

Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Franzen, Inken Gallner, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Justizministerium Baden-Württemberg, und Prof. Dr. Hartmut Oetker, Richter am Thüringer Oberlandesgericht, Prof. Dr. Clemens Höpfner, Prof. Dr. Christoph Kietaibl, Prof. Dr. Thomas Klindt, Rechtsanwalt und Fachanwalt im Verwaltungsrecht, Oliver K. Klose, Richter am Bundesarbeitsgericht, Prof. Dr. Sebastian Kolbe, Prof. Dr. Sebastian Krebber, LL.M., Prof. Dr. Jochen Mohr, Richter am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Robert Rebhahn, Dr. Michael Reiner, Prof. Dr. Martin Risak, Dr. Felix Schörghofer, Rechtsanwaltsanwärter, Prof. Dr. Claudia Schubert, Dr. Carsten Schucht, Rechtsanwalt, Karin Spelge, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer, Prof. Dr. Christoph Weber, Prof. Dr. Michaela Windisch-Graetz, und Dr. Regine Winter, Richterin am Bundesarbeitsgericht

2. Auflage 2018. Buch. Rund 2560 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71190 9

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Europarecht , Internationales Recht, Recht des Auslands > Europarecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

der Arbeitnehmer verbunden ist. Sinn und Zweck des Insolvenzgeldes ist aber der Ausgleich für nicht gezahltes Arbeitsentgelt.

Fraglich ist von ihrer Ausgestaltung her die Zuordnung des **Arbeitslosengeldes II**. Hier sind erhebliche sozialhilferechtliche Elemente festzustellen, die entweder zu einer Nichtanwendung der Verordnung führen oder aber zur Qualifizierung als besondere beitragsunabhängige Geldleistungen nach Art. 70 VO (EG) Nr. 883/04, was dann zur Anwendung der Verordnung führt. Hier ist auf Anhang X zur Verordnung zu verweisen, wonach darunter Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitssuchende fallen, soweit für diese Leistungen nicht dem Grunde nach die Voraussetzungen für den befristeten Zuschlag nach Bezug von Arbeitslosengeld (§ 24 I SGB II) erfüllt sind. In der jüngsten Entscheidung in der Rs. *Dano* fasst der EuGH derartige Leistungen unter „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ (EuGH 11.11.2014 – C-333/13 *Dano*, NZS 2015, 20 ff.).

Regelmäßig ist die **Bezugsdauer von Geldleistungen bei Arbeitslosigkeit zeitlich begrenzt** und umfasst zumeist einen Leistungszeitraum von einem halben Jahr bis zu zwei Jahren (MISSOC Vergleichende Tabellen X. Arbeitslosigkeit – Vollarbeitslosigkeit, 2. Leistungen – Dauer der Leistungen). Das gibt Anlass, bei der Leistungsberechnung nicht den komplizierten und umfassenden Ansatz wie bei der Rentenberechnung zu wählen. Art. 62 VO (EG) Nr. 883/04 bestimmt deshalb, dass der Träger, bei dem der Arbeitnehmer unmittelbar zuvor Versicherungs- oder Beschäftigungszeiten zurückgelegt hat, grds. nur die Entgelte in seinem Staat zugrunde zu legen hat, sofern sich die Leistungshöhe nach dem früheren Entgelt bemisst. Man mag über den Sinn dieses Prinzips streiten (Fuchs/*Fuchs* Art. 62 Rn. 2); es lässt sich aber insbesondere der Gedanke der Praktikabilität anführen.

Andererseits geht es auch um die Frage, ob diese Bezugsdauer aus dem jeweiligen nationalen System auch gelten soll, wenn ein **Arbeitsloser sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort Arbeit zu suchen**. Die Gewährung von Geldleistungen bei Arbeitslosigkeit ist üblicherweise verbunden mit der Verfügbarkeit für Bemühungen, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. In Deutschland kommt dies in dem Erfordernis der Verfügbarkeit nach §§ 138 f. SGB III zum Ausdruck. Angesichts der grds. Begrenztheit der öffentlichen Arbeitsvermittlung auf das jeweilige Inland stellt sich dann die Frage, ob Leistungen bei Arbeitslosigkeit auch beim Wechsel in einen anderen Mitgliedstaat weitergezahlt werden können bzw. sollen. Zwar sieht die VO 492/2011 Maßnahmen vor, die der Schaffung eines europäischen Arbeitsmarktes nahekommen, eine europaweite Arbeitsvermittlung verbunden mit einer Einbindung ins Leistungsrecht ist aber noch nicht möglich. Art. 64 VO (EG) Nr. 883/04 bestimmt deshalb, dass der Arbeitslose vor seiner Abreise in einen anderen Mitgliedstaat mindestens vier Wochen nach Beginn der Arbeitslosigkeit bei der Arbeitsverwaltung des zuständigen Staates als Arbeitsloser gemeldet gewesen sein und dieser zur Verfügung gestanden haben muss. In dem Staat, in den sich der Arbeitslose dann begibt, muss er sich arbeitslos melden und sich der dortigen Kontrolle unterwerfen. Auf diese Weise ist an sich die Verfügbarkeit lückenlos sichergestellt. Gleichwohl endet der Leistungsanspruch drei Monate nach Verlassen des ersten Mitgliedstaates; allerdings kann der Träger dieses Staates bzw. die zuständige Arbeitsverwaltung diesen Zeitraum auf sechs Monate verlängern. Er wird nur dann weitergewährt, wenn der Arbeitslose vor Ablauf dieses Zeitraums zurückkehrt. Gegen diese zeitliche Begrenzung mag geltend gemacht werden, dass sichergestellt wird, dass der Arbeitslose ohne Unterbrechung einer Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht und deshalb die Gefahr eines Missbrauchs gering ist. Darüber hinaus kann es arbeitsmarktpolitisch durchaus sinnvoll sein, einem Arbeitslosen einen längeren Zeitraum für die Arbeitssuche in einem anderen Mitgliedstaat einzuräumen. Der EuGH hat diese zeitliche Begrenzung allerdings in st.Rspr. als für mit europäischem Gemeinschaftsrecht vereinbar angesehen (s. nur EuGH 16.5.1991 – C-272/90 – van Noorden, Slg. 1991, SozR3 6050 Art. 67 EWGV Nr. 1408/71 Nr. 1 = BeckRS 2004, 75874; 8.4.1992 – C-62/91 – Gray, Slg. 1992 = BeckRS 2004, 77632). Dabei bringt er zum Ausdruck, dass der Rat es für notwendig erachtet habe, „den Anspruch auf Leistungen

bei Arbeitslosigkeit von Arbeitnehmern, die eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat als dem suchen, in dem sie unmittelbar zuvor gearbeitet oder Beiträge gezahlt haben, von Voraussetzungen abhängig zu machen, die zum Ziel haben, die Arbeitssuche im Mitgliedstaat der letzten Beschäftigung zu fördern, diesen Staat die Leistungen bei Arbeitslosigkeit tragen zu lassen und schließlich sicherzustellen, dass diese Leistungen nur denjenigen gewährt werden, die tatsächlich eine Beschäftigung suchen“. Mit der Festlegung solcher Voraussetzungen habe der Rat von seinem Ermessensspielraum in zulässiger Weise Gebrauch gemacht (EuGH 8.4.1992 – C-62/91 – Gray, Slg. 1992 = BeckRS 2004, 77632). Der Gerichtshof stellt also einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Zuständigkeitsregelung des Art. 61 VO (EG) Nr. 883/04 und der zeitlichen Begrenzung her. Dies ist rechtlich nachvollziehbar, in einem zusammenwachsenden europäischen Arbeitsmarkt aber zumindest arbeitsmarktpolitisch problematisch. Die Europäische Kommission erwägt im Rahmen einer anstehenden Reform des Koordinierungssystems eine verlängerte Bezugsdauer vorzuschlagen.

- 77 **5. Familienleistungen.** Familienleistungen iSd Verordnung sind gem. Art. 1 lit. z VO (EG) Nr. 883/04 alle Sach- oder Geldleistungen, die zum Ausgleich von Familienlasten bestimmt sind. Es handelt sich dabei um Leistungen, die zum Ausgleich der Unterhaltsverpflichtungen der Berechtigten gegenüber ihren Kindern gewährt werden. Nach deutschem Recht kommen als Familienleistungen iSd Verordnung das Kindergeld (EuGH 12.6.1997 – C-266/95 – García, Slg. 1997, I-3279) und das Elterngeld in Betracht. Gerade bei letzterem ergibt sich eine Verbindung zum Arbeitsrecht. Leistungen an das Kind selbst stellen keine Familienleistungen dar; selbst dann nicht, wenn ansonsten die Eltern Leistungen erbringen müssten (zum Recht der Familienleistungen nach der VO (EG) Nr. 883/04 vgl. Marhold/Marhold, Das neue Sozialrecht der EU, 55 ff.). Eine Familienleistung kann auch dann von dem Wohnsitzstaat zu gewähren sein, wenn die Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt wird (EuGH 20.5.2008 – C-352/06 – Bosmann, Slg. 2008, I-3827 ff. = DStRE 2009, 1251).
- 78 Seit dem Jahressteuergesetz 1996 (BGBl. I 1250) ist das **Kindergeld** stärker in das Steuerrecht eingebunden. Nach den §§ 62 ff. EStG können solche Betroffenen Kindergeld beantragen, die in Deutschland wohnen, sich dort gewöhnlich aufhalten oder dort unbeschränkt einkommenssteuerpflichtig sind. IRd Veranlagung zur Einkommenssteuer wird zudem gem. § 32 EStG ein Kinderfreibetrag berücksichtigt, allerdings nur dann, wenn eine entsprechende Entlastung nicht bereits durch das ausgezahlte Kindergeld erreicht ist. Das Kindergeld wird danach nicht mehr als Sozialleistung, sondern vielmehr als Steuervergütung gewährt (§ 31 S. 3 EStG) (vgl. auch Seewald/Felix, Kindergeldrecht § 62 Rn. 1, 4). Ein Dualismus zwischen Steuerrecht und Geldleistung ist jedoch insoweit erhalten geblieben, als das Kindergeld seiner Funktion nach als Geldleistung im Voraus auf eine einkommenssteuerrechtliche Kinderentlastung anzusehen ist. Kindergeld und Freibetrag dienen danach vorrangig dem Ziel, das Existenzminimum des Kindes steuerlich freizustellen (§ 31 S. 1 EStG). Neben diesem steuerrechtlichen Kindergeld nach dem EStG wird auch weiterhin ein sozialrechtliches Kindergeld nach dem BKGG gewährt. Darauf haben allerdings nur diejenigen Personen Anspruch, die nicht unbeschränkt steuerpflichtig sind oder als Waisen Kindergeld für sich selbst erhalten (§ 1 BKGG). Aus der Sicht des europäischen Freizügigkeitsrechts ist es konsequent, es für die Erfassung durch das koordinierende Sozialrecht nicht darauf ankommen zu lassen, ob eine Leistung nach nationalem Recht sozialrechtlich oder steuerrechtlich ausgestaltet ist. Die Gewährung von Kindergeld gem. §§ 62 ff. EStG kann deshalb als Familienleistung iSd Verordnung angesehen werden. Faktisch ändert die Einstufung als Steuervergütung nichts an der Gewährung des Kindergeldes für die Betroffenen, die das Kindergeld nach wie vor als monatliche Geldzahlung erhalten. Das gilt demnach auch für das sozialrechtliche Kindergeld nach dem BKGG. Der neben dem Kindergeld gem. §§ 62 ff. EStG gewährte Freibetrag iSd § 32 EStG fällt hingegen nicht in den Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 883/04, sondern ist vielmehr als

steuerliche Vergünstigung iSd Art. 7 II VO (EG) Nr. 492/2011 anzusehen (vgl. Fuchs/Schuler Art. 6 Rn. 12). § 17 BKGG betont dies ausdrücklich, indem den Personen, die vom persönlichen Geltungsbereich der Verordnung erfasst werden, Gleichbehandlung garantiert wird; darüber hinaus ist bestimmt, dass auch im Übrigen die Bestimmungen der einschlägigen europäischen Verordnungen unberührt bleiben (vgl. auch Oetker/Preis/Eichenhofer, EAS B 9200, Rn. 43).

Das **Elterngeld** dient vorrangig einer Unterstützung und Förderung der Eltern, sich 79 ihren Kindern zu widmen. Anspruchsvoraussetzungen sind nach § 1 I BEEG regelmäßig neben der tatsächlichen Betreuung und Erziehung eines Kindes ein inländischer Wohnsitz bzw. Aufenthalt, das gemeinsame Zusammenleben mit dem Kind in einem Haushalt und die Nichtausübung einer vollen Erwerbstätigkeit. Eine Kausalität zwischen Betreuung/Erziehung des Kindes und Nichtaufnahme einer vollen Erwerbstätigkeit ist nicht erforderlich. Gem. § 10 BEEG ist das Elterngeld jedoch ggf. auf den Bezug anderer einkommensabhängiger Sozialleistungen anzurechnen (insbesondere auf Sozialhilfe und Arbeitslosengeld II, § 10 V BEEG). Ein Anspruch ist ausgeschlossen, wenn die Einkommensgrenze des § 1 VIII BEEG überschritten wird. Gem. § 1 III BEEG ist es nicht erforderlich, dass es sich um ein leibliches Kind des Leistungsberechtigten handelt. Sofern eine Erwerbstätigkeit aufgenommen wird, darf diese nach § 1 VI BEEG 30 Wochenstunden im Monat durchschnittlich nicht überschreiten. Für Ausländer, die nicht freizügigkeitsberechtigt sind, ist ein Anspruch gem. § 1 VII BEEG grds. ausgeschlossen. Art. 1 lit. z VO (EG) Nr. 883/04 versteht unter „Familienleistungen“ alle Sach- und Geldleistungen, die zum Ausgleich von Familienlasten bestimmt sind. Damit ist mehr die Kompensation wirtschaftlicher Nachteile durch die Betreuung von Kindern zu verstehen; aus diesem Grund hat der EuGH bsw. einen luxemburgischen Kinderbonus dem Recht der Familienleistungen zugeordnet (EuGH 24.10.2013 – C-177/12). Beim Elterngeld geht es aber um ein besonderes Angebot des Gesetzgebers an die Eltern, sich zur Kinderbetreuung eine Zeitlang aus dem Erwerbsleben zurückziehen zu können (s. dazu auch Oetker/Preis/Eichenhofer EAS B 9200, Rn. 11; Steinmeyer SDSRV, Bd. 36, 1992, 189 f.). Eine klassische Familienleistung ist das deutsche Elterngeld nach dem BEEG demnach nicht. Dennoch zeigt der Rückschluss aus § 1 VII BEEG bereits, dass der deutsche Gesetzgeber davon ausgeht, dass freizügigkeitsberechtigten Ausländern ein Anspruch auf Elterngeld haben können. Dieser Einschätzung des Gesetzgebers ist insbesondere im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Hoever und Zachow* zuzustimmen (EuGH 10.10.1996 – C-245/94 – Hoever und Zachow, NJW 1997, 43 ff.). Zwar erging die Entscheidung noch zu der Frage, ob das frühere deutsche Erziehungsgeld nach dem BErzGG unter den Begriff der „Familienleistungen“ fällt, die Grundaussagen sind jedoch entsprechend auf das heutige Elterngeld übertragbar. Die Unterscheidung zwischen Leistungen, die vom Geltungsbereich der Verordnung ausgeschlossen sind und solchen, die von ihm erfasst würden, hinge im Wesentlichen von den grundlegenden Merkmalen der jeweiligen Leistung ab, insbesondere von ihrem Zweck und den Voraussetzungen ihrer Gewährung, nicht dagegen davon, ob eine Leistung von den nationalen Rechtsvorschriften als eine Leistung der sozialen Sicherheit eingestuft werde. Das Erziehungsgeld bezweckte den Ausgleich von Familienlasten iSd Art. 1 lit. u i) VO (EWG) Nr. 1408/71 (nunmehr Art. 1 lit. z) VO (EG) Nr. 883/04). Der EuGH begründet dies insbesondere damit, dass das Erziehungsgeld einem Elternteil ermöglichen solle, sich in der ersten Lebensphase eines Kindes dessen Erziehung zu widmen. Die Leistung diene dazu, die Erziehung des Kindes zu vergüten, die anderen Betreuungs- und Erziehungskosten auszugleichen und gegebenenfalls die finanziellen Nachteile abzumildern, die der Verzicht auf ein Vollerwerbseinkommen bedeute (EuGH 10.10.1996 – C-245/94 – Hoever und Zachow, Slg. 1996, 4895 [4934 ff.] = NJW 1997, 43 ff.). Diese Einordnung des deutschen Erziehungsgeldes hat der EuGH nochmals in der Rs. *Martínez Sala* bestätigt (EuGH 12.5.1998 – C-85/96 – Martínez Sala, Slg. 1998, 2691 ff. = BeckRS 2004, 77847). Gleichfalls hat der Gerichtshof das Erziehungsgeld nach schwedischem Recht, das Schweizer Elterngeld und die luxemburgischen Ausgleichszahlungen für Eltern-

20 AEUV Art. 56

Dienstleistungsfreiheit

urlaub als Familienleistungen iSd VO eingeordnet (EuGH 11.6.1998 – C-275/96 – Kuusijärvi, Slg. 1998, 3419 ff. = BeckRS 2004, 75903; 15.12.2011 – C-257/10 – Bergström, Slg. 2011, 13227 ff. = EZAR NF 16 Nr. 20; 19.9.2013 – C-216/12 – Hliddal und Bornand, Slg. 2013 = BeckRS 2013, 81820). Insofern muss vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung davon ausgegangen werden, dass auch das deutsche Elterngeld nach dem BEEG (unverändert) unter den Begriff der „Familienleistungen“ zu subsumieren ist.

- 80 Problematisch ist die Rechtsprechung des EuGH zum Unterhaltsvorschuss. In zwei Entscheidungen aus 2001 und 2002 hat er den Unterhaltsvorschuss als Familienleistung iSd Verordnung angesehen (EuGH 15.3.2001 – C-95/99 – Offermann, FamRZ 2001, 683; 5.2.2002 – C-255/99 – Humer, FamRZ 2002, 449). Es handelt sich um ein Substitut des zivilrechtlichen Unterhaltsanspruchs und stellt angesichts des Vorbehalts der Rückforderung keinen dauerhaften Transfer des Staates an den Berechtigten dar (*Bokeloh* FamRZ 2015, 542). In der VO (EG) 883/04 ist der Unterhaltsvorschuss ausdrücklich ausgenommen (Art. 1 Buchst. z); er ist aber als soziale Vergünstigung iSd Art. 7 II VO (EU) 492/2011 einzuordnen (→ VO 492/2011 Art. 7 Rn 19)

Kapitel 3. Dienstleistungen

Art. 56 [Dienstleistungsfreiheit]

Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschließen, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Union ansässig sind.

Übersicht

	Rn.
A. Entsendungen und Binnenmarktrecht – Ausgangslage	2
B. Einordnung	4
C. Beeinträchtigung durch das Aufnahmeland	11
D. Für und Wider der Zuordnung nur zu Art. 56	18
E. Beitrittsverträge	21

- 1 Art. 56 AEUV gibt Unternehmen, die in einem Mitgliedstaat B „ansässig“ sind (Heimat-, Herkunftsland), das Recht, ihre „Dienstleistungen“ an Personen in einem anderen Mitgliedstaat A (Aufnahme-, Empfangs-, Arbeitsland) zu erbringen. Die Dienstleistungsfreiheit ist für das Arbeitsrecht **vor allem relevant**, wenn der Arbeitgeber vom Land seiner Niederlassung B aus Dienstleistungen iSd Art. 56 in ein anderes Land A des EWR erbringt, und dafür Mitarbeiter in A arbeiten lässt (Ausübung der aktiven Dienstleistungsfreiheit). Die Erbringung von „Korrespondenzdienstleistungen“, bei denen Mitarbeiter des Unternehmens nur im Herkunftsland arbeiten (zB Beratung über Telekommunikation), wirft keine besonderen arbeitsrechtlichen Fragen auf. Für das Arbeitsrecht kann ferner allenfalls die passive Dienstleistungsfreiheit relevant sein, wenn Mitarbeiter eines Unternehmens, die in B arbeiten, sich zu einer entgeltlichen Ausbildung nach A begeben.

A. Entsendungen und Binnenmarktrecht – Ausgangslage

- 2 In der Praxis wird häufig jeder Fall, in dem ein Unternehmen Mitarbeiter, die in B arbeiten, zur zeitweisen Arbeitsleistung in A verpflichtet, als Entsendung bezeichnet. Dieser

weite Entsendungsbegriff der Praxis bedarf für rechtliche Fragen der **Differenzierung**, gerade im Hinblick auf das Binnenmarktrecht. Sind die vom Unternehmen aus B bei der Dienstleistung in A eingesetzten Mitarbeiter keine Arbeitnehmer, sondern „freie Mitarbeiter“, so üben sie ihre Tätigkeit in A aufgrund ihrer eigenen Dienstleistungsfreiheit aus. Lässt das Unternehmen Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten, so fällt dies zwar in aller Regel, aber nicht notwendig unter Art. 56. Es kann sich noch um eine Begleitleistung der Warenverkehrsfreiheit handeln (→ RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 49) oder der Arbeitgeber kann im anderen Land eine Niederlassung haben (→ RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 46 ff.). Auch wenn das Unternehmen Arbeitnehmer im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten lässt, liegt nicht stets eine Entsendung iSv vor. Von dieser sollte man nur sprechen, wenn die Tatbestandselemente von Art. 1 I RL 96/71/EG (**Entsende-Richtlinie**) erfüllt sind, also ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat „im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer gemäß Abs. 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats“ entsendet (→ RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 38 ff.). Der Anwendungsbereich der Entsende-Richtlinie kann danach also nicht über jenen des Art. 56 hinausgehen. Er kann aber dahinter zurückbleiben. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Dienstleistung des Unternehmens aus B in A an eine Person erbracht wird, die ebenfalls in B ansässig ist (zB mitreisende Reiseführer, Seminarveranstaltung im Ausland). Auch wenn der Arbeitnehmer im anderen Mitgliedstaat Leistungen nur für den Arbeitgeber erbringt (zB Journalisten, die aus dem Ausland berichten, LKW-Transit), fällt dies wohl unter Art. 56, jedoch nicht unter die Entsende-Richtlinie (→ RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 69 f.). Überdies gibt es Entsendungen, die zwar unter Art. 56 fallen, aber vom Anwendungsbereich der Entsende-Richtlinie ausdrücklich oder über Art. 2 I Entsende-Richtlinie ausgenommen sind. Die binnenmarktrechtlichen **Probleme der Entsendung zu Art. 56** stellen sich aber nicht nur in Fällen, auf welche die Entsendungs-RL voll anwendbar ist, und auch nicht nur in Fällen, in denen eine Entsendung iSd Art. 1 I Entsende-Richtlinie vorliegt, sondern **stets wenn ein Unternehmen im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates arbeiten lässt** (Art. 1 I Entsende-Richtlinie ohne die Einschränkung des Art. 1 III). Auf diese Konstellation beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen. Angemerkt sei, dass es auf Ebene des Sekundärrechts verschiedene Normen gibt, die auf eine „Entsendung“ abstellen, neben der Entsende-Richtlinie insb. Art. 8 II 2 Rom I-VO und Art. 12 I Koordinierungs-VO 883/04. Die jeweils verwendeten Begriffe der Entsendung stimmen allerdings jedenfalls in Randbereichen nicht überein (vgl. Klein ZESAR 2015, 272 ff.).

Die aus Sicht des Arbeitsrechts wichtigste Frage zur Entsendung im eben umschriebenen **3** Sinn ist, **inwieweit das Aufnahmeland A für die Tätigkeit des Arbeitnehmers in A seine arbeitsrechtlichen Vorschriften vorschreiben darf**, insbesondere verlangen darf, dass der Arbeitgeber die am Arbeitsort vorgeschriebenen Löhne zahlen muss. Die Frage des auf das Arbeitsverhältnis der Entsendeten anwendbaren Rechts richtet sich für Verträge, die ab dem 17.12.2009 geschlossen wurden, nach Art. 8 Rom I-VO (→ RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 6 ff.). Diese Norm hat das Kollisionsrecht für Arbeitsverträge voll harmonisiert; diese Änderung gegenüber dem EVÜ ist bei Heranziehen von Urteilen des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit, die Sachverhalte vor Anwendbarkeit der Rom I-VO betreffen, zu bedenken. Art. 8 Rom I-VO führt bei den genannten Entsendungen kaum je zum Recht des Aufnahmelandes als objektiv verwiesenes Arbeitsvertragsstatut. Vielmehr ist gem. Art. 8 II Rom I-VO idR das Recht des gewöhnlichen Arbeitsortes anwendbar, und damit in der Regel das des Herkunftslandes der Entsendung. Die Normen eines anderen Staates können dann schon nach Art. 9 Rom I-VO nur als Eingriffsnormen Anwendung finden. Die Befugnis des Aufnahmelandes, solche Eingriffsnormen für Entsendungen vorzuschreiben, hängt entscheidend davon, wie diese Entsendungen in die ökonomischen Freiheiten einzuordnen sind.

B. Einordnung

- 4 Phänomenologisch weist die **Entsendung** iWv von Arbeitnehmern Bezüge sowohl zu Art. 56 (der Arbeitgeber erbringt grenzüberschreitend Dienstleistungen) als auch zu Art. 45 AEUV (die Arbeitnehmer sind in einem anderen Mitgliedsstaat erwerbstätig) auf. Die Relevanz von Art. 45 AEUV würde zu Art. 45 III lit. c AEUV führen, wonach Arbeitnehmer, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen, das Recht haben, nach den Arbeitsbedingungen des Arbeitsortes behandelt zu werden. Der **EuGH ordnet** das Tätigwerden entsandter Arbeitnehmer jedoch in ständiger Rechtsprechung **ausschließlich Art. 56 zu**, nicht auch Art. 45 AEUV (zur Kritik → Rn. 18 ff.). Die Dienstleistungsfreiheit erfasse auch die Leistung des Unternehmens „**mit seinem eigenem Personal**“ (EuGH 27.3.1990 – C-113/89 Rn. 12 – Rush Portuguesa; 18.12.2007 – C-341/05 Rn. 56 – Laval). Jede Maßnahme, welche die Anwendung der Arbeitsbedingungen des Aufnahmelandes auf die Entsendeten anordnet oder seitens des Aufnahmelandes die Einhaltung der Arbeitsbedingungen der Entsendeten überwacht, ist daher **prima facie** eine **Beeinträchtigung** der Dienstleistungsfreiheit des entsendenden Unternehmens.
- 5 Das Eingreifen des unmittelbar anwendbaren **Art. 56** setzt, soweit es um die aktive Dienstleistungsfreiheit (die des Anbieters) geht, das Erfüllen folgender **Tatbestandselemente** voraus: (1) Ein Unternehmen, das in einem Mitgliedstaat (oder im EWR) ansässig ist; (2) dieses erbringt Dienstleistungen iSd Art 56 AEUV in einem anderen Mitgliedstaat (oder im EWR), also grenzüberschreitend; (3) die Dienstleistung wird entgeltlich erbracht; (4) die grenzüberschreitende Tätigkeit ist nur „vorübergehend“. Der Begriff der **Dienstleistungen** ist autonom und auch im Kontext der Entsendungen weit zu verstehen; insbesondere sind auch Bauleistungen erfasst (zB EuGH 27.3.1990 – C-113/89 Rn. 17 – Rush Portuguesa). Im Ergebnis wird dieses Element bei allen Entsendungen erfüllt sein. Das Element der **Entgeltlichkeit** erfordert, dass im Regelfall eine wirtschaftliche Gegenleistung erbracht wird (was auch bei Teilnahme von Vereinen an Sportveranstaltungen zutreffen kann). Es kommt nicht darauf, ob das Entgelt vom Empfänger der Dienstleistung oder von einem Dritten bezahlt wird.
- 6 In Bezug auf das Element „**Ansässigkeit**“ setzt die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit voraus, dass der Unternehmer in einem Mitgliedstaat die Voraussetzung des Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) erfüllt, also dort eine feste Einrichtung hat, die eine dauerhafte Beteiligung am Wirtschaftsleben erlaubt (zB EuGH 25.7.1991 – C-221/89 Rn. 20 – Factortame; 17.6.1997 – C-70/95 Rn. 24 – Sodemare). Das Element „Ansässigkeit“ wirft Probleme auf, wenn der entsendende Arbeitgeber im (angeblichen) Herkunftsland keine wirkliche wirtschaftliche Aktivität entfaltet (insbesondere wenn dies in keinem Mitgliedstaat zutrifft); → RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 42 ff. Die Niederlassung muss nicht in jenem Mitgliedstaat bestehen, der als Herkunftsstaat der Entsendung dienen soll (→ RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 34 ff.).
- 7 Problematisch ist bei Entsendung von Arbeitnehmern nicht selten das Element „**vorübergehend**“. Es dient bei Art. 56 der Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit. Der EuGH versteht „vorübergehend“ aber **sehr weit** und dehnt die Anwendung von Art. 56 auch auf mehrjährige Tätigkeiten aus (zB bei Baustellen; EuGH 11.12.2003 – C-215/01 Rn. 30 – Schnitzer; 27.3.1990 – C-113/89 Rn. 15 – Rush Portuguesa; 11.9.2014 – C-91/13 Rn. 51 – Essent Energie). Der „vorübergehende“ Charakter grenzüberschreitender Dienstleistungen ist dann auch für die ausschließliche Zuordnung von Entsendungen zu Art. 56 kausal. Der EuGH begründet diese nämlich damit, dass Art. 45 AEUV nur einschlägig sei, wenn Arbeitnehmer „**Zugang zum Arbeitsmarkt**“ des Aufnahmestaates suchen. Dies sei bei Entsendungen nicht der Fall, weil die Entsendeten im Rahmen einer voraussetzungsgemäß „vorübergehenden“ Dienstleistungserbringung – wegen des Arbeitsvertrages zum Arbeitgeber aus dem Herkunftsstaat – ebenfalls nur „vorübergehend“ im Aufnahme-

staat tätig sind und nach Beendigung der Dienstleistung wieder in den Herkunftsstaat zurückkehren (zB EuGH 27.3.1990 – C-113/89 Rn. 15 – Rush Portuguesa; 9.8.1994 – C-43/93 Rn. 21 – Vander Elst; 25.10.2001 – C-49/98 Rn. 22 f. – Finalarte; 21.10.2004 – C-445/03 Rn. 38 – Kommission/Luxemburg; 21.9.2006 – C-168/04 Rn. 55 – Kommission/Österreich; 11.9.2014 – C-91/13 Rn. 51 – Essent Energie). Allerdings ist die Prämisse, dass die Arbeitnehmer wieder in den Herkunftsstaat zurückkehren, zuweilen nur fiktiv, und ihr Zutreffen ist während der Arbeit im Aufnahmeland häufig auch nicht überprüfbar. Die ausschließliche Verankerung der Entsendung von Arbeitnehmern in Art. 56 und insbesondere das extensive Verständnis von „vorübergehend“ zu Art. 56 drängen dann die Möglichkeiten des Aufnahmelandes, sein Arbeitsortrecht vorzuschreiben, und damit die Gleichbehandlung der Entsendeten mit den anderen Arbeitskräften am Ort, entsprechend zurück (zur Kritik → Rn. 18 ff.).

Die Dienstleistungsfreiheit eines Unternehmens, Arbeitnehmer zu entsenden, umfasst 8 auch die Entsendung von Arbeitnehmern, die **Drittstaatsangehörige** sind, und zwar im Hinblick sowohl auf die anwendbaren Arbeitsbedingungen als auch auf das Aufenthaltsrecht im Aufnahmeland (EuGH 9.8.1994 – C-43/93 Rn. 20 f. – Vander Elst; 21.9.2006 – C-168/04 Rn. 38 ff., 59 ff. – Kommission/Österreich); → RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 15 ff.

Bei Zuordnung allein zu Art. 56 ist, anders als bei Zuordnung zu Art. 45 AEUV, die 9 Antwort auf die Frage, welches Recht auf das privatrechtliche Rechtsverhältnis zwischen Entsender und Entsendetem anzuwenden ist, durch das Binnenmarktrecht noch nicht vorgegeben. Maßgebend ist daher in erster Linie Art. 8 Rom I-VO (→ RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 6 ff.). Bestimmungen des Aufnahmelandes können in der Folge nur als **Eingriffsnormen** zur Anwendung gelangen, was dann aber als Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit gesehen wird (→ Rn. 12).

Auch die **Arbeitnehmerüberlassung** wird vom EuGH als „Dienstleistung“ gesehen, 10 allerdings als Dienstleistung besonderer Art, die gerade darin besteht, „dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates Arbeitnehmer zuzuführen.“ (EuGH 27.3.1990 – C-113/89 Rn. 16 – Rush Portuguesa; 10.2.2011 – C-307/09 Rn. 30 – Vicoplus). Ein entsandter Leiharbeiter werde „typischerweise auf einem Arbeitsplatz im verwendenden Unternehmen verwendet, der sonst mit einem Arbeitnehmer dieses Unternehmens besetzt worden wäre.“ Die Abgrenzung von Entsendung und Leiharbeit ist mitunter schwierig (vgl. dazu EuGH 18.6.2015 – C-586/13 Rn. 33 ff. – Martin Meat; → RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 61), aber praktisch sehr wichtig; die nationale Definition von Leiharbeit ist (jedenfalls) bei Eingreifen der Dienstleistungsfreiheit unionsrechtskonform auszulegen. Wegen dieser Auswirkungen auf die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt des Aufnahmelandes können auf Leiharbeiter „eventuell die Art. 45–48 AEUV“ anwendbar sein (EuGH 10.2.2011 – C-307/09 Rn. 28–31 – Vicoplus; vgl. *Franzen* EuZA 2011, 455). Art. 3 I und IX Entsende-Richtlinie sehen daher vor, dass bei Entsendungen die Arbeitsbedingungen des Aufnahmelandes für Leiharbeiter in deutlich weiterem Umfang Anwendung finden als bei anderen Entsendeten (→ RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 28 ff.; Art. 3 Rn. 30 ff.). Dies ist – auch aufgrund der vom EuGH hier anerkannten Relevanz von Art. 45 AEUV – mit Art. 56 vereinbar.

C. Beeinträchtigung durch das Aufnahmeland

Art. 56 verbietet in seinem Anwendungsbereich drei Formen der Beeinträchtigung: 11 unmittelbare und mittelbare **Diskriminierungen** aufgrund der Staatsangehörigkeit sowie **Beschränkungen**, sofern diese jeweils nicht gerechtfertigt werden können. Dies gilt nicht nur für Maßnahmen der Mitgliedstaaten und nach Auffassung des EuGH auch für Private, sondern auch für Sekundärrecht. Unmittelbare Diskriminierungen kommen im Kontext der Entsendung von Arbeitnehmern heute kaum vor (vgl. aber EuGH 25.10.2001 – C-49/89 Rn. 76 ff. – Finalarte; 8.7.2007 – C-490/04 Rn. 85 ff. – Kommission/Deutschland).

Die Anforderungen an die Rechtfertigung sind bei unmittelbarer Diskriminierung höher als in den beiden anderen Fällen. Bei diesen sind die Anforderungen etwa gleich, sodass eine genaue Abgrenzung nicht sehr wichtig ist.

- 12 Der EuGH nimmt – wie bei anderen Grundfreiheiten – eine **Beeinträchtigung** eher leicht und rasch an. Insbesondere soll es ausreichen, wenn die nationale Norm die Inanspruchnahme der Freiheit „weniger attraktiv“ macht (zB EuGH 25.10.2001 – C-49/89 Rn. 28 ff. – Finalarte; 18.12.2007 – C-341/05 Rn. 99 – Laval mwN). Dies ist bei Entsendungen grundsätzlich stets der Fall, wenn die Vorschriften des Aufnahmelandes zu **Arbeitsbedingungen** (als Eingriffsnorm) **vorgeschrieben** werden (zB EuGH 15.3.2001 – C-165/98 Rn. 22 ff. – Mazzoleni; *Franzen* ZEuP 1997, 1055, 1063). Dies gilt nicht nur für Anordnungen, welche die Anwendung von Normen des Aufnahmelandes im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer anordnen („Privatrecht“), sondern auch für Anordnungen, welche Pflichten des Entsenders gegenüber dem Aufnahmeland in Bezug auf das Arbeitsverhältnis begründen („Öffentliches Recht“). Das Unionsrecht misst der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht in Bezug auf das Recht der Mitgliedstaaten keine (größere) Bedeutung zu, und Art. 9 Rom I-VO erfasst (und begrenzt) auch „öffentlich-rechtliche“ Normen. Ebenso liegt eine Beeinträchtigung vor, wenn das Aufnahmeland Maßnahmen zur **Kontrolle** von Entsendungen von Arbeitnehmern regelt oder setzt, insbesondere um die Einhaltung der Arbeitsbedingungen – seiner eigenen oder jener des Arbeitsvertragsstatuts – zu überwachen (zB EuGH 24.1.2002 – C-164/99 Rn. 16 ff. – *Portugaia Construções*; 1.10.2009 – C-219/08 Rn. 13 – Kommission/Belgien). In all diesen Fällen belastet die Pflicht des Entsenders, Normen des Aufnahmelandes zu beachten, den Entsender und lässt die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit „weniger attraktiv“ sein. Auf einzelne Fälle der Beeinträchtigung, insbesondere bei der Kontrolle, wird zu → RL 96/71/EG eingegangen.
- 13 Eine **Beeinträchtigung** liegt nicht nur vor, wenn das Aufnahmeland die genannten Anordnungen und Maßnahmen aus eigenem setzt, sondern auch, wenn das **Sekundärrecht** diese gebietet oder dazu ermächtigt. Die Entsende-Richtlinie enthält primär (harmonisierende) Regeln zum Kollisionsrecht für Arbeitsverträge, also Sonderbestimmungen zur Rom I-VO Verordnung (→ RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 6 ff.). Die RL 2014/67/EU (Durchsetzungs-Richtlinie; zu dieser → RL 96/71/EG Art. 1 Rn. 16 ff.; Art. 5 Rn. 4 ff.) regelt vor allem die Überwachung durch das Aufnahmeland. Auch Entsende-Richtlinie und Durchsetzungs-Richtlinie sind an Art. 56 zu messen. Dies führt dazu, dass diese Richtlinien im Lichte des Art. 56 auszulegen ist, insb. dort, wo die Mitgliedstaaten (nur) ermächtigt werden, die Anwendung eigenen Arbeitsrechts auf Entsendungen vorzuschreiben (primärrechtsfördernde Auslegung; vgl. *Tscherner* Arbeitsbeziehungen 291 ff.). Auf der anderen Seite hat der EuGH Art. 56 zu Entsendungen bisher so ausgelegt, dass die bindenden Anordnungen der Entsende-Richtlinie nicht in Frage gestellt wurden (**sekundärrechtsrespektierende Auslegung** des Primärrechts; vgl. *Tscherner* Arbeitsbeziehungen 296 ff.). Bei einer Verletzung der Entsende-Richtlinie durch das Aufnahmeland, indem es mehr Arbeitsbedingungen vorschreibt als danach zulässig ist, liegt darin in der Folge auch eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit; Art. 56 und die Entsende-Richtlinie werden also als „mutually reinforcing“ gesehen (*Barnard*, EU Employment Law, 227). Die legitimatorische Wirkung der Entsende-Richtlinie ist aber zumindest abgeschwächt, wenn sie das Vorschreiben von Arbeitsbedingungen des Aufnahmelandes nicht vorschreibt, sondern nur erlaubt, also insb. bei Tarifverträgen anderer Branchen als der Baubranche. Fällt ein Sachverhalt unter die Entsende-Richtlinie, ist die Rechtsfrage dort aber nicht geregelt, so sind Maßnahmen des Aufnahmelandes direkt an Art. 56 AEUV zu prüfen. Dies traf bis zum Wirksamwerden der Durchsetzungs-Richtlinie weitgehend für die Überwachung durch das Aufnahmeland zu (zB EuGH 3.12.2014 – C-315/13 Rn. 47 – *De Clercq*; → RL 96/71/EG Art. 5 Rn. 3 ff.).
- 13a Falls eine Entsendung unter **Art. 56 AEUV**, **nicht** aber unter die **Entsende-Richtlinie** fällt, insb. weil kein Vertrag zwischen Entsender und Dienstleistungsempfänger im Arbeitsstaat vorliegt, sind Maßnahmen dieses Staates direkt an Art. 56 AEUV zu prüfen, insb. in