

# Entsende-Richtlinie neu

*Helwig Aubauer und Marta Glowacka, Wien*

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Entwicklung
- III. Überblick über die Neuerungen
- IV. Wesentliche Neuerungen im Detail
  - A. Harter Kern der Arbeitsbedingungen des Aufnahmestaates
  - B. Langzeimentsendung
  - C. Leiharbeitnehmer
  - D. Durchsetzung
- V. Conclusio

## I. Einleitung

Dieser Beitrag widmet sich der novellierten Entsende-Richtlinie (EU) 2018/957 und versucht den nationalen Umsetzungsbedarf aufzuzeigen. Die Themenwahl für den vorliegenden Beitrag spiegelt sich in der besonderen Aktualität der Materie sowie der Bedeutung für den österreichischen Standort wider. Nicht zuletzt soll hierdurch Prof. *Rebhahn*, dem Verfasser zahlreicher Beiträge zum internationalen Privatrecht sowie der ausgezeichneten Kommentierung<sup>1)</sup> der ursprünglichen Entsende-Richtlinie 96/71/EG, Tribut gezollt werden.

## II. Entwicklung

Die ursprüngliche EntsenderL 96/71/EG,<sup>2)</sup> die die Dienstleistungsfreiheit spezifiziert,<sup>3)</sup> hatte zum Ziel, die Förderung der Dienstleistungsfreiheit und Sicherstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen zum einen und den

---

1) *Rebhahn* in *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht<sup>2</sup> (2018) 460.

2) 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, ABl L 1997/18, 1.

3) Vgl *Heuschmid/Schierle* in *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht (2015) § 5 Rz 62f; EuGH 3. 4. 2008, C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189.

Schutz der entsandten AN vor einer unfairen Behandlung sowie die Verhinderung der Schaffung eines kostengünstigen Arbeitskräftepools zum anderen, in ein regulatorisches Gleichgewicht zu bringen.<sup>4)</sup> Zur Sicherstellung einer einheitlichen Umsetzung, Anwendung und Durchsetzung der EntsenderRL, insb zur Bekämpfung und Sanktionierung von Umgehungspraktiken sowie Verbesserung der Verwaltungszusammenarbeit wurde 2014 eine DurchsetzungsRL 2014/67/EU<sup>5)</sup> erlassen. Nichtsdestotrotz wurden Unzulänglichkeiten bei der Gewährleistung der ursprünglichen Ziele – fairer Wettbewerb und AN-Schutz – geortet. Es wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass die knapp 20 Jahre alte EntsenderRL 96/71/EG den seit 1996 vorangeschrittenen Entwicklungen und den spezifischen Herausforderungen des Arbeitsmarktes (insb zunehmende Lohngefälle zwischen den MS, aber auch wachsende Rechtsunsicherheit in Anbetracht einiger Regelungslücken) nicht mehr gewachsen sei. Daher nahm sich die Europäische Kommission zur Aufgabe, den Grundsatz der gleichen Entlohnung für gleiche Arbeit am gleichen Ort zu fördern sowie gegen unlautere Praktiken vorzugehen und legte am 8. 3. 2016 einen Vorschlag zur gezielten Überarbeitung der EntsenderRL 96/71/EG vor,<sup>6)</sup> noch bevor die Auswirkungen der DurchsetzungsRL, die die MS erst zum 18. 6. 2016 umzusetzen hatten, feststanden.<sup>7)</sup> Daher richteten die sog CEE-Staaten (ua Polen, Slowakei, Tschechien, Ungarn) ein Schreiben an die Kommission, in dem sie den Zeitpunkt der Überarbeitung monierten sowie Bedenken äußerten, ob der Grundsatz des „gleichen Entgelts für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ mit dem Binnenmarkt vereinbar sei. Dahingegen sicherten die westlichen MS (ua Österreich, Deutschland, Frankreich) ihre Unterstützung für die Modernisierung der EntsenderRL zu.<sup>8)</sup>

Über den Vorschlag der Kommission wurde mehr als eineinhalb Jahre diskutiert. Im Oktober 2017 fanden sowohl der Beschäftigungsausschuss des Europaparlaments als auch der Rat eine allgemeine Ausrichtung zur Überarbeitung der Entsenderichtlinie, wodurch der Weg für die Trilogverhandlungen zwischen dem Rat, der Europäischen Kommission und dem Europäischen Parlament geebnet wurde, die dann am 19. 3. 2018 ein Ergebnis fanden. Nach einer finalen Abstimmung im Europäischen Parlament

---

4) Kurzdarstellungen über die Europäische Union 2018, Arbeiten in der Europäischen Union, PE 600.417, 18.

5) Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 5. 2014 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“) Text von Bedeutung für den EWR, ABl L 2004/159, 11.

6) Siehe nur *Risak*, Die Dinge anders angehen? DRdA 2016, 306.

7) Siehe auch Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 10. 3. 2017, ABl C 2017/75, 81 (83).

8) Commission Staff Working Document: Impact Assessment, SWD(2016) 52 final, 50 ff.

am 29. 5. 2018 und der Verabschiedung beim BESO-Rat am 21. 6. 2018, wurde die neue EntsendeRL (EU) 2018/957<sup>9)</sup> am 28. 6. 2018 von den Präsidenten des Europäischen Parlaments und des Rates unterzeichnet und am 9. 7. 2018 veröffentlicht. Die MS haben die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie nachzukommen bis 30. 7. 2020 zu erlassen und zu veröffentlichen. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Richtlinie 96/71/EG weiterhin in der Fassung anwendbar, die vor den mit dieser Richtlinie eingeführten Änderungen galt. Durch die neugefasste RL soll „ein ausgeglichener Rahmen für die Dienstleistungsfreiheit und den Schutz entsandter AN eingerichtet [werden], der diskriminierungsfrei, transparent und verhältnismäßig ist“ (Erw 24).<sup>10)</sup> Damit scheint die ÄnderungsRL die Diskussion vorwegnehmen zu wollen, ob die RL mit der Dienstleistungsfreiheit vereinbar ist.<sup>11)</sup> Diese finale Einschätzung obliegt allerdings dem EuGH.

### III. Überblick über die Neuerungen

Die EntsendeRL wurde in folgenden Punkten geändert:

- In einem neuen Art 1 Abs 1 a wird – Art 1 Abs 2 DurchsetzungsRL entsprechend – klargestellt, dass die EntsendeRL in keiner Weise die Ausübung der anerkannten Grundrechte (insb Freiheit zum Streik) berührt.<sup>12)</sup>
- In Art 1 Abs 3 lit c wird ein neuer UAbs eingefügt, der eine Regelung für Kettenentsendungen von überlassenen Arbeitskräften trifft (s IV.C.).
- Der harte Kern der Arbeitsbedingungen des Aufnahmestaates istSd Art 3 Abs 1 erfährt iZm der Entlohnung eine Änderung und wird um Unterbringungsbedingungen und Kostenerstattung ergänzt.

---

9) Richtlinie (EU) 2018/957 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, ABl L 2018/173, 16.

10) Siehe Stellungnahme des Europäischen Ausschusses der Regionen, ABl C 2017/185, 75.

11) Dies wurde im Schrifttum bereits iZm der ursprünglichen EntsendeRL 96/71/EG thematisiert, obwohl diese deutlich weniger in die Dienstleistungsfreiheit einzugreifen scheint als die neue Fassung 2018/957. Bereits durch die ursprüngliche EntsendeRL wurde der AN-Schutz innerhalb der Union als in ausreichender Weise gewährleistet erachtet, weshalb weitergehende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit unter Verweis auf den zwingenden Grund des Allgemeininteresses des AN-Schutzes nicht gerechtfertigt werden können (*Tscherner*, Arbeitsbeziehung und Europäische Grundfreiheiten [2012] 283 ff).

12) Vgl die von der Kommission vorgeschlagene und im Endeffekt zurückgezogene Verordnung über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, COM(2012) 130 endg (Monti II), die klarstellen sollte, dass das Streikrecht und die Dienstleistungsfreiheit gleichrangig sind.

Des Weiteren fällt die Beschränkung der Anwendung von in Kolliv festgelegten Arbeitsbedingungen auf die im Anhang genannten Bauarbeiten (s IV.A.).

- In einem neuen Art 3 Abs 1a wird eine Regelung für Langzeitentsendungen getroffen (s IV.B.).
- In einem neuen Art 3 Abs 1b wird die zwingende Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes iSd Art 5 LeiharbeitsRL geregelt (s IV.C.).
- Die Regelung der Entsendungszulagen des Art 3 Abs 7 wird um eine Zahlungsverpflichtung und eine Zweifelsregel ergänzt (s IV.A.).
- Die Beschränkung des Art 3 Abs 8, wonach nur MS, die kein System zur Allgemeinverbindlicherklärung haben, andere Kolliv mit Breitenwirkung anwenden können, fällt.
- Die Möglichkeit des Art 3 Abs 9, günstigere Bestimmungen für Leih-AN zur Anwendung gelangen zu lassen, wird an die Neuerungen des Art 3 Abs 1b angepasst (s IV.C.).
- Die Abweichungsermächtigung des Art 3 Abs 10 zugunsten von Vorschriften im Bereich der öffentlichen Ordnung wird daran angepasst, dass in Kolliv festgelegte Arbeitsbedingungen für alle Sektoren Geltung haben sollen.
- Die Regelung der Zusammenarbeit im Informationsbereich gem Art 4 Abs 2 wird derart ergänzt, dass für den Fall, dass die zuständige Behörde im Entsendestaat die vom Aufnahmestaat erbetenen Informationen nicht bereit hat, sie diese Informationen von anderen Stellen oder Behörden beschaffen muss; anderenfalls die EK unterrichtet wird und entsprechende Maßnahmen ergreift.
- Es kommt zu einer Verschärfung der geforderten Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung der EntsenderRL sowie im Fall sog non-genuine-postings (s IV.D.).

Abschließend ist zu erwähnen, dass der Kommissionsvorschlag<sup>13)</sup> eine Regelung enthielt, wonach die MS Unternehmen dazu verpflichten konnten, Unteraufträge nur an Unternehmen zu vergeben, die AN bestimmte, für den Hauptauftragnehmer geltende Entlohnungsbedingungen einräumen, einschließlich jener, die sich aus nicht allgemein verbindlichen Tarifverträgen ergeben. Während die DurchsetzungsRL die Haftung für ausstehende Löhne entsandter AN in Unterauftragsketten behandelt (s Art 12 und Erw 36), befasst sie sich jedoch nicht mit der Frage, welchen Lohn ein entsandter AN in einer Unterauftragskette hat.<sup>14)</sup> Obwohl diese Regelung den Trilogverhandlungen nicht standgehalten hat, sehen die Erw (25) vor, dass MS iSd Art 12 DurchsetzungsRL geeignete Maßnahmen ergreifen sollen, um die Haftung bei Unteraufträgen sicherzustellen, um

13) KOM(2016) 128 endg.

14) Commission Staff Working Document: Impact Assessment, SWD(2016) 52 final, 15.

Missbräuche im Fall der Unterauftragsvergabe zu bekämpfen und die Rechte entsandter AN zu schützen. Die Bewertung, ob in diesem Kontext weitere Maßnahmen notwendig werden, hat die Kommission in einem Bericht über die Anwendung und Umsetzung der RL, der fünf Jahre nach Inkrafttreten der ÄnderungsRL zu erfolgen hat, dh bis 30. 7. 2023, zu protokollieren. Dasselbe gilt auch für den Straßenverkehrssektor, für den bis zur Anwendung einer *lex specialis*<sup>15)</sup> die RL 96/71/EG in Geltung bleibt (Art 3 Abs 3). Von der genauen Ausgestaltung dieser *lex specialis* wird ein etwaiger Anpassungsbedarf der Transitausnahme iSd § 1 Abs 5 Z 7 LSD-BG abhängen.<sup>16)</sup>

#### IV. Wesentliche Neuerungen im Detail

##### A. Harter Kern der Arbeitsbedingungen des Aufnahmestaates

Die EntsendeRL aF beschränkte die dem entsandten AN zu garantierenden Mindestarbeits- bzw Beschäftigungsbedingungen auf einen abschließenden Katalog.<sup>17)</sup> Vor allem in Anbetracht der Rsp des EuGH in der Rs *Laval*<sup>18)</sup> wurde im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass die in Art 3 Abs 1 lit a bis g aufgezählten Schutzbestimmungen gleichzeitig als Höchstarbeitsbedingungen handzuhaben sind und eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ausschließlich innerhalb dieses „harten Kerns“ der Entsenderichtlinie gerechtfertigt ist.<sup>19)</sup> Dabei wurde lediglich auf die durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegten Bedingungen abgestellt,

---

15) Siehe 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, KOM(2017) 278 endg.

16) Krit *Schrank* in *Schrank/Schrank/Lindmayr*, LSD-BG (2017) § 1 Rz 84.

17) EuGH 19. 6. 2008, C-319/06, *Kommission/Luxemburg*, ECLI:EU:C:2008:350, Rz 26; *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht<sup>5</sup> (2018) 600 mwN.

18) EuGH 18. 12. 2007, C-341/05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, Rz 81. Siehe auch EuGH 12. 2. 2015, C-396/13, *Elektrobudowa*, ECLI:EU:C:2015:86, Rz 29 und 3. 4. 2008, C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189, Rz 34.

19) *Benecke* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art 153 EGV Rz 59; idS auch *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, § 10 Rz 69 mwN; vgl auch *Franzen*, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung – Überlegungen aus Anlass der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1. 5. 2011, EuZA 2011, 451 (459 ff); *Hantel*, Der Schutz arbeitsrechtlicher Mindeststandards bei einem grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsatz innerhalb der EU (Teil II), ZESAR 2014, 313 (315); *Karl*, Grenzüberschreitende Entsendungen – Das Spannungsfeld zwischen Dienstleistungsfreiheit, Rom I-VO, EntsendeRL und nationalem Recht, ZAS 2015, 196 (198 f); vgl *Heuschmid/Schierle* in *Preis/Sagan*, Europ AR § 5 Rz 155; *Tscherner*, Arbeitsbeziehung 273 ff, wonach die EntsendeRL nicht „klassisch maximalharmonisierend“ ist, da sie keine inhaltliche Harmonisierung der AN-Schutzbestimmungen vornimmt. Abgesehen von der Ausdehnung des Katalogs bleibt die Qualifizierung trotz der Forderung des Europäischen Wirtschafts- und Sozial-