ersichtlich.³¹

Mit dem Ruffert-Urteil hat der EuGH die verbindliche Anwendung auch von Tarifverträgen, die nicht im gesamten Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaats flächendeckend gelten, als unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit erklärt und in ihr ein Hindernis gesehen, das vor dem Hintergrund dieser Grundfreiheit nicht zu rechtfertigen ist. Das Urteil fügt sich in die jüngere Rechtsprechung des EuGH in den Fällen *Laval*³² und *Viking*³³ ein: in allen drei Urteilen nahm der EuGH eine restriktive Haltung ein.³⁴

In dem 2015 ergangenen Urteil *RegioPost*³⁵ erachtet der EuGH die in § 3 Abs. 2 LTTG a.F.³⁶ vorgeschriebene Mindestentgelterklärung für Unternehmer und Subunternehmer für Richtlinien und Gemeinschaftsrechts konform und betont, der vorliegende Fall unterscheide sich vom Ruffert-Urteil dadurch, dass das LTTG eine allgemeine und branchenunabhängige Vergütung selbst festlege und somit als Rechtsvorschrift i.S.d. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie anzusehen sei.³⁷

3. Die Richtlinienreform³⁸

Seit Verabschiedung der Entsenderichtlinie ist die Anzahl entsendeter Beschäftigter kontinuierlich angestiegen.³⁹ So wurden allein im Jahr 2017 im Gebiet der Europäischen Union insgesamt 2,8 Millionen Entsendungen verzeichnet, was einen Anstieg von insgesamt 22 % zum Vorjahr 2016 bedeute-

²⁹ EuGH, Urt. v. 25.7.1991 – C-288/89; EuGH, Urt. v. 5.6.1997 – C-398/95 (SETTG), Rn. 23.

³⁰ Vgl. unter anderem EuGH, Urt. v. 16.5.2006 – C-372/04 (Watts), Rn. 103; EuGH, Urt. v. 13.5.2003 – C-385/99 (Müller-Fauré und van Riet), Rn. 67; EuGH, Urt. v. 12.7.2001 – C-157/99 (Smits und Peerbooms), Rn. 72; EuGH, Urt. v. 28.4.1998 – C-158/96 (Kohll), Rn. 41.

³¹ EuGH, Urt. v. 3.4.2008 – C-346/06, Rn. 42.

³² EuGH, Urt. v. 18.12.2007 – C-341/05 (Laval).

³³ EuGH, Urt. v. 11.12.2007 – C-438/05 (Viking).

³⁴ So auch *Bayreuther*, EuZW 2009, 102 (103).

³⁵ EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14.

³⁶ Landestariftreugesetz Rheinland-Pfalz, gültig ab dem 1.12.2010, siehe GVBl. 2010, S. 426. Der § 3 LTTG wurde durch Art. 3 des Gesetzes vom 26.11.2019 geändert.

³⁷ EuGH, Urt. v. 17.11.2015 – C-115/14, Rn. 62, 74 f.

³⁸ Richtlinie 95/2018/EU7 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, siehe ABl. 2018 L 173, S. 16 („RL 2018/957“).

³⁹ *Hassel/Wagner*, ifo Schnelldienst 71 (3), 8 (8).

te.⁴⁰ Anlässe der Reform waren die EU-Osterweiterung sowie vorangegangene Entscheidungen⁴¹ des EuGH.

Mit der Reform im Jahr 2018 und den Änderungen der Entsenderichtlinie sind einige Bestimmungen verschärft worden.⁴² Die Änderungen sollen einen besseren Schutz Entsender sowie die Gewährleistung gerechter Wettbewerbsbedingungen bewirken.⁴³ Die bedeutsamste Änderung der Richtlinie besteht in der Garantie der Entlohnung⁴⁴: die nur marginale Änderung des Wortlautes von „Mindestlohnsätze“ zu „Entlohnung“ in Art. 3 Abs. 1 lit. c der Entsenderichtlinie hat weitreichende Folgen: Der Begriff der „Entlohnung“ ist weiter als jener des Mindestlohnsatzes, sodass nationale Mindestlohnsätze in Form einer Lohnuntergrenze weiter garantiert sind.⁴⁵ Nach der Reform haben entsendete Arbeitnehmer künftig auch darüber hinaus einen Anspruch auf eine Entlohnung, die insgesamt „alle die Entlohnung ausmachenden Bestandteile“ umfasst. Das heißt es sind alle Bestandteile, auch Zulagen und Prämien, umfasst. Der Entlohnungsbegriff ist gem. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 der Richtlinie durch Verweisung definiert.⁴⁶

Eine weitere wichtige Änderung besteht gem. Art. 1 Abs. 1a der Richtlinie in der zeitlichen Begrenzung der Entsendung. Nach dem neunten Erwägungsgrund kommt diesen nur ein vorübergehender Charakter zu. Nach Ende der grundsätzlich⁴⁷ zwölfmonatigen Frist gelten die aus dem Aufnahmestaat geltenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Außerdem wurde der Katalog der Mindestbedingungen um das Kriterium der Unterbringung ergänzt (siehe Art. 3 Abs. 1 lit. h). Die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Unterbringungsunterkünfte sollen ausweislich des siebten Erwägungsgrundes auch behördlich überprüfbar sein.

4. Die Urteile aus Dezember 2020

Die Republiken Polen⁴⁸ und Ungarn⁴⁹ erhoben Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV und stützten die hierfür erforderlichen Zweifel an der Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem Gemeinschaftsrecht auf drei bzw. fünf⁵⁰ Klagegründe. Gerügt wird sowohl von Polen als auch von Ungarn ein Verstoß des Art. 1 Nr. 2 lit. a, b der angefochtenen Richtlinie gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV (a), die Wahl der falschen Rechtsgrundlage für den Erlass der Richtlinie (b) sowie die Einbeziehung des Straßenverkehrssektors in den

Anwendungsbereich der Richtlinie. Daneben wird ein Verstoß gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit und Normenklarheit sowie ein Verstoß gegen die Rom-I-Verordnung⁵¹ hervorgebracht. Der EuGH wies die Klagen Polens bzw. Ungarns jeweils ab.

a) Verstoß gegen Art. 56 AEUV

aa) Mögliche Verstoßgründe nach der Ansicht der Republiken Polen und Ungarn

Beide Beschwerdeführer rügen einen Verstoß des Art. 1 Nr. 2 lit. a, b der Richtlinie gegen die in Art. 56 AEUV garantierte Dienstleistungsfreiheit. Sie bringen hierzu hervor, dass die angefochtene Richtlinie insgesamt zu Beschränkungen zulasten des freien Dienstleistungsverkehrs führe, die ihrerseits nicht gerechtfertigt werden könnten: so sei die Änderung des Begriffs „Mindestlohn“ in „Entlohnung“ als unzulässig zu erachten, weil Arbeitgeber hierdurch zusätzlich administrativ und wirtschaftlich belastet würden. Zulasten der in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Dienstleistungserbringer würde damit ein Wettbewerbsvorteil beseitigt, der sich aus den niedrigeren Entlohnungssätzen als jenen des Aufnahmemitgliedstaates ergebe.⁵² Ungarn kritisiert in diesem Zusammenhang, dass Entsendete im Herkunftsstaat regelmäßig nur in Höhe des geltenden Mindestlohns entlohnt werden. Sobald diese in einen anderen Mitgliedstaat entsendet werden, würde aber das Niveau des Mindestlohns nicht mehr als ausreichend erachtet werden.⁵³

Die Neuerung sei nach der Auffassung Polens für Dienstleister des entsendenden Mitgliedstaates im Gegensatz zu ortsansässigen Dienstleistern als belastender anzusehen, da sich Entsendende nicht nur an die Regelungen des Herkunftsstaates, sondern auch an die Regelungen des Aufnahmestaates halten müssten. Weiter beruhe die Dienstleistungsfreiheit nicht „auf dem Grundsatz der Gleichbehandlung, sondern auf dem Diskriminierungsverbot“.⁵⁴ Den Verstoß gegen Gleichbehandlung sieht die Republik Ungarn in der Erstattungspflicht von Unterbringungskosten.⁵⁵

Es bestehe außerdem kein unfairer Wettbewerbsvorteil durch eine zu niedrige Bezahlung von Beschäftigten, da nach Angaben Polens die Richtlinie bereits in ihrer Ursprungsform zur Zahlung der im Aufnahmestaat geltenden Arbeitsentgelte verpflichtet habe. Somit sei hier kein unfairer Wettbewerbsvorteil erkennbar. Ungarn führt in diesem Zusammenhang aus, hierin zudem bereits einen ausreichenden Schutz der

⁴⁰ Eurofound, *Improving the monitoring of posted workers in the EU*, 2020, S. 39.

⁴¹ Der EuGH knüpfte im Ruffert-Urteil argumentativ an das Laval-Urteil an (EuGH, Urt. v. 18.12.2007 – C-341/05); außerdem EuGH, Urt. v. 11.12.2007 – C-438/05 (Viking).

⁴² So etwa *Felisiak*, SPA 2018, 1 (1).

⁴³ So *Philipp*, EuZW 2018, 475 (475).

⁴⁴ *Felisiak*, SPA 2018, 1 (1).

⁴⁵ Vgl. *Riesenhuber*, NZA 2018, 1433 (1437).

⁴⁶ Vgl. *Riesenhuber*, NZA 2018, 1433 (1434).

⁴⁷ In Ausnahmefällen kann die Dauer der Entsendung um sechs Monate verlängert werden.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 27.

⁵¹ Der Verstoß gegen die Einbeziehung des Straßenverkehrs bzw. gegen das Gebot der Normklarheit und Rechtssicherheit sowie der Verstoß gegen die Rom-I-Verordnung werden hier nicht näher erläutert. Stattdessen erfolgt an dieser Stelle eine eingehende Auseinandersetzung mit den zwei zentralen Anliegen der Beschwerdeführer und den vom Gericht ausführlich behandelten Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht bzw. der Wahl der korrekten Rechtsgrundlage.

⁵² EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 73 f., 81.

⁵³ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 92 f.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 75.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 93.

Arbeitnehmer zu sehen. Eine Änderung der Richtlinie sei mithin nicht erforderlich.⁵⁶ Gerügt wird des Weiteren auch die zeitliche Beschränkung der Entsendung, zumal die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ohnehin für solche Entsendeten gelten, die für eine Dauer von mehr als zwölf Monaten im Aufnahmestaat zur Verrichtung der Tätigkeit verblieben.⁵⁷ Die von der Republik Polen festgestellte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit könne nach der von ihr vertretenen Ansicht nicht durch einen hierfür erforderlichen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden.⁵⁸

bb) Würdigung durch den EuGH

In Bezug auf eine mögliche diskriminierende Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs sieht der EuGH keinen Verstoß gegen Art. 56 AEUV. Hierzu konstatiert der EuGH zunächst allgemein, dass dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen zukommt; die Prüfung des Gerichts bezieht sich auf die Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem Gemeinschaftsrecht sowie auf einen etwaigen Ermessensmissbrauch in Form einer Diskriminierung, also der Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem, bzw. einer Nichtbeachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁵⁹ Mehrfach betont das Gericht, dass erlassene Maßnahmen im Bereich der garantierten Grundfreiheiten nicht nur die Ausübung ebendieser Freiheiten erleichtern, sondern vielmehr auch den Schutz anderer anerkannter grundlegender Interessen gewährleisten, die durch die jeweilige Grundfreiheit beeinträchtigt werden können.⁶⁰ Dies gelte auch für die Dienstleistungsfreiheit: Die Intention zum Erlass der Richtlinie zielt gerade auf den Schutz des freien Dienstleistungsverkehrs ab, indem Lohnunterschiede durch Anknüpfen an die Ansässigkeit des Arbeitnehmers im Mitgliedstaat des Dienstleistungsempfängers beseitigt werden.

(1) „Entlohnung“ anstelle von „Mindestlohnsätze“

Hinsichtlich der von der Republik Polen behaupteten Diskriminierung durch die Änderung des Wortlauts „Mindestlohnsätze“ in „Entlohnung“ führt das Gericht aus, dass der Unionsgesetzgeber davon ausgehen durfte, dass der durch die Reform eingeführte Begriff geeigneter ist, ohne dabei „eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Dienstleistungserbringen je nach dem Mitgliedstaat ihres Sitzes zu schaffen.“⁶¹ Begründet wird dies mit dem Sinn und Zweck der Richtlinie: Die Reform stelle weiterhin sicher, dass der Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage erfolgt, „d. h. in einem rechtlichen Rahmen, der einen Wettbewerb gewährleistet, der nicht darauf beruht, dass in ein und dem-

selben Mitgliedstaat Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gelten, deren Niveau sich wesentlich danach unterscheidet, ob der Arbeitgeber in diesem Mitgliedstaat ansässig ist oder nicht, und der gleichzeitig den entsandten Arbeitnehmern einen besseren Schutz bietet.“⁶² Indem die Richtlinie also einen besseren Schutz für Entsendete bietet, zielt sie auf die mit der Richtlinie bezweckte Realisierung des freien Dienstleistungsverkehrs ab. Der etwaige Wettbewerbsvorteil, so das Gericht, würde dadurch aber nicht beseitigt, denn die Richtlinie sehe lediglich vor, dass sämtliche „die Entlohnung ausmachenden Bestandteile“, welche in einem Mitgliedstaat verbindlich sind, auch für entsendete Beschäftigte gelten. Hier von bleiben sonstige Kostenelemente, etwa die Effizienz der Produktion, außer Betracht, welche die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens betreffen.

In Bezug auf die Kritik Ungarns, die Reform suggeriere, dass die Zahlung des Mindestlohns nicht ausreiche, erwidert das Gericht, die Entscheidung zur Reform lasse hieran keinen Zweifel aufkommen. Vielmehr fällt die Entscheidung, eine Bezahlung bei Entsendungen ein tarifliches Entgelt zu fordern, in den vom EuGH aufgezeigten weiten Ermessensspielraum des Unionsgesetzgebers.⁶³ Die Entsendung, so der EuGH an anderer Stelle, sei gegenüber der Erwerbstätigkeit im eigenen Herkunftsstaat eine „besondere Situation“.⁶⁴

Der EuGH verneint schließlich, dass die Richtlinie nach ihrer Reform zu einer Gleichheit von inländisch ansässigen Beschäftigten und entsendeten Arbeitnehmern führe, denn den Entsendeten komme nur ein Mindestmaß an gleichartigen Bedingungen wie inländisch Beschäftigten zu.⁶⁵

(2) Ungerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und Unverhältnismäßigkeit

Die Geltung der nationalen arbeitsrechtlichen Bestimmungen für länger als zwölf Monate Entsendete sieht das Gericht als wegen der Langfristigkeit der Entsendung gerechtfertigt an⁶⁶; eine Entsendung verliert ihren vorübergehenden Charakter, wenn ein Arbeitnehmer mehr als ein Jahr in einem anderen Mitgliedstaat seiner Erwerbstätigkeit nachgeht.⁶⁷ Die von Polen gerügten „zusätzlichen finanziellen und administrativen Belastungen“ beruhen, so das Gericht, auf dem Zweck der Koordinierung unterschiedlichen Arbeitsrechts der Mitgliedstaaten, was schon vor der Reform einen insoweit zulässigen Zweck darstellte.⁶⁸

b) Wahl der falschen Rechtsgrundlage

Zweifel bestehen weiter an der Wahl der Rechtsgrundlage für den Erlass der Richtlinie. Die Beschwerdeführerin führt dazu

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 78 f.; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 87 ff.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 84 f.

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 77, 80.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 91 f.; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 109.

⁶⁰ Im Folgenden EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 53, 88 ff.; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 105 ff.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 108.

⁶² EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 104.

⁶³ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 112 f.; 123 f.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 135.

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 110 ff.; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 149.

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 125.

⁶⁷ Siehe hierzu auch Erwägungsgrund 9 der Richtlinie 2018/957.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 103, 127 f.

aus, die Art. 53 Abs. 1, 62 AEUV seien angesichts des Hauptziels der Richtlinie, dem Schutz von Beschäftigten, keine taugliche Rechtsgrundlage. Vielmehr seien entsprechende Regelungen aufgrund dieser Zielrichtung auf gemeinschaftliche Bestimmungen der Sozialpolitik zu stützen. Widersprüchlich sei in diesem Zusammenhang insbesondere, dass die Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit eine Vollharmonisierung im Bereich grenzüberschreitender Dienstleistungen bezwecken sollten, die Reformen streben dagegen eine intensive Beschränkung an.⁶⁹ Ungarn benennt als korrekte Rechtsgrundlage explizit den Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV.⁷⁰

Der EuGH stellt fest, dass der Art. 53 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV eine taugliche Rechtsgrundlage für den Erlass der angefochtenen Richtlinie darstellt. Er führt aus, dass für das Auffinden der einschlägigen Rechtsgrundlage sowohl das Ziel und der Inhalt der Richtlinie in ihrer Ursprungs- sowie in der geänderten Form als auch der rechtliche Zusammenhang, in den sich die Richtlinie einfügt, Berücksichtigung finden müssen.⁷¹ Im vorliegenden Fall handle es sich um die Reform der Richtlinie 96/71/EG, welche Teil des rechtlichen Zusammenhangs der Grundprinzipien des Binnenmarktes sei und sich ihrerseits auf dieselben Vorschriften stützen ließe. In dieser Richtlinie selbst finde sich außerdem das Gebot zur Prüfung der bestehenden Rechtslage nach 20 Jahren nach Erlass der Richtlinie hinsichtlich des durch sie zu schaffenden Gleichgewichts zwischen „der Notwendigkeit der Förderung der Dienstleistungsfreiheit und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen einerseits und der Notwendigkeit des Schutzes der Rechte entsandter Arbeitnehmer andererseits“. Eine Prüfung der Kommission habe ergeben, dass die Richtlinie 96/71/EG in der bisherigen Fassung „zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen zwischen in einem Aufnahmemitgliedstaat ansässigen Unternehmen und Unternehmen, die Arbeitnehmer in diesen Mitgliedstaat entsenden, sowie zur Segmentierung des Arbeitsmarkts wegen struktureller Unterschiede der auf ihre jeweiligen Arbeitnehmer anwendbaren Entgeltregelungen geführt habe.“⁷²

Weiter sei Art. 53 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV als spezielle Vorschrift für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit anzusehen.⁷³ In diesem Bereich sei der Unionsgesetzgeber ausweislich ebendieser Rechtsvorschriften dazu befugt, Richtlinien zu erlassen, um „die nationalen Regelungen zu koordinieren, die schon durch ihre Unterschiedlichkeit geeignet sind, den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern“. Ergo seien damit nicht nur solche Richtlinien auf Basis von Art. 53 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV zulässig, die auf eine Erleichterung des

Dienstleistungsverkehrs abzielen, sondern auch darauf, den „Schutz anderer grundlegender Interessen zu gewährleisten, die diese Freiheit beeinträchtigen kann“.⁷⁴ Zulässig sei hier insbesondere die Änderung der Rechtslage zur Anpassung an die zu verzeichnenden Veränderungen des Binnenmarktes.⁷⁵ Da die Richtlinie nicht ausschließlich den Schutz von Arbeitnehmern bezwecke, sondern vielmehr auch das Verhältnis zum freien Dienstleistungsverkehr impliziere, sei der von Ungarn behauptete Art. 153 AEUV dagegen keine taugliche Rechtsgrundlage.⁷⁶ Aus diesem Grund habe der Unionsgesetzgeber auch nicht seine Kompetenzen überschritten.⁷⁷

III. Fazit: Das Ende von Lohn- und Sozialdumping?

Die Reform der Entsenderichtlinie hat, wie aufgezeigt, im Bereich der Entlohnung von Beschäftigten weitreichende Konsequenzen. Im Fokus stehen nunmehr auch die Lebensbedingungen der Entsendeten in Unterkünften. Nichtsdestoweniger vermag die Richtlinie als solche ein Sozialdumping noch nicht zu beseitigen. Es gelten nach wie vor die sozialrechtlichen Bestimmungen des jeweiligen Herkunftsstaates. Das bedeutet konkret: Die Höhe und die Gewähr von Sozialleistungen obliegt trotz faktisch höherem Lohnniveau der einzelnen entsendeten Arbeitnehmer dem jeweiligen Entsendestaat. Insbesondere Rentenbeiträge sind nach wie vor im eigenen Herkunftsstaat zu entrichten. Die Bedingungen für Arbeitnehmer lassen sich auch bei Entsendungen nur an diejenigen Bedingungen messen, die im jeweiligen Mitgliedstaat selbst gelten.

Nichtsdestoweniger ist die Rechtsprechung des EuGH aus dem Dezember 2020 ein zu begrüßendes Signal: Anstelle der in Urteilen Laval, Viking und Rüffert zutage getretenen restriktiven Haltung betont der EuGH nunmehr mehrfach, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht nur den Schutz eines Dienstleistungsverkehrs ohne jegliche Beschränkung garantiert, sondern gerade das Verhältnis zwischen Dienstleistungsfreiheit einerseits und dem Schutz von entsendeten Arbeitnehmern andererseits regeln soll. Staatliche Maßnahmen zielen daher nicht nur auf den Schutz des freien Dienstleistungsverkehrs, sondern auch auf die Gewährleistung anderer grundlegender Interessen, die diese Freiheit zu beeinträchtigen vermag. Erlaubt der Binnenmarkt den vermeintlich freien Austausch von Dienstleistungen, müssen ihm letztlich auch Vorkehrungen immanent sein, die einen solchen Austausch für die Entsendeten nicht nur zumutbar, sondern auch attraktiv gestalten; die Ansässigkeit der Arbeitnehmer ist in diesem Fall jedenfalls kein Kriterium, das eine andere Entlohnung oder eine nachteilige Unterbringung rechtfertigen könnte.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 39 ff.; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 28 ff.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 36.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 43 ff.; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 38 ff.

⁷² EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 68; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 63.

⁷³ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 48; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 43 jeweils m.w.N. aus der Rechtsprechung des EuGH.

⁷⁴ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 88; siehe auch EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620, Rn. 48.

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-626/18, Rn. 54, 68; EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 64.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 65 ff.

⁷⁷ EuGH, Urt. v. 8.12.2020 – C-620/18, Rn. 71 ff.