

Schriftliche Stellungnahme

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020 zum

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen
BT-Drs. 19/19371
- b) Antrag der Abgeordneten Carl-Julius Cronenberg, Michael Theurer, Johannes Vogel (Olpe), weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP
Für einen unbürokratischen Binnenmarkt - Auslandsentsendungen vereinfachen und Protektionismus bekämpfen
BT-Drs. 19/19259
- c) Antrag der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Ausbeutung und Lohndumping bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerentsendung konsequent unterbinden
BT-Drs. 19/19231

siehe Anlage

Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit bewahren!

BDA-Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Umsetzungsgesetz der Entsenderichtlinie vom 12. Februar 2020

Juni 2020

Zusammenfassung

Der Gesetzgeber muss bei der Umsetzung der Entsenderichtlinie darauf achten, dass Unternehmen, die Mitarbeiter nach Deutschland entsenden oder mit solchen entsandten Arbeitnehmern in Deutschland zusammenarbeiten, nicht mit zusätzlicher Bürokratie belastet werden.

Der Europäische Binnenmarkt ist eine der größten Errungenschaften der EU und der Heimatmarkt der deutschen Wirtschaft. Die Dienstleistungsfreiheit ist und bleibt ein wesentlicher Bestandteil dieses europäischen Binnenmarktes. Dasselbe gilt für die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Gemeinsam mit den übrigen Grundfreiheiten sind sie eine unverzichtbare Bedingung für wirtschaftlichen Erfolg.

Durch die Revision der Entsenderichtlinie wird der grenzüberschreitende Mitarbeiter Einsatz innerhalb der Europäischen Union noch komplexer und bürokratischer. Die Entsenderichtlinie steht in unionsrechtlichem Widerspruch zu den europäischen Grundfreiheiten. Der Einsatz von Mitarbeitern im Ausland wird dadurch teurer und rechtsunsicherer, da teilweise erhebliche Sanktionen bei Verstößen drohen. Der deutsche Gesetzgeber ist somit gut beraten, wenn er Entsendungen nach Deutschland nicht weiter erschwert. Es ist eine grundsätzliche Bedrohung von freiem Dienstleistungs- und Warenverkehr, wenn

Mitgliedsstaaten ihre Arbeitsmärkte abschotten. Deutlich zeigt sich dies in vielen Mitgliedsstaaten durch die Handhabung von A1-Bescheinigungen, in denen Unternehmen mit Sanktionen bedroht oder belegt wurden. Statt sich auf ihr Kerngeschäft zu konzentrieren, müssen Unternehmen inzwischen unter steigendem Personaleinsatz einen immer größer werdenden finanziellen Aufwand betreiben, um bürokratische Anforderungen zu erfüllen.

Die deutsche Wirtschaft, die Unternehmen und ihre Arbeitnehmer stehen durch die Corona-Krise vor existentiellen Herausforderungen. Das letzte, was die deutsche Wirtschaft nun braucht, sind weitere Regulierungsmaßnahmen und Einschränkungen. Dazu gehört besonders auch die Umsetzung der Entsenderichtlinie in deutsches Recht.

Gerade jetzt darf die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf dem Binnenmarkt nicht in Frage gestellt werden, darf man Unternehmen nicht noch mehr Steine in den Weg legen. Ein Belastungsmoratorium ist deshalb das Gebot der Stunde. Auch wenn es dem Grunde nach richtig und nachvollziehbar ist, dass die Bundesregierung vor dem Hintergrund der geltenden Umsetzungsfrist das Gesetzgebungsverfahren weiter betreibt, sollten parallel auf europäischer Ebene Schritte für eine Verschiebung der Umsetzung der Entsenderichtlinie um ein Jahr geworben werden. Dies kann nicht nur den Einsatz von Arbeitnehmern in Deutschland, sondern ebenso den Einsatz

von deutschen Arbeitskräften im Ausland erheblich erleichtern. Entsprechende Umsetzungsschritte müssen und können kurzfristig auf europäischer Ebene erfolgen.

Die europäische Arbeitsmarktbehörde (European Labour Authority / ELA) könnte den Unternehmen, die Mitarbeiter in einen anderen EU-Mitgliedsstaat entsenden, Hilfe leisten. Die Mitgliedstaaten werden von der Richtlinie verpflichtet, dass die Informationen über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach den nationalen Rechtsvorschriften und / oder nationalen Gepflogenheiten unverzüglich und in transparenter Weise auf den nationalen Websites bereitgestellt werden. Die europäische Arbeitsmarktbehörde könnte hier mit weiteren Informationen bzgl. der Erkennbarkeit und der Klarheit der Normen für mehr Rechtssicherheit sorgen.

Im Einzelnen:

§§ 2, 2a AEntG-E

a.) § 2 AEntG-E ordnet an, welche in Rechts- und Verwaltungsvorschriften geregelten Arbeitsbedingungen zwingend auch auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland anzuwenden sind, wenn diese Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden.

Im Katalog der allgemeinen Arbeitsbedingungen in § 2 AEntG waren bislang in Nr. 1 die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze geregelt. Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Mindestentgeltsätze durch den Begriff Entlohnung ersetzt werden. Der Begriff der Entlohnung ist weiter als die Mindestentgeltsätze und die Entgeltspflichten der Arbeitgeber sind zukünftig nicht nur auf den gesetzlichen Mindestlohn und die Mindestentgeltsätze der einschlägigen Tarifverträge beschränkt, sondern umfassen auch Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen (vgl. § 2a AEntG-E).

Vom Begriff der Entlohnung sind die Regelungen über die betriebliche Altersversorgung nicht umfasst.

Zudem wird § 2 Nr. 5 AEntG-E dahingehend geändert, dass er zukünftig neben den Vorschriften über Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz, auch die in Rechts- und Verwaltungsvorschriften enthaltenen Anforderungen an Unterkünfte umfasst, die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt werden.

b.) In § 2 Abs. 1 Nr. 8 AEntG-E werden die „Zulagen oder die Kostenerstattung zur Deckung der Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten“ aufgeführt. Im Zusammenhang mit § 2 Abs. 3 AEntG-E und dem Hinweis auf den Inlandsbezug wird dadurch jedoch nicht abschließend geklärt, ob tatsächlich nur im Inland anfallende Kosten (ab Grenzübertritt) oder die Gesamtkosten gemeint sind.

Nach unserer Einschätzung können aufgrund des inhaltlichen Bezugs einer zugrunde liegenden tarifvertraglichen Regelung in Deutschland nur diejenigen Kosten gemeint sein, die für eine „Weiterentsendung“ innerhalb Deutschlands oder ggf. aus Deutschland hinaus in Rede stehen. Eine darüber hinausgehende Regelung ließe sich mit dem Sinngehalt der Richtlinie und dem Ansatzpunkt deutschen Rechts kaum in Einklang bringen.

c.) Der Wortlaut von § 2 Abs. 2 AEntG-E ist missverständlich. Offenbar ist gemeint, dass auch in solchen Fällen, in denen der Arbeitnehmer bereits im Ausland überlassen, jedoch in Deutschland aufgrund anderer vertraglicher Konstruktionen eingesetzt wird, als Zeitarbeitskraft (Leiharbeitnehmer) zu verstehen ist. Dies halten wir auch nach der Einfügung des zweiten Unterabsatzes in Art. 1 Abs. 3 der revidierten Entsenderichtlinie für nicht geboten. Solche Fälle sollten auch künftig nicht als grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung gewertet werden.

§ 2b AEntG-E

Der neu eingeführte § 2b AEntG-E legt fest, unter welchen Voraussetzungen eine Entsendezulage auf die Entlohnung nach § 2 Nr. 1 AEntG-E angerechnet werden kann. Für den Fall, dass der Zweck der Entsendezulage

nicht näher definiert wird, greift die gesetzliche Vermutung von § 2b AEntG-E ein, wonach die gesamte Entsendezulage dann als Erstattung von Entsendekosten bezahlt wird und eine Anrechnung folglich ausscheidet. Durch den Verweis in § 5 S. 1 Nr. 1a AEntG-E gelten die Vorgaben auch für die tarifvertraglichen Entlohnungsbedingungen.

Die Entsenderichtlinie erfordert nicht, dass eine Vermutung durch den Verpflichteten nicht widerlegt werden kann. Insoweit sollte der Gesetzestext selbst so klargestellt werden, dass deutlich wird, dass der Arbeitgeber der Vermutung entgegenreten kann. Eine unwiderlegbare Vermutung überdehnt die Vorgaben der Richtlinie.

§§ 3 bis 9 AEntG-E

Arbeitgeber mit Sitz im Ausland müssen bestimmte tarifliche Arbeitsbedingungen einhalten, wenn die Entsendung nach Deutschland in den Geltungsbereich eines bundesweit für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages nach dem TVG fällt oder eine Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG vorliegt.

§ 3 AEntG-E wird deutlich ausgeweitet und zukünftig können auch außerhalb des Baugewerbes bundesweite Tarifverträge, die nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt wurden, auf ausländische Arbeitgeber angewendet werden. Zudem finden die allgemeinverbindlichen Tarifverträge zukünftig nicht nur hinsichtlich der Mindestentgeltsätze, sondern hinsichtlich aller Entlohnungsbedingungen im Rahmen des AEntG Anwendung. Bislang bestand Einigkeit, dass der Begriff der Mindestentgeltsätze nicht ganze Lohngitter erfasst. Nach § 5 S. 1 Ziffer 1 AEntG-E gilt zukünftig eine Begrenzung auf drei Lohnstufen. Hier regen wir eine Reduzierung der erstreckten Lohnstufen auf eine oder höchstens zwei an.

Die deutsche Wirtschaft steht derzeit vor existentiellen Herausforderungen und weitere Einschränkungen oder Regulierungsmaßnahmen sind zwingend zu vermeiden. Die Unternehmen brauchen all ihre Ressourcen, um sich auf die Überwindung der Auswirkungen

der Corona-Krise konzentrieren zu können. Die Entsenderichtlinie sollte daher lediglich 1:1 umgesetzt werden.

Bei der nun anstehenden Umsetzung der Entsenderichtlinie in das deutsche Recht durch den Bundestag muss der Schutz der Tarifautonomie im Vordergrund stehen. Eine solche die Tarifautonomie möglichst schonende Umsetzung ist möglich. Um einen tariflichen Flickenteppich zu verhindern, muss es dabei bleiben, dass nur bundesweite Lohntarifverträge erstreckt werden.

§ 13b AEntG-E

Durch § 13b AEntG-E wird zukünftig geregelt, ab welcher Beschäftigungsdauer Arbeitgeber mit Sitz im Ausland den entsendeten Arbeitnehmern die nationalen Arbeitsbedingungen gewähren müssen, die in Rechts-, Verwaltungsvorschriften oder allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgelegt sind.

Nach Ablauf von 12 bzw. 18 Monaten wären zukünftig neben § 2 AEntG-E alle Arbeitsbedingungen anzuwenden, die in deutschen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelt sind. Zudem gelten sämtliche in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen geregelten Arbeitsbedingungen, d. h. auch über den Katalog des § 5 AEntG hinaus.

Von § 13b AEntG-E ausgenommen sind lediglich die Arbeitsbedingungen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen und die zur betrieblichen Altersversorgung. Durch diese komplexe Regelung, wonach ab 18 Monaten ein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen ist, werden Entsendungen über 18 Monate hinaus erschwert und erfordern zwingend vertiefte Rechtskenntnisse in zwei Rechtsordnungen, was in der Praxis selbst für Spezialisten nur schwer abbildbar ist.

§ 13c AEntG-E

§ 13c AEntG-E enthält Angaben zur Berechnung der maßgeblichen Entsendedauer in Deutschland.

Die Regelungen bzgl. einer möglichen Unterbrechung sind zu unbestimmt. Es sollte ein weiterer Absatz eingefügt werden, wie in § 1 Abs. 1b S. 2 AÜG („...zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen“), damit die Unternehmen Rechtssicherheit haben, ab wann die Frist wieder von vorn zu laufen beginnt. Diese Klärung darf nicht der Rechtsprechung überlassen werden.

§ 15 AEntG-E

Die Begründung des deutschen Gerichtsstands auf Erfüllung der Verpflichtungen aus dem AEntG, wird zukünftig auf die Ansprüche aus § 13b AEntG-E ausgedehnt.

§ 15a AEntG-E

Wie bereits unter § 2 AEntG-E zu § 2 Abs. 2 AEntG-E aufgeführt, kommt es auch bei § 15a Abs. 2 AEntG-E zu Folgeproblemen, da der Anwendungsbereich der Richtlinie nach unserer Einschätzung überdehnt wird.

§ 19 i.V.m. § 16 AEntG-E

Der Arbeitgeber ist bereits heute verpflichtet zur Kontrolle der tariflichen Mindestlöhne Beginn, Ende und Dauer der jeweiligen Arbeitsstunden aufzuzeichnen. Soweit darüber hinaus Zuschläge zu gewähren sind, die von weiteren Voraussetzungen abhängen (z.B. Erschwerniszuschläge), wird in der Konsequenz auch die Aufzeichnungspflicht auf Beginn, Ende und Dauer der betreffenden Tätigkeiten und die anspruchsbegründenden Tatsachen erweitert. Diese Verschärfungen sind neu und waren im Referentenentwurf noch nicht enthalten.

Abgesehen davon, dass es sich hierbei primär um weitere Bürokratie handelt, prüft der Zoll z.B. im Baugewerbe bereits heute schon, ob der „Mindestlohn 1“ oder „Mindestlohn 2“ eingehalten wird. Die Praxis zeigt, dass die FKS aktuell schon Schwierigkeiten damit hat, die beiden Mindestlöhne flächendeckend in der Branche zu kontrollieren. Diese Situation wird sich bei einer Ausweitung der Kontrollen

und der Aufzeichnungspflicht auf eine Vielzahl von tarifvertraglich differenzierten Zuschlägen (wie z.B. in § 6 BRTV) weiter verschärfen.

Bei tarifvertraglichen Zuschlagsregelungen handelt es sich häufig um komplexe Rechtsfragen, deren Auslegung den Tarifvertragsparteien obliegt und deren Aufzeichnung und Sanktion durch die Entsenderichtlinie nicht vorgegeben ist. Eine Ausweitung der bereits bestehenden Prüfpflichten der FKS wird auch aufgrund ihrer Personalressourcen eine effektive Schwarzarbeitsbekämpfung erschweren. Der Zoll sollte sich daher vielmehr auf die Prüfung der bisher erfassten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nach dem AEntG konzentrieren. Die Sanktionszuständigkeit des Zolls und Aufzeichnungspflicht der stundenbezogenen Zuschläge sollten folglich gestrichen werden.

Nicht akzeptabel ist es, dass die neuen Kontrollbefugnisse des Zolls – und damit auch die Sanktionen bei festgestellten Verstößen gegen Aufzeichnungspflichten – auch solche tarifvertraglichen Zulagen- und Zuschlagsregelungen erfassen soll, die bereits vor Inkrafttreten der Neuregelung des Arbeitnehmerentsendegesetzes allgemeinverbindlich sind. Vor diesem Hintergrund muss den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit eingeräumt werden, die bestehenden Zulagen- und Zuschlagsregelungen zu überarbeiten, um ggfs. bestehende Unklarheiten ausräumen zu können.

Auf die Neufassung sollte verzichtet, zumindest ihre Geltung auf den Zeitpunkt der „folgenden AVE“ verschoben werden.

§ 24 AEntG-E

Die Beschränkung der Ausnahme für Erstmontagearbeiten auf acht Tage innerhalb eines Jahres greift zu kurz. Dieses wird von der revidierten Entsenderichtlinie nicht gefordert. Es sollten keine zusätzlichen bürokratischen Hürden für Entsendungen nach Deutschland aufgestellt werden. Die Norm orientiert sich am jetzigen § 6 AEntG und dort ist die Be-

schränkung auf ein Jahr ebenfalls nicht enthalten. Der Zusatz „innerhalb eines Jahres“ muss in § 24 Abs. 1 Nr. 2 AEntG-E daher gestrichen werden.

Die zeitlichen Beschränkungen in § 24 Abs. 2 AEntG-E müssen überdacht werden. Dies ist erst recht der Fall, wenn es sich um Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug handelt. Die Europäische Kommission geht in ihrem Leitfaden selbst davon aus, dass Auslandseinsätze ohne Dienstleistungserbringung für Dritte nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Daher sollte die zeitliche Begrenzung eines Einsatzes vollständig entfallen; zumindest muss die Ausnahme für Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug zeitlich deutlich erhöht werden, z.B. auf bis zu drei Wochen bei einem ununterbrochenen bzw. maximal 42 Tage in einem Zwölfmonats-Zeitraum.

§ 25 AEntG-E

In § 25 AEntG-E werden Übergangsbestimmungen für Langzeitentsendungen eingeführt. Die Regelung sieht vor, dass der maximale Verbleib von 18 Monaten im ausländischen Arbeitsrecht auch für bereits laufende Entsendungen gelten soll. Diese Neuregelung stellt faktisch eine rückwirkende Inkraftsetzung der Entsenderichtlinie her. Die Richtlinie würde auf bereits bestehende Entsendungen Anwendung finden, obwohl das klare Ziel der Richtlinie ist, eine einheitliche Regelung für den europäischen Rechtsraum erst ab dem 30. Juli 2020 – und keinesfalls früher – zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund sollte es dabeibleiben, dass wie üblich die Wirkungen des Gesetzes erst mit seiner vorgesehenen Wirksamkeit, d. h. ab dem 30. Juli 2020 auf zu diesem Zeitpunkt beginnende, aber auch begonnene Entsendungen Anwendung findet, also zuvor liegende Zeiträume nicht berücksichtigt werden.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Arbeits- und Tarifrecht

T +49 30 2033-1203

arbeitsrecht@arbeitgeber.de