

**Deutscher
Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
4.10.2006**

EU-Dienstleistungsrichtlinie:

Schriftliche Stellungnahme des DGB und der Mitgliedsgewerkschaften
zur
Anhörung
**des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Wirtschaft und
Technologie**

16. Oktober 2006

Zu beschließen:

GBV 09. Oktober 2006

DGB-Bundesvorstand 10. Oktober 2006

Schriftliche Stellungnahme des DGB und der Mitgliedsgewerkschaften
zur
Anhörung
**des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Wirtschaft und
Technologie**
zur Dienstleistungsrichtlinie
16. Oktober 2006

Vorbemerkung

Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) und seine Mitgliedsgewerkschaften haben von Anfang an das Konzept der EU-Dienstleistungsrichtlinie scharf kritisiert. Massenhafte Proteste und das mehrjährige Ringen um grundlegende Änderungen haben zum großen Teil Erfolg gehabt. Die Dienstleistungsrichtlinie (DLRL) in ihrer jetzigen Form des Gemeinsamen Standpunktes des Rates vom 24.07.2006 wird hoffentlich in der 2. Lesung des EP noch verbessert. Der DGB unterstützt alle Änderungen der Berichterstatterin E. Gebhardt, hat aber darüber hinaus weitere Klarstellungen gefordert¹.

Die EU-Dienstleistungsrichtlinie wird auch in ihrer jetzigen Form schwierige Veränderungen und Risiken für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen hervorbringen. Der DGB fordert eindringlich dazu auf, alle Möglichkeiten des sozialen Schutzes bei der Umsetzung der DLRL in nationales Recht zu nutzen. Dazu gehören in erster Linie der Schutz entsandter ArbeitnehmerInnen, die Verhinderung von Sozialdumping und die Bekämpfung von Missbrauch. Der Rechtstext der DLRL birgt nach wie vor Gefahren, insbesondere durch die Einschränkung von Kontrollen, die Etablierung unterschiedlicher Rechtsregelungen an ein und demselben Arbeitsort und Möglichkeiten der Kompetenzüberschreitung der EU-Kommission, etwa beim Niederlassungsrecht. Es gibt Bestandteile der DLRL – etwa die Ausnahme bestimmter strafrechtlicher Verfolgung – die aus Sicht des DGB nicht mit dem deutschen Grundgesetz vereinbar sind. Die nationale Umsetzung muss diesen Bedenken Rechnung tragen und eindeutig Klarheit und Beherrschbarkeit herstellen.

Die folgenden Bemerkungen sind im Lichte des noch nicht abgeschlossenen EU-Rechtssetzungsverfahrens als vorläufig zu verstehen. Sie geben erste Einschätzungen wieder, welche Aspekte bei der nationalen Umsetzung besonders zu betrachten sind, ohne den konkreten Umsetzungsfragen im Einzelnen vorzugreifen.

¹ Eu-Dienstleistungsrichtlinie: DGB Forderungen zur 2. Lesung des EP. Beschluss des DGB-Bundesvorstandes vom 05. September 2006

I. Auswirkungen der EU-Dienstleistungsrichtlinie auf Wachstum und Beschäftigung, europäische Notwendigkeit der Richtlinie.

Wesentliche Aspekte:

- Die von der Kommission genutzte Datengrundlage zur Abschätzung des Wachstumspotenzial ist unzureichend und unterschätzt die schon bestehende Dynamik des Dienstleistungsbinnenmarktes.
- Die quantitative Abschätzung der Beschäftigungswirkung ist bisher weder umfassend genug noch wissenschaftlich glaubwürdig vorgenommen worden.
- Es gibt keine Folgenabschätzung hinsichtlich der strukturellen Veränderungen auf den Arbeitsmärkten. Dies sollte nun zumindest auf nationaler Ebene ernsthaft betrieben werden.

1. Erwartung an die DLRL hinsichtlich Wachstum und Beschäftigung

Die EU-Kommission begründete ihre Binnenmarktstrategie mit der schwachen Entwicklung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs in der EU. Von einem dynamischeren Binnenmarkt für Dienstleistungen werden zugleich positive Beschäftigungsimpulse erwartet. Diese Schlussfolgerung ist zwar logisch, **der DGB zieht jedoch die zugrunde liegende Datenlage in Zweifel, dies aus zweierlei Gründen.**

a. Ein immer noch ungelöstes Problem ist die statistische Abbildung der Dienstleistungswirtschaft im grenzüberschreitenden Verkehr. Bis heute bedienen sich EuroStat und die nationalen Statistikstellen dabei der sog. Zahlungsstromstatistik, d.h. Dienstleistungsexport oder -import findet nur statt, wenn ein entsprechender grenzüberschreitender Bezahlvorgang auslöst wird. Im Bereich der Dienstleistungswirtschaft berechnet der jeweilige Partner den grenzüberschreitenden Wissenstransfer, Zeittransfer und Dienstleistungstransfer in den meisten Fällen im eigenen Land als eigene Leistung an die Abnehmer, was damit keinen grenzüberschreitenden Zahlungsvorgang auslöst. Dies führt dazu, dass die Dienstleistungswirtschaft heute schon ein wesentlich größeres grenzüberschreitendes Potential realisiert hat, als dies in den aktuellen amtlichen Statistiken abgebildet wird. Eine solide Abbildung des wirklichen Volumens des Dienstleistungsmarktes der Europäischen Union müsste erst geschaffen werden (Basiserhebung).

b. Die Kommission geht nach heutigem Informationsstand davon aus, dass der Dienstleistungssektor 56% des BIP in der EU erwirtschaftet, 70% der Gesamtbeschäftigung ausmacht, aber nur 20% des Handelsvolumens innerhalb der EU repräsentiert. Im Vergleich mit den USA sei die Produktivitätsentwicklung in der EU-Dienstleistungswirtschaft deutlich niedriger². Auf dem Weltmarkt ist diese Schwäche nicht zu erkennen, hier ist die EU die stärkste Kraft beim Handel mit Dienstleistungen mit deutlich steigender Tendenz. Im Jahre 2003 betrug der EU-Anteil 26% während die USA knapp über 20% erbrachte. Zwischen 1997 und 2003 stieg der Anteil der EU um 1,8% und lag damit auch in dieser Hinsicht vorn.

Es wird konstatiert, dass die Schwäche vor allem den Handel innerhalb der EU betrifft. Auch für den Handel innerhalb der EU lassen die Zahlen keine Schwäche erkennen. Zwischen 2000 und 2003 wuchs der innergemeinschaftliche Handel mit Dienstleistungen um 10,8%, mit den Handelspartnern außerhalb der EU nur um 6,4%. Also war die Dynamik im Binnenmarkt im Vergleich recht deutlich, umso mehr als 2003 insgesamt ein wirtschaftlicher

²

Quelle für diese und die folgenden Zahlen: EU-Kommission 2004 und 2005.

Rückgang zu verzeichnen war. Hinzu kommt, dass man den Preisverfall bei Dienstleistungen mit berücksichtigen muss.

Die Erwartungen an die Wachstumseffekte ausgelöst durch die DLRL müssen also deutlich bescheidener ausfallen.

Die Schätzungen zur **Beschäftigungswirkung** hängen mit den Wachstumsprognosen zusammen. Eine der ersten Analysen zur Wirkung der EU-Dienstleistungsrichtlinie stammt vom Oktober 2004 vom Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis³. Sie folgt der üblichen OECD-Annahme, dass jede Beseitigung von Regulierung Wachstum und damit mehr Beschäftigung auslöst. Interessant ist, dass diese Studie zu dem Schluss kommt, dass es nicht Regulierungen per se sind, die hinderlich wirken, sondern die Heterogenität von Regulierungen. Nach ihren Erwartungen könnte die Dienstleistungsrichtlinie den Dienstleistungshandel um 15 bis 30% wachsen lassen, den Anteil der ausländischen Direktinvestitionen im Handelssektor um 20 bis 35%.

Im Frühjahr 2005 veröffentlichte das Institut Copenhagen Economics im Auftrag der Kommission eine Studie⁴, die ausdrücklich Aussagen zur Beschäftigungswirkung machte. Bei einem erwarteten Anstieg des Konsums von 0,6% des BIP der EU soll der Netto-Zuwachs an Arbeitsplätzen für alle 25 Mitgliedstaaten etwa 600 000 betragen. Man rechnet auch mit einem Anstieg der Produktivität und erwartet zugleich, dass die Löhne um durchschnittlich 0,4% steigen.

Die Schlussfolgerungen der Copenhagen-Studie sind kontrovers diskutiert worden, vor allem weil sie ausschließlich angebotsseitig argumentiert und allein auf den Effekt einer steigenden Nachfrage bei sinkenden Preisen durch den Abbau jeglicher Regulierung setze. Dabei galt die Auswahl der Sektoren auch nicht als repräsentativ. Die Studie zieht keine Faktoren in Betracht, die gegen eine steigende Nachfrage wirken könnten, etwa Kaufkraftschwund oder ein anderes Verbraucherverhalten. Andere Schätzungen der Beschäftigungswirkung liegen nicht vor oder stützen sich auf die Copenhagen-Studie und kommen entsprechend zu den gleichen Schlussfolgerungen⁵.

Ein Zuwachs von 600 000 Arbeitsplätzen ist selbstverständlich positiv, fällt aber angesichts der hohen Erwartungen eher bescheiden aus⁶. Weit wichtiger ist jedoch, dass ein solcher Zuwachs in den einzelnen Branchen, Ländern und bei den verschiedenen Beschäftigtengruppen durchaus sehr unterschiedlich ausfallen kann. Darüber gibt es bisher keinerlei gesicherte Erkenntnisse.

Unabhängig davon, dass einzelne Dienstleistungssektoren in Deutschland durchaus von einem offeneren Binnenmarkt profitieren können, dominieren in der Erfahrung mit der Liberalisierung von Dienstleistungen eindeutig besorgniserregende Arbeitsplatzverluste. Die Liberalisierung im Bereich Verkehr und Logistik hat viele Arbeitsplätze gekostet. Im Bausektor sind in den letzten Jahren von 1,5 Mio Arbeitsplätzen nur noch ein Drittel (offiziell angemeldeter Stellen) übrig geblieben. In der Metall- und Elektroindustrie sind in den letzten 2-3 Jahren über das Outsourcing von Dienstleistungen etwa 100 000 Arbeitsplätze abgebaut worden, ein deutlicher Boom ist nach dem 1. Mai 2004 zu verzeichnen. Die Veränderungen an den deutschen Schlachthöfen haben bekanntermaßen zu hohen Arbeitsplatzverlusten geführt: Rund ein Drittel der insgesamt 67 000 Beschäftigten in Deutschland wurden durch

³ The Free Movement of Services within the EU, Kox et al, CPB report No 69, October 2004.

⁴ Economic Assessment of the Barriers to the Internal Market for Services, Copenhagen Economics, January 2005.

⁵ So etwa die im Auftrag des österreichischen Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit Studie "Deepening the Lisbon Agenda: Studies on Productivity, Services and Technologies", Vienna 2006.

⁶ Es gibt ernstzunehmende Kritiken, die selbst diese Hochrechnung nicht für realistisch halten.

billigere Arbeitskräfte aus dem Ausland ersetzt. Die DLRL wird in vielen Bereichen der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) absehbar zu Verlust oder Verlagerung von Arbeitsplätzen führen (siehe Kapitel 2).

Die Erwartungen an wachsende Beschäftigtenzahlen im Dienstleistungssektor sind aus Sicht des DGB eher als bescheiden einzuschätzen. Die strukturellen Veränderungen durch Auslagerungen, Verschiebungen zwischen Branchen (von Produktion zu Dienstleistung) und dem Ersetzen von Stammebelegschaftsmitgliedern zu entsandten Dienstleistungsarbeitnehmern werden deutlicher ausfallen. Dies kann langfristig zu einem Problem unserer sozialen Sicherungssysteme werden, indem zunehmend entsandte Beschäftigte in ihren Heimatländern, nicht aber in Deutschland Sozialabgaben entrichten, oder indem der Missbrauch über Scheinselbständigkeit zunimmt. Eine genaue Beobachtung und Folgenabschätzung dieser Veränderungen ist dringend geboten.

II. Anwendungsbereich der Richtlinie

Wesentliche Aspekte:

- Die ungenaue Abgrenzung zwischen ausgenommenen Diensten von allgemeinem Interesse (DAI) und nur teilweise ausgenommenen Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) führt zu schärferem Wettbewerb in regulierten Bereichen, einem verstärkten Anreiz zur Auslagerung von Diensten, einer Gefährdung der Durchsetzung von Standards im öffentlichen Interesse.
- Der DGB sieht Gefahren eines unrechtmäßigen Eingriffs in die Bildungshoheit und fordert Klarstellungen, damit dem öffentlichen Bildungsauftrag in vollem Umfang Rechnung getragen wird.
- Der DGB unterstützt die Klarstellung zur Ausnahme sozialer Dienstleistungen, welche E. Gebhardt in 2. Lesung einbringt, wonach auch die im Rahmen der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit erbrachten Dienste erfasst sind.

2. Die undeutliche Abgrenzung zwischen DAI und DAWI und ihre Wirkung in der Energie-, Wasser- und Abfallwirtschaft (Ver- und Entsorgung)

Die Dienstleistungen der Energie-, Wasser- und Abfallwirtschaft gehören zu den Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI). Unabhängig von der Rechtsform und der Eigentümerstruktur (öffentliche oder private Unternehmen) erbringen sie für das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben in den EU Mitgliedsstaaten existenziell notwendige Dienstleistungen der Daseinsvorsorge.

Diese Dienstleistungen sind grundsätzlich vom Geltungsbereich des Gemeinsamen Standpunktes zur EU Dienstleistungsrichtlinie erfasst, besondere Ausnahmen gibt es nur teilweise von der Dienstleistungsfreiheit. Für Wasser- und Abfallwirtschaft gibt es einige Ausnahmeregelungen, welche aber schwierig zu interpretieren sind.

Beispiel Abfallwirtschaft:

Als Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI) soll die Abfallwirtschaft im Geltungsbereich der Richtlinie bleiben. Lediglich die „Abfallbehandlung“, soll in Artikel 17 DLRL, vom Prinzip der „Freizügigkeit für Dienstleistungen“ ausgenommen werden d.h, diese Ausnahme bezieht sich weder auf das Sammeln, das Transportieren von Abfällen noch auf die weiteren Dienstleistungen im Rahmen der Abfallwirtschaft (z.B. kaufmännische Tätigkeiten, Rechnungslegung, Fuhrpark, etc.)

Auch wenn die Richtlinie den Mitgliedsstaaten weiterhin erlaubt, für DAWI aus Gründen der Gemeinwohlorientierung besondere Anforderungen zu definieren und Genehmigungen einzuschränken, wird dieses in der Abfallwirtschaft wenig hilfreich sein. Insbesondere mit Blick auf die geforderte „Verhältnismäßigkeit“ und „Nicht-Diskriminierung“ derartiger Einschränkungen wird sich im Regelfall der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit diesen Anforderungen befassen müssen. Dass der EuGH dabei in aller Regel der Förderung des Wettbewerbes gegenüber anderen Erwägungen – wie z.B. der Gemeinwohlorientierung – einen Vorrang einräumt, haben die entsprechenden Urteile gerade mit Blick auf die Abfallwirtschaft in der vergangenen Zeit gezeigt.

Zu befürchten ist eine deutliche Zunahme des Wettbewerbes in der Abfallwirtschaft, insbesondere in grenznahen Regionen Deutschlands bei anstehenden Ausschreibungen von Entsorgungsdienstleistungen. Die drohende Verschärfung der Wettbewerbssituation in der Abfallwirtschaft bleibt auf der politischen Tagesordnung!

Beispiel Energiewirtschaft:

Auch die Energiewirtschaft bleibt als Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI) im Geltungsbereich der Richtlinie. Von den Bestimmungen über die „Freizügigkeit für Dienstleistungen“ des Artikel 16 ausgenommen sind lediglich die **Elektrizitätsübermittlung, -verteilung und -versorgung**, d.h. die nach den EU-Binnenmarktrichtlinien unter die Regulierung durch die Bundesnetzagentur fallenden Bereiche. Für die Gaswirtschaft sind dieses die ausdrücklich aufgeführten Bereiche der **Gasweiterleitung, Gasverteilung, Gasversorgung und Gaslagerung**.

Anders als noch im ursprünglichen Richtlinienentwurf vorgesehen, fällt damit der **Kraftwerksbetrieb** nicht mehr unter die Ausnahmeregelungen vom Freizügigkeitsprinzip für Dienstleistungen. Für diesen könnten die Zielländer zwar mit Blick auf Umwelt- und Gesundheitsschutz besondere Anforderungen an Anbieter aus anderen EU Ländern definieren. Diese müssten jedoch wiederum „verhältnismäßig“ und „nicht-diskriminierend“ sein. Dies hat wiederum im Einzelfall der Europäische Gerichtshof EuGH zu klären haben.

Für alle **Dienstleistungen** im Rahmen der Energiewirtschaft bleibt es bei den von den Gewerkschaften bereits früher formulierten Bedenken. Dienstleistungen wie z.B. Wartung und Instandhaltung, Abrechnung, Mess- und Zählerwesen, IT-Services, Fuhrpark oder Facility-Management bleiben von der Richtlinie erfasst.

Um die sich zunehmend bietenden Wettbewerbsvorteile aus Sicht der Unternehmen zu nutzen, wird sich die Tendenz zur Ausgliederung dieser Dienstleistungen weiter verstärken. Deutlich über 50% aller Arbeitsplätze in der Energiewirtschaft sind in diesen Bereichen zu finden. Gelingt es nicht, die Energiewirtschaft als DAWI komplett aus dem Geltungsbereich der Richtlinie herauszunehmen, muss mit dieser besorgniserregende Konsequenz gerechnet werden.

Beispiel Wasserwirtschaft:

Auch die Wasserwirtschaft bleibt als Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (DAWI) im Geltungsbereich der Richtlinie. Ausgenommen vom Freizügigkeitsprinzip für Dienstleistungen sind im Artikel 17 lediglich die **Wasserverteilung, die Wasserversorgung** sowie die **Abwasserentsorgung**. Für diese Bereiche der Wasserwirtschaft dürften die Zielländer spezifische Anforderungen auch an die Zulassung von Dienstleistungsanbietern stellen.

Zu befürchten ist jedoch eine Verstärkung des Trends in der Wasserwirtschaft, den politisch und kommunal eng regulierten Bereich der Wasserversorgung von den Dienstleistungen im Rahmen der Wasserwirtschaft zu separieren, um so als Unternehmen von den Vorteilen des Dienstleistungsbinnenmarktes profitieren zu können. Der bereits erkennbare Trend zu weiteren Ausgliederungen von Dienstleistungsfunktionen, wie z.B. Wartung, Instandhaltung, Abrechnung, Zählerwesen, Umweltschutz, Labordienste, Technische Services, IT-Services, usw. wird voraussichtlich stark zunehmen. Etwa 70% aller Beschäftigten in der Wasserwirtschaft sind in diesen Dienstleistungsbereichen tätig.

3. Konsequenzen im Bereich der öffentlichen Dienstleistungen: Bildung

Bildungsdienstleistungen fallen – nach dem aktuellen Sachstand - unter die Bestimmungen der Richtlinie. Derzeit betrifft dies die (überwiegend) privat finanzierten Bildungseinrichtungen im Hochschulsektor, in der beruflichen Bildung und der Weiterbildung. Einrichtungen, die vornehmlich öffentlich finanziert werden, fielen demnach aus dem Anwendungsbereich heraus.

Was auf den ersten Blick recht deutlich aussieht, birgt bei genauerem Hinsehen zahlreiche Tücken. Zwar scheint der Bildungssektor durch die Formulierungen im Erwägungsgrund 34 geschützt, aber einerseits sind die Erwägungsgründe nicht rechtsverbindlich, andererseits lassen die Formulierungen Interpretationsspielräume zu. Da die Abgrenzung zwischen öffentlicher und privater Bildung nicht immer eindeutig ist, ist der Schutz des öffentlichen Bildungswesens nicht garantiert. In vielen Landeshochschulgesetzen und an zahlreichen Hochschulen wird zurzeit auf marktorientierte Steuerungsinstrumente gesetzt. In diesem Zusammenhang besteht durchaus die Gefahr, dass auch überwiegend öffentlich finanzierte Bildungseinrichtungen der Liberalisierung und Deregulierung der EU-Dienstleistungsrichtlinie unterliegen. Denn im Erwägungsgrund 34 wird nur der im nationalen Bildungssystem erteilte Unterricht ausgenommen. Bildungsdienstleistungen bestehen aber aus mehr als Unterricht. So drängen ausländische Anbieter insbesondere auf Marktzugang bei **Prüfungen** und **Zulassungstests**. Schon heute erheben einzelne Hochschulen Gebühren für Prüfungen, bei einer weiteren Kommerzialisierung dieses Bereichs könnten die Prüfungsverfahren, aber auch die Zulassungstests in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

Beispiel Studiengebühren: Wenn die Länder künftig höhere Studiengebühren erheben, könnte es sein, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) das jetzt noch als öffentliche Bildung kategorisierte Angebot dann als „privat“ definiert und den Bestimmungen der Richtlinie unterwirft. Dabei geht es nicht nur um Studiengebühren als solche, sondern auch um deren Verwendung: werden davon Tutorien für Studierende bezahlt, könnte diese klar abgrenzbare Dienstleistung ausgegliedert werden und das Interesse ausländischer und inländischer Anbieter wecken. Kategorisiert nun der EuGH oder die Regierung dieses Angebot als Dienstleistung im Sinn der Richtlinie, müssen private Anbieter Marktzugang erhalten. Damit wird das Recht der Mitgliedsstaaten, Kommerzialisierung und Privatisierung ihrer Bildungsbereiche zu verhindern oder rückgängig machen zu wollen eingeschränkt oder sogar ausgehebelt.

Beispiel Qualitätssicherung: Fallen Teile des Bildungswesens in den Anwendungsbereich der Richtlinie, hat der Staat kaum Möglichkeiten einer effektiven Qualitätskontrolle. Im Zuge der Verwaltungsvereinfachung (Kapitel II, Art. 5 Abs. 3) wird in der Richtlinie festgelegt, dass die Mitgliedsstaaten nicht verlangen dürfen, dass Dokumente eines anderen Mitgliedsstaates im Original, in beglaubigter Kopie oder in beglaubigter Übersetzung vorgelegt wird. Gerade solche Nachweise über Qualifikationen sind jedoch für die Qualitätssicherung besonders bedeutend.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie hinsichtlich des Bildungswesens nicht klar formuliert ist. Es besteht auch im Bildungswesen die Gefahr grundsätzlicher Regulierungsverbote- oder Beschränkungen auf nationaler Ebene. Bildung ist für eine demokratische Gesellschaft von zentraler Bedeutung. Eine sektorübergreifende, europaweite Richtlinie mit dem Ziel der Deregulierung und Liberalisierung wird einem hohen Qualitätsanspruch und der Chancengleichheit im Zugang wohl kaum gerecht. Vielmehr ist zu befürchten, dass Privatisierungstendenzen zunehmen und das öffentliche Bildungswesen seiner gesellschaftlichen Funktion immer weniger gerecht werden kann.

Der DGB schlägt deshalb folgende Korrekturen vor:

- Ausnahme der Dienstleistungen von Allgemeinem Interesse (Art. 2) – wie auch in 2. Lesung von E. Gebhardt vorgeschlagen)
- Ausnahme der öffentlichen und privaten Bildungsdienstleistungen (Art. 2)

Sollten diese Ausnahmen nicht mehrheitsfähig sein, fordert der DGB als Mindestvoraussetzung:

- Ausnahme der im Rahmen des öffentlichen Bildungswesens erbrachten Bildungsdienstleistungen (Art. 2).

- Öffentliche und private Bildungsdienstleistungen werden von den Mitgliedstaaten definiert.
- Die Aufnahme des Bildungswesens als zwingenden Grund des Allgemeininteresses im rechtsverbindlichen Teil der Richtlinie (Art. 4, Absatz 8). Dabei sollten Chancengleichheit und eine hohe Qualität der Bildung als Ziele genannt werden.

4. Ausnahme Soziale Dienste

Der DGB unterstützt ausdrücklich die Präzisierung und Ausweitung der Ausnahme sozialer Dienstleistungen, welche E. Gebhardt in 2. Lesung einbringt. Danach sind auch die im Rahmen der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit erbrachten Dienste, welche die Grundrisiken des Lebens abdecken, erfasst. Damit wird auch die Anerkennung der Dienste gemeinnütziger Einrichtungen präzisiert.

III. Arbeitsrechtliche Fragen

Wesentliche Aspekte:

- Die Ausnahme des Arbeitsrechts darf nicht unter einen diffusen Vorbehalt gestellt werden.
- Der Vorrang der Einhaltung sozialer Grundrechte muss eindeutig formuliert sein.
- Die Bestimmungen der Entsende-Richtlinie bleiben ohne Einschränkung auch bei zukünftigen Verbesserungen von der DLRL unberührt. Die nationalen Entsendebestimmungen müssen erweitert und zukunftsfähig gestaltet werden.
- Die Ausnahme der Leiharbeit ist umfassen zu verstehen.
- Die Mitgliedstaaten müssen ihre Definitionshoheit für den Arbeitnehmerstatus ausüben.
- Die betriebliche und gewerkschaftliche Interessenvertretung muss angesichts der zu erwartenden Zunahme und längeren Dauer von Arbeitnehmerentsendung im Rahmen von Dienstleistungsaufträgen gestärkt werden.
- Im Rahmen von Dienstleistungsaufträgen beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer brauchen Ansprechstellen in ihren jeweiligen Einsatzländern.

5. Die grundsätzliche Ausnahme des Arbeitsrechts und der Vorrang sozialer Grundrechte muss klargestellt werden

Trotz vielfach wiederholter Zusicherung, **das Arbeitsrecht grundsätzlich und eindeutig von der DLRL auszunehmen**, haben sich Eingriffsmöglichkeiten bis in die 2. Lesung des EP hartnäckig gehalten. Die häufige Wiederholung des Vorbehalts „unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts“ (Artikel 1 (6) und (7), Artikel 16 (3), Erwägungsgrund (EG) 14) ist in diesem Sinne zu verstehen. In den Fällen, wo EU-Kompetenzen bestehen, ist er überflüssig, denn hier muss nationales Recht ohnehin die Mindestanforderungen erfüllen. In denjenigen Bereichen der jeweiligen nationalen Arbeitsrechtsgesetzgebung aber, für die die EU keinerlei Zuständigkeit hat, darf dieses nationale Recht auch nicht über den Umweg einer Dienstleistungsrichtlinie unter einen diffusen Vorbehalt des EU-Rechts gestellt werden. Dies gilt insbesondere in Bezug auf Tarifverträge und deren Durchsetzung. Der DGB sieht in dieser Formulierung daher den Versuch, ein beschleunigtes Eingriffsrecht der Kommission in arbeitsrechtliche Vereinbarungen zu etablieren. Es entsteht der eklatante Widerspruch, dass die Ausnahme des Arbeitsrechts dieses zugleich unter den Vorbehalt eben dieser Dienstleistungsrichtlinie als Teil des Gemeinschaftsrechts stellt. **Der Verweis „unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts“ muss entsprechend gestrichen werden.** Dies ist auch eine der Forderungen von Berichterstatterin E. Gebhardt. Eine weitere Einschränkung der Anwendung nationalen Arbeitsrechts findet sich im Erwägungsgrund 82, nach dem die Mitgliedstaaten **Vorschriften über Beschäftigungsbedingungen** nur anwenden dürfen, wenn der **EuGH** die Gründe schon in Einzelfallentscheidungen bestätigt hat. Diese **Einschränkung ist zu streichen.**

Darüber hinaus ist auch die Wahrung fundamentaler Arbeitnehmerrechte mit Hilfe der sogenannten „**Montiklausel**“, (Artikel 1, Ziffer 7) gefährdet, die den **sozialen Grundrechten Vorrang** eingeräumt. Dies war in der Formulierung des EP in der 1. Lesung eindeutig gegeben, indem ausdrücklich festgehalten wurde, dass keinerlei Beeinträchtigung durch die Dienstleistungsrichtlinie erfolgen darf. Im gemeinsamen Standpunkt ist nur noch davon die Rede, dass Grundrechte „nicht berührt“ seien. Der DGB fordert das EP auf, die **Formulierung aus der 1. Lesung des EP wieder einzuführen und ausdrücklich auf die Grundrechtscharta zu verweisen.** Der DGB wiederholt auch, dass die Einschränkung im Erwägungsgrund 15 nicht hinnehmbar ist und deshalb der **Zusatz „und bringt sie mit den**

Artikeln 43 und 49 EG-Vertrag festgelegten Grundfreiheiten in Einklang“ zu streichen ist.

Sollten sich in der 2. Lesung des EP hier keine zufrieden stellenden Änderungen ergeben, muss die nationale Umsetzung klarstellen, dass die „Wahrung des Gemeinschaftsrechts“ lediglich entsprechend der tatsächlichen EU-Kompetenzen zu berücksichtigen ist.

6. Der Schutz der Arbeitnehmer bei der Entsendung muss lückenlos geregelt werden und in Zukunft auch weiter verbessert werden können

Ausnahme und Vorrang der Entsende-Richtlinie sind nicht befriedigend geregelt (Artikel 3 (2b), Artikel 3 (2), EG 86 und 87). Zum einen gilt der Vorrang nur im Konfliktfall und nicht grundsätzlich, zum anderen könnte der Rechtsbestand der Entsende-Richtlinie als abschließend gewertet werden und zukünftige Verbesserungen der Richtlinie würden also nicht unter den Vorrang fallen. Dabei handelt es sich bei der Entsende-Richtlinie um einen erweiterungsfähigen Katalog von Mindestbedingungen und Mindestanforderungen und die Anwendung weiterer, besserer Bedingungen sollten durch sie ausdrücklich nicht beeinträchtigt werden. Indem die Dienstleistungsrichtlinie in der vorliegenden Fassung genau diesen Teil der Entsende-Richtlinie nicht zitiert, darf nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, aus dem mit der Entsende-Richtlinie beabsichtigten Mindestmaß an Bedingungen zur Gleichbehandlung entsandter Arbeitnehmer im Arbeitsland einen abschließenden Katalog machen, der die diskriminierungsfreie Anwendung anderer guter Arbeitsstandards des Arbeitslandes ausschließen würde. Gleichmaßen nicht akzeptabel sind Einschränkungen, wonach die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, wie in der Entsende-Richtlinie geregelt, von der DLRL nicht berührt sein „sollten“. Hier ist eine eindeutige Formulierung „berührt/betrifft nicht“ zu wählen. Der DGB fordert hier eindeutige Klarstellungen, spätestens bei der Umsetzung in nationales Recht.

Die Umsetzung der DLRL macht deutlich, dass die Schwächen des deutschen Entsendegesetzes dringen behoben werden müssen. In erster Linie muss der Geltungsbereich auf alle Branchen ausgedehnt werden. Zweitens müssen Mindestlohnregelungen für einen Minimalschutz der entsandten ArbeitnehmerInnen und die Abwendung von Lohndumping gefunden werden.

7. Die Ausnahme der Leiharbeit muss umfassend erfolgen

Die Ausnahme von Leiharbeit und der Zulassung von Leiharbeitsagenturen ist nicht eindeutig. Die Formulierung in Artikel 2 (e) spricht von „Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen“. Damit ist nicht klar inwieweit sie a) die immer häufiger vorkommenden Fälle von Unternehmen, die Leiharbeit anbieten, ohne sich als Leiharbeitsagentur zu definieren, b) alle Formen von Leiharbeit zwischen Unternehmen anderer Branchen, so etwa die konzerninterne Leiharbeit erfasst. Der Verweis auf die Entsende-Richtlinie ist keine Lösung.

Deshalb fordert der DGB die Klarstellung der Ausnahme von Leiharbeit in ihrer Gesamtheit. Damit wird gleichfalls sichergestellt, dass der EU-Regelung zur Leiharbeit nicht vorgegriffen wird, die sich derzeit noch im Entscheidungsverfahren befindet. Sollten Änderungen in der 2. Lesung des EP hier keine Verbesserungen bringen, muss die Umsetzung in deutsches Recht diese Klarstellung beinhalten.

8. Konsequenzen in Bezug auf die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen

Es gibt keinen einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff; vielmehr hängt die Definition immer vom jeweiligen Regelungsbereich ab (EuGH 15.12.1998, Rs. C-85/96, Martinez Sala).

Nach der in der Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer entwickelten Begrifflichkeit ist Arbeitnehmer, wer während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisungen Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (zuletzt EuGH, 6.11.2003, Rs. C-413/01, Ninni-Orasche). **Der Erwägungsgrund 87 der DL-RL enthält eine davon abweichende problematische Negativ-Definition selbständiger Beschäftigung**, indem jede Tätigkeit, die nicht auf Unterordnung beruht, als „selbständig“ bezeichnet wird. Abgesehen davon, dass nicht klar ist, ob an eine „Unterordnung“ höhere Anforderungen gestellt werden als an „Weisungen“ und die wirtschaftliche Abhängigkeit unberücksichtigt bleibt, dürfte bei Verbleiben dieser Definition in der DL-RL der EuGH von einem DL-RL-spezifisch engen Arbeitnehmerbegriff ausgehen mit der Folge, dass mehr Beschäftigte aus dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerschutzes entzogen werden als dies jetzt z.B. im Anwendungsbereich der Bestimmungen zur Freizügigkeit der Fall ist.

Bestätigt wird diese Befürchtung durch Art. 16 Ziff. 2 lit. f), wonach die Anwendung bestimmter vertraglicher Vereinbarungen zur Regelung der Beziehungen zwischen Dienstleistungserbringer und -empfänger, die die selbständige Tätigkeit des Dienstleistungserbringers verhindern oder beschränken, untersagt ist. Die könnte z.B. im deutschen Sozialversicherungsrecht die Feststellung der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung in § 7 SGB IV betreffen, da dort weitergehend auf die wirtschaftliche Abhängigkeit abgestellt wird.

In der Entsende-Richtlinie ist vorgesehen, dass die Definition des Arbeitnehmerstatus am Arbeitsort gilt. Diese Definitionshoheit muss man auch bei der Umsetzung der DLRL beanspruchen und die dortigen Uneindeutigkeiten beheben zugunsten eines Arbeitnehmerbegriffs, der die wirtschaftliche Abhängigkeit ins Zentrum rückt.

9. Konsequenzen für betriebliche und gewerkschaftliche Interessenvertretung

Die Frage der Auswirkungen auf die betriebliche Interessenvertretung stellt sich in mehrfacher Hinsicht:

- **Beispiel Betriebsbegriff: Kann ein Dienstleistungserbringer, der sich mit seinen Mitarbeitern nach Deutschland begibt, hier als Betrieb angesehen werden?**

Für das BetrVG gilt das **Territorialitätsprinzip**, d.h. die Geltung des Gesetzes ist auf das Gebiet der Bundesrepublik beschränkt (BAG, 30.04.1987 – AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG). Zugleich sind aber daher für im Inland gelegene Betriebe ausländischer Unternehmen Betriebsräte zu wählen (BAG, 9.5.1959 – AP Nr. 3 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht). Die Staatsangehörigkeit sowohl der Unternehmensleitung als auch der Beschäftigten ist dabei ohne Bedeutung. Zugleich gilt das BetrVG als zwingendes Recht i.S.v. Art. 34 EGBGB unabhängig von dem Arbeitsvertragsrecht, das für die dort beschäftigten Arbeitnehmer gilt. Art. 3 Ziffer 2 DL-RL lässt die Bestimmungen des Internationalen Privatrechts und damit auch Art. 34 EGBGB ausdrücklich unangetastet.

Fraglich ist aber stets, ob die Voraussetzungen des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs erfüllt sein werden. Ein Betrieb i.S.v. § 1 BetrVG ist „eine organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher oder immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt

verfolgt“ (BAG, 09.12.1992 - 7 ABR 15/92, u.v.). Zugleich wird als Voraussetzung eine „gewisse **Dauer**“ des Betriebs erhoben (Fitting u.a., BetrVG, § 1, Rn. 77; GK-Kraft/Franzen, BetrVG, § 1, Rn. 42). Die Dauer kann aber durchaus mit einer zeitlichen Beschränkung verbunden sein. So hat das ArbG Berlin der Fraktion der PDS im Deutschen Bundestag den Status eines Betriebes i.S.d. BetrVG zugebilligt, auch wenn die Dauer auf die jeweilige Legislaturperiode begrenzt ist (ArbG Berlin, 17.01.2003 – 96 Ca 30440/02 – NZA-RR 2003, 656).

Das zweite im Zusammenhang mit der DL-RL wesentliche Begriffsmerkmal des Betriebes i.S.d. BetrVG ist das Vorhandensein einer **Leistungsorganisation**, die die Kernaufgaben im Bereich der personellen und sozialen Mitbestimmung wahrnimmt (BAG, 09.12.1992 - 7 ABR 15/92, u.v.; kritisch zur Verwendung dieses Merkmals DKK-Trümner, BetrVG, § 1, Rn. 46). Demnach könnte der Betriebsbegriff zumindest dann erfüllt sein, wenn diese Leitungsaufgaben auf dem Territorium der Bundesrepublik ausgeübt werden. Sind die Leitungsaufgaben dagegen im Herkunftsstaat angesiedelt, liegt kein Betrieb i.S.d. BetrVG vor. Bei ähnlichen Fallgestaltungen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland, z.B. einer Baustelle oder einem zu bewachenden Objekt, geht die Rechtsprechung dann auch nicht von Betrieben, sondern von bloßen Arbeitsstätten aus (BAG, 29.09.1988 – 2 AZR 107/88).

Fazit: Wenn zunehmend externe Dienstleister über längere Zeit in Deutschland tätig werden, ist über eine Neufassung des Betriebsbegriffs nachzudenken.

- **Beispiel: Wie können Beschäftigte, die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 48 EG in einen deutschen Betrieb mit bestehendem Betriebsrat entsandt werden, von diesem Betriebsrat vertreten werden und wie ist dieser Betriebsrat hinsichtlich der Rechte dieser Beschäftigten zu beteiligen?**

Hierbei kommt es auf die rechtliche Bewertung der Tätigkeit im Betrieb an.

Denkbar ist zunächst eine Entsendung im Wege der **Arbeitnehmerüberlassung**. Hier sind drei Formen zu unterscheiden:

- (a) die grenzüberschreitende konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung;
- (b) die Arbeitnehmerüberlassung durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen, das selbst kein Leiharbeitsunternehmen ist, aber (ggf. durchaus in größerem Umfang) Arbeitnehmerüberlassung betreibt;
- (c) die Arbeitnehmerüberlassung durch ein Leiharbeitsunternehmen.

Die DL-RL nimmt gem. ihrem Art. 2 Ziffer 2.cb) nur die Variante (c) aus ihrem Anwendungsbereich heraus; für die Varianten (a) und (b) findet die DL-RL uneingeschränkt Anwendung. § 7 Satz 2 BetrVG sieht vor, dass die dem Betrieb zur Arbeitsleistung überlassenen Arbeitnehmer wahlberechtigt sind, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden sollen. Dabei gilt § 7 Satz 2 BetrVG für alle drei Varianten der Arbeitnehmerüberlassung (BAG, 10.03.2004 – NZA 2004, 1340). Auch hier sind wiederum die Staatsangehörigkeit und die arbeitsvertragliche Situation der Leiharbeitnehmer ohne Bedeutung. Zugleich hat das BAG allerdings entschieden, dass Leiharbeitnehmer bei der Bemessung der Größe des Betriebsrats gem. § 9 BetrVG nicht zu berücksichtigen sind (BAG, 16.04.2003 – AuR 2003, 188).

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitnehmern bei einer grenzüberschreitenden Entsendung hängen wiederum von der jeweiligen Leiharbeitsvariante ab. Für die Varianten (b) und (c) findet das AÜG uneingeschränkt Anwendung; hier verweist § 14 Abs. 3 AÜG auf die Beteiligungsrechte nach §§ 99 ff. BetrVG, die durch die Rechtsprechung des BAG noch näher konkretisiert worden sind. Anders sieht dies bei der konzerninternen Leiharbeit aus, für die nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG das AÜG keine Anwendung findet.

Weiterhin denkbar ist eine Entsendung in Ausübung eines **Werkvertrages**.

Die hierbei auftretenden Abgrenzungsprobleme sind v.a. tatsächlicher Natur, da die vertragliche Gestaltung (Arbeitnehmerüberlassung oder Werkvertrag) nicht von Belang ist. Entscheidend ist u.a., ob die wesentlichen Arbeitgeberbefugnisse, insbesondere das arbeitsvertragliche Weisungsrecht, gegenüber den Beschäftigten außerhalb des Betriebes (dann Werkvertrag) oder innerhalb des Betriebes (dann Arbeitnehmerüberlassung) ausgeübt werden. Ein Weisungsrecht im Einzelfall ist dabei unschädlich, solange der Werkvertragsunternehmer die zur Erreichung seines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen organisiert und dem Auftraggeber für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste verantwortlich bleibt (BAG, 06.08.2003 – 7 AZR 180/03 – BB 2004, 669). Auf die Staatsangehörigkeit der Beschäftigten kommt es auch hier nicht an.

Der vornehmlich von Däubler (AiB 2001, 684 ff.) vertretenen Auffassung, wonach alle Formen der drittbezogenen Beschäftigung, d.h. auch der Einsatz im Rahmen eines Werkvertrages, konnte sich die herrschende Meinung bisher nicht anschließen; dort ist vielmehr eine Begrenzung auf die Arbeitnehmerüberlassung in allen Gestaltungsformen erkennbar. Für die Beteiligung nach §§ 99 ff. BetrVG macht die Rechtsprechung wiederum die Eingliederung in die betrieblichen Arbeitsabläufe zum Maßstab.

Fazit: Es müssen Lösungen gefunden werden, dass vom Ausland entsandte Beschäftigte in einem Betrieb ab einer bestimmten zeitlichen Dauer von der betrieblichen Interessenvertretung erfasst werden, dass sie wählen aber auch zählen müssen soweit es die Zusammensetzung des Betriebsrates angeht.

Im Rahmen von Dienstleistungsaufträgen beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer brauchen – ähnlich wie Unternehmen – klare Ansprechstellen in ihren jeweiligen Einsatzländern, an die sie sich mit Problemen und Fragen wenden können.

➤ **Gewerkschaftliche Interessenvertretung**

Art. 1 Ziff. 7 stellt die gewerkschaftliche Interessenvertretung unter den Vorbehalt der „*Wahrung des Gemeinschaftsrechts*“. Anders als beim Individualarbeitsrecht (Art. 1 Ziffer 6), wo z.T. Zuständigkeiten des Gemeinschaftsorgane bestehen (Antidiskriminierung, Betriebsübergang, Massenentlassungen, Arbeitszeit, technischer Arbeitsschutz), ist im kollektiven Arbeitsrecht außerhalb dessen, was nach deutschem Recht Teile des Betriebsverfassungsgesetzes beinhaltet⁷, insbesondere im Tarifvertragsrecht keine Zuständigkeit der EU gegeben. Dies folgt unmittelbar aus Art. 137 Abs. 5 EG, wonach die Regelungsfelder „Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht, Streikrecht sowie Aussperrungsrecht“ von der sozialpolitischen Kompetenz der EG ausgenommen sind. Vielmehr hat die EU hier in Bezug auf das „*Koalitionsrecht und Kollektivverhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*“ nur das Recht gem. Art. 140 Satz 1 7. Spiegelstrich EG, die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten zu fördern. Insofern ist der Hinweis auf die „*Wahrung des Gemeinschaftsrechts*“ brisant (mindestens missverständlich), da im Zweifelsfall nationales Tarifvertrags- und Arbeitskämpfrechts der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit untergeordnet würde.

Derzeit ist es auch möglich, unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut ausländische Arbeitsverhältnisse durch deutsche Tarifverträge zu erfassen, da § 3 Abs. 1 TVG allein auf die Verbands(=Gewerkschafts-)zugehörigkeit und nicht auf das Arbeitsvertragsstatut abstellt (Däubler/Däubler, TVG, Einl. Rn. 617 ff. mwNw). Dies bedarf dann aber einer ausdrücklichen Regelung im Tarifvertrag. Damit sind auch die koalitionspezifischen Betätigungsrechte, die aus Art. 9 Abs. 3 GG folgen, gegenüber diesen Arbeitnehmern ausgeübt werden können,

⁷

(Art. 137 Abs. 1 Buchstabe e) EG: „*Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer*“ sowie als Sekundärrechtsakte Richtlinie zur Anhörung von Arbeitnehmer; Richtlinie zum Europäischen Betriebsrat)

zulässig (wie hier Däubler/*Däubler*, TVG, Einl. Rn. 623), so dass die Herbeiführung derartiger Regelungen auch Gegenstand von Arbeitskampfmaßnahmen sein kann. Es wäre fatal, wenn dies unter dem generellen Vorbehalt der Dienstleistungsfreiheit stünde. **Dies muss in der nationalen Umsetzung klar- und sichergestellt werden.**

IV. Rechtssicherheit für Dienstleister, Verbraucher und Umwelt

Wesentliche Aspekte:

- Der neue Artikel 16 schafft verschiedenes Recht an ein- und demselben Dienstleistungsort, etwa bei Zulassung und Haftung.
- Die DLRL verstärkt Missbrauchsmöglichkeiten zwischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Eine Klarstellung kann die gesetzliche Präzisierung einer „vorübergehenden Tätigkeit“ im deutschen Gesellschaftsrecht bieten.
- Die Einschränkung der Strafbarkeit führt zu Inländerdiskriminierung und ist verfassungswidrig.
- Kontrollen können nur über eine klare Informationsgrundlage der Tätigkeiten externer Dienstleister überhaupt wirksam werden.
- Die Zuständigkeit bei der Kontrolle der Berufshaftpflicht oder bei Arbeitsunfällen von externen Dienstleistern muss geregelt werden.
- Die Arbeitsteilung bei der Kontrolltätigkeit zwischen Behörden im Zielland und Behörden im Herkunftsland brauchen klare Ausführungsbestimmungen.

10. Neue Unsicherheiten bezüglich der geltenden Rechtsvorschriften für Dienstleistungsunternehmen in Deutschland (Artikel 16 und 17 DLRL)

Mit der Ersetzung des Herkunftslandprinzips durch das Gebot der Dienstleistungsfreiheit in Art. 16 DL-RL ist keineswegs erreicht worden, dass nunmehr das Ziellandprinzip gilt. Vielmehr dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 16 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 3 DL-RL auf bei ihnen tätige Dienstleistungserbringer aus dem EU-Ausland ihre nationalen Vorschriften nur unter bestimmten **Voraussetzungen** anwenden, die einer Überprüfung durch die Kommission (z.B. zwecks Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren) und den EuGH (z.B. im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen) zugänglich sind. Diese Voraussetzungen sind:

- Diskriminierungsfreiheit;
- Erforderlichkeit;
- Verhältnismäßigkeit;
- Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Umweltschutzes.

Auch dürfen die mitgliedstaatlichen Bestimmungen über Beschäftigungsbedingungen einschließlich solcher aus Tarifverträgen angewandt werden (Art. 16 Ziff. 3 Satz 2 DL-RL).

Folgende Beispiele können die Auswirkungen des Art. 16 in der derzeitigen Fassung illustrieren:

- Ein Konsortium selbständiger polnischer Fleischzerleger bietet einem deutschen Schlachthof an, im Rahmen eines Werkvertrages zunächst für sechs Monate sämtliche Zerlegearbeiten zu übernehmen. Es handelt sich hierbei um ein handwerksähnliches Gewerbe gem. Anlage B2 Ziff. 43 zur HandwO, so dass weitere Zulassungsvoraussetzungen nicht bestehen. Das Zerlegen von Fleisch gehört nicht zu den Bereichen, in denen zwischen der EU und Polen eine Übergangsfrist hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit vereinbart ist (anders als das Baugewerbe, die Gebäudereinigung und Innendekoration). Daher könnten die polnischen Fleischzerleger auch als Arbeitnehmer arbeitserlaubnisfrei in Deutschland tätig werden.

Eine Registrierung des Tätigwerdens ist nicht erforderlich. Die baden-württembergische Landesregierung ist in Beantwortung einer Anfrage der CDU-Landtagsfraktion (LT BW Drs. 13/4149 vom 16.03.2005) davon ausgegangen, dass in derartigen Fällen eine Anmeldung nach § 14 GewO erfolgen muss. Das könnte aber nun aufgrund Art. 16 Ziff. 2 lit. b) fraglich sein.

Die Qualifizierung als selbständig tätige Dienstleister ist zwar zweifelhaft, aber nach Art. 16 Ziff. 2 lit. d) ist die Bundesrepublik daran gehindert, eine entsprechende Qualifizierung der polnischen Sozialversicherungsbehörden (Bescheinigung E 101) anzuzweifeln. Dementsprechend finden auch deutsche Regelungen zum Arbeitsschutz oder zu Arbeitszeitregelungen keine Anwendung.

Die polnischen Fleischzerleger bringen ihre eigenen Werkzeuge mit, die Ausrüstungsgegenstände i.S.v. Art. 16 Ziff. 2 lit. f) sind. Sofern hier in Deutschland höhere Anforderungen an die Gegenstände gestellt würden, müssten die deutschen (Gesundheits)behörden nachweisen, dass diese gerechtfertigt sind (Art. 16 Ziff. 3 DL-RL) oder die polnischen Bestimmungen unzureichend sind (Art. 18 Ziff. 2 lit. c DL-RL).

Der Vertrag zwischen den polnischen Fleischzerlegerkonsortium und dem Schlachthof ist nach polnischem Recht geschlossen worden; eine etwaige Haftung der polnischen Fleischzerleger richtet sich daher auch nach polnischem Recht.

- Ein deutscher Automobilhersteller erhält von seiner Konzernmutter die Anweisung, aus Kostengründen für einen Teil seiner Produktion (Einbau von Sitzen und Inneneinrichtung) in Werken von Nordrhein-Westfalen auf Arbeitnehmer/innen einer portugiesischen Konzerntochter zurückzugreifen, zumal dort personelle Überkapazitäten bestehen. Nach einer Weile stellt sich heraus, dass der Einbau der Sitze Probleme bereitet. Daher bietet der gleichfalls in Portugal ansässige Sitzhersteller an, den Einbau durch von ihm zu stellendes Personal vorzunehmen.

In beiden Fällen handelt es sich nicht um „*Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen*“ gem. Art. 2 Ziff. 2 lit. e) der DL-RL, so dass die DL-RL vollumfänglich gilt. Eine Genehmigungs- oder Registrierungspflicht entfällt, da entweder das AÜG wegen Abs. 3 Nr. 2 AÜG nicht anzuwenden ist oder ein ohnehin registrierungsfreier Werkvertrag vorliegt.

Die Arbeitnehmer werden nach portugiesischen Vertragsgrundlagen vergütet. Deutsche Tarifverträge finden mangels vertraglicher oder gesetzlicher Grundlage keine Anwendung. Dies gilt auch für Arbeitszeitregelungen, da das AEntG hier keine Anwendung findet.

Zwar ist der Arbeitsschutz weitgehend EU-weit harmonisiert, doch verwenden die portugiesischen Beschäftigten des Sitzherstellers aufgrund der vorgenannten Probleme eigenes Werkzeug, das deutschen DIN-Anforderungen nicht entspricht.

Der Betriebsrat des Automobilwerkes ist nach § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG über das Tätigwerden der portugiesischen Beschäftigten informiert worden. Die Werksleitung geht davon aus, dass eine Eingliederung in die betrieblichen Abläufe nicht gegeben ist, da beide Gruppen ihre eigenen Vorarbeiter mitbringen und sich auch nur von diesen Weisungen geben lassen. Deswegen hat die Werksleitung den Betriebsrat auch nicht um Zustimmung gem. § 99 BetrVG ersucht (das wäre bzgl. der Beschäftigten des Sitzherstellers zutreffend, wenn es sich wirklich um einen

Werkvertrag handeln würde (BAG, 05.05.1992 – 1 ABR 78/91 – DB 1992, 1936; bei Konzernleihe muss hingegen nach § 99 BetrVG beteiligt werden). Außerdem ist die Werksleitung der Ansicht, der Betriebsrat habe bei der Arbeitszeit und dem Arbeitsschutz der portugiesischen Beschäftigten nicht mitzureden (auch hier ist dies bezügl. der Beschäftigten des Sitzherstellers zutreffend; i.Ü. ist hier die Aufzählung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus Platzgründen nicht vollständig).

11. Rechtsunsicherheiten und Missbrauchsmöglichkeiten aufgrund mangelnder Abgrenzung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit

Grundsätzlich sind **zwei Gefahrenpotentiale** denkbar:

a)

Ein Anbieter beruft sich zu Unrecht auf die Niederlassungsfreiheit, indem er in der Bundesrepublik mit einfachsten Mitteln (z.B. gemieteter Telefonanschluss) eine Niederlassung gründet, um Zugang zu bestimmten regulierten Märkten zu erhalten, für die eine Niederlassungs- bzw. Residenzpflicht vorgesehen ist.

b)

Wahrscheinlicher ist aber die Variante, dass ein ausschließlich deutscher Anbieter seinen „*offiziellen*“ Gesellschaftssitz im europäischen Ausland hat, um von dort aus unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit ausschließlich in Deutschland Leistungen zu erbringen, ohne deutsche Regelungen zu Mindestkapital und Haftung ggü. Gläubigern einschließlich Arbeitnehmern zu beachten. Praktischer Hauptanwendungsfall ist derzeit das Tätigwerden britischer Ltd.s auf dem deutschen Markt mit dem Ziel, unter Umgehung der Vorschriften zur Errichtung einer GmbH dennoch eine Haftungsbeschränkung sicherzustellen.

Zur **Abgrenzung** der Niederlassungs- von der Dienstleistungsfreiheit nennt der EG-Vertrag drei objektive Kriterien, die für eine Niederlassung kumulativ vorliegen müssen:

- eine feste und dauerhafte Einrichtung (nicht bloß eine Baustelle);
- der Umfang der tatsächlichen Benutzung der Einrichtung (keine Briefkastenfirma);
- der örtliche Schwerpunkt einer ständig ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit (Tiedje/Troberg in von der Groeben/Schwarze, Art. 43 EG, Rn. 7).

Allerdings sind diese Abgrenzungsmerkmale durch die Rechtsprechung des EuGH deutlich aufgeweicht worden, namentlich deshalb, weil der EuGH der v.a. aus dem angelsächsischen Recht bekannten **Gründungstheorie** folgt, während im Gesellschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland bislang die **Sitztheorie** herrschend war. Die Gründungstheorie besagt, dass sich die Regularien für die Anerkennung einer Gesellschaft als juristischer Person nach dem Recht des Staates ausrichten, in dem sie gegründet wurde, und zwar unabhängig vom späteren lokalen Tätigkeitsschwerpunkt. Hingegen stellt die Sitztheorie auf das Recht des tatsächlichen Verwaltungssitzes ab. Entsprechend den grundsätzlichen Vorgaben aus der Gründungstheorie hat der EuGH in Auslegung der Elften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die Offenlegung von Zweigniederlassungen (Richtlinie 89/666/EWG) Folgendes entschieden:

Die Anwendung der deutschen Regelungen zum Mindestkapital und zur Gesellschafterhaftung verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit, auch wenn die Gesellschaft in dem Mitgliedstaat, indem sie ihren Sitz laut Gründungsvertrag hat, keinerlei Tätigkeit ausübt, sondern vielmehr nur am Sitz der Zweigniederlassung tätig ist (EuGH. 30.09.2003 – C-167/01 – NJW 2003, 3331). Will ein Mitgliedstaat hiergegen vorgehen, muss er einen konkreten Missbrauch der Niederlassungsfreiheit beweisen.

Die deutsche Rechtsprechung ist seither schwankend: Z.T. werden regelmäßige Behandlungen eines seit „Ruhen“ seiner Approbation angeblich im EU-Ausland ansässigen Arztes in einer dauerhaft in Deutschland ansässigen Praxis als „vorübergehende Dienstleistung“ i.S.v. Art. 50 EG angesehen (BGH, 13.10.2005 – 3 StR 385/04 – NJW 2005,

3732), andererseits wurde die Tätigkeit eines mit einer englischen Ltd. in Belgien und den Niederlanden ansässigen Steuerberaters in Deutschland aus Missbrauchsgründen nicht als „vorübergehend“ eingestuft (FG Köln, 10.05.2006 – 11 K 1050/06 – StR 2006, 549). Angesichts dessen, dass Art. 1 Ziff. 5 DL-RL auch das Strafrecht der Dienstleistungsfreiheit unterstellt, wäre die Bekämpfung derartiger Missbrauchs- und Umgehungstatbestände in Frage gestellt.

Fazit: Es muss gesetzlich klargestellt werden, nach welchen Kriterien eine Tätigkeit nur vorübergehend ist bzw. wann sie dauerhaft ist und damit unter das deutsche Niederlassungsrecht fällt.

12. Schwachstelle: Kontrollen und Registrierung externer DL-Unternehmen

Die Frage einer wirksamen Erfassung, Kontrolle und nötigenfalls Sanktionierung der nach Deutschland entsendenden Arbeitgeber stellt eine Schlüsselfrage bei der Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in nationales Recht dar.

Die nach Art. 1 Abs. 5. des Gemeinsamen Standpunktes vorgesehene Einschränkung **der Strafbarkeit im Ausland niedergelassener, aber hier tätig werdender Dienstleistungserbringer auf Tatbestände allgemeiner Kriminalität darf nicht umgesetzt werden**. Sie verstößt gegen die in den Verträgen fixierte Aufgabenverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union. Sie wäre außerdem klar grundgesetzwidrig, weil durch die Nichtanwendung dienstleistungsspezifischen Strafrechtes auf diese Gruppe die Gleichheit vor dem Gesetz beseitigt würde und jeder deutsche einschlägige Straftäter anschließend erfolgreich gegen seine Bestrafung vorgehen könnte mit dem rechtspolitisch unsinnigen Ergebnis, dass das gesamte Spezialstrafrecht allgemein unanwendbar würde.

Die Ausgestaltung des von der Richtlinie geforderten „**einheitlichen Ansprechpartners**“ ist so vorzunehmen, dass bereits bei der Anmeldung wesentliche Daten erfasst werden. Nur so kann die Grundlage für die Überwachung und Kontrolle des Dienstleistungserbringers während seiner Tätigkeit gewährleistet werden.

Es muss gesetzlich festgelegt werden, dass folgende Daten vor dem jeweiligen Tätigkeitsbeginn erfasst und entweder direkt bearbeitet oder an die zur Überwachung jeweils geeigneten bzw. gesetzlich dafür zuständigen Stellen weitergeleitet werden:

- Genaue Firmendaten einschließlich Handelsregisternummer und –gericht des Herkunftslandes der Firma; hierzu sollte eine automatische Regelanfrage beim heimischen Registergericht vorgesehen werden.
- Verantwortliche Person mit Adresse in Deutschland, an die rechtswirksam Zustellungen vorgenommen werden können
- Genaue Anschrift des Ortes, an welchem die Dienstleistung erbracht wird
- Genaue Art, Zeitraum und Inhalt der Tätigkeit
- Vertraglicher Auftraggeber und Vertragstypus
- Kalendermäßig bestimmter voraussichtlicher Einsatzzeitraum, Name, Vorname, Geburtsdatum, Nationalität und Heimatanschrift entsandter Arbeitnehmer; bei entsandten Drittstaatsangehörigen muss zusätzlich die Arbeitserlaubnis des Herkunftslandes der Firma vorgelegt werden.
- Inländische Umsatzsteuernummer, falls bereits hier tätig gewesen (anderenfalls wird diese über den einheitlichen Ansprechpartner beantragt)
- Entsendebescheinigungen der heimischen Sozialversicherung (E-Formulare) für die jeweils entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder alternativ eine Anmeldung bei der deutschen Sozialversicherung müssen vorgelegt werden.

- bei Arbeitnehmerverleih: liegt eine Erlaubnis der BA vor? Falls nein, muss die Tätigkeit abgelehnt werden.
- bei Bautätigkeiten: Erfassung aller für die Urlaubskasse relevanten Daten und deren Weiterleitung an die Sozialkassen im Baugewerbe.
- bei genehmigungspflichtigen Tätigkeiten aller Art: liegen die Nachweise der entsprechenden fachlichen Voraussetzungen vor? Falls nein, muss die Tätigkeit mit Sofortvollzug untersagt werden können.

Die nicht ordnungsgemäße Erfüllung dieser Anmeldepflichten und das Tätigwerden ohne Erfüllung der Anmeldepflichten sollten eigenständig unter Strafe gestellt werden. Ein Betätigungsverbot bei Wiederholung sollte vorgesehen werden. Schließlich sollten Verstöße gegen diese Auflagen erfasst und mehrjährig dokumentiert werden.

Die Daten des Einheitlichen Ansprechpartners müssen für die Kontroll- und Strafverfolgungsbehörden und alle weiteren für Einzelaspekte der Tätigkeit zuständigen Stellen (z.B. Finanzämter, Beitragseinzugsstellen) jederzeit im automatisierten Verfahren zuständig sein. Es ist zu klären, wer – wenn nicht die „einheitliche Ansprechstelle“ - das Vorliegen einer Berufshaftpflichtversicherung feststellt und was im Falle von Arbeitsunfällen konkret zu geschehen hat.

Weiterhin bestehen erhebliche Unklarheiten bezüglich der Zuständigkeiten der Behörden zwischen Zielland und Herkunftsland.

*

*

*