

Schriftliche Stellungnahme

Univ.-Prof. Dr. Florian Rödl (M.A.), Berlin

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

Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft
Univ.-Prof. Dr. Florian Rödl, Van't-Hoff-Sr. 8, 14195 Berlin

**Deutscher Bundestag
Ausschuss für Arbeit und Soziales
Herrn Vorsitzenden
Matthias Bartke**

nur per E-Mail

**Fachbereich Rechtswissenschaft
Institut für Arbeitsrecht
Professur für Bürgerliches Recht,
Arbeitsrecht und Sozialrecht
Univ.-Prof. Dr. Florian Rödl (M.A.)
Van't-Hoff-Str. 8
Raum 320
14195 Berlin**

Telefon +49 30 838 61473
Fax +49 30 838-452137

E-Mail florian.roedl@rewiss.fu-berlin.de
www.jura.fu-berlin.de

10.06.2020

Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales

am 15. Juni 2020, 10-11.30 Uhr

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957

Vorbemerkung

Es sollte grundsätzlich davon Abstand genommen werden, die vom Unionsgesetzgeber verabschiedete Richtlinie (EU) 2018/957 (im Folgenden: Änderungs-Richtlinie) als große Wendung in der Struktur des Rechts der Arbeitnehmerentsendung innerhalb der Union darzustellen. Die Änderungen sind – mit Ausnahme der Eröffnung einer Rückkehr zur vergaberechtlichen Tariftreue, die aber im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie zurecht nicht Gegenstand ist – schon rechtlich und erst recht in ihrer praktischen Bedeutung marginal.

Davon abgesehen ist das Prinzip „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ als eigentlich gebotener sozialer Grundpfeiler eines politisch fragmentierten Binnenmarktes auch nach diesen Änderungen lange nicht verwirklicht. Das liegt einerseits daran, dass die Belastung abhängiger Beschäftigung durch Sozialkosten von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat sehr unterschiedlich ausfällt.

Es liegt weiterhin daran, dass die ökonomisch maßgeblichen Regelungen der Arbeitsbeziehungen in vielen Mitgliedstaaten wesentlich tarifautonom gestaltet werden. Genau diese Regelungen, denen eine förmliche Allgemeinverbindlichkeit fehlt und doch die Arbeitsbedingungen im Mitgliedstaat insgesamt prägen, sind aber nicht Gegenstand der Entsende-Richtlinie, und das ist unter dem geltenden Primärrecht nach dem Stand der Dinge nicht anders möglich. Es liegt schließlich an dramatischen Kontroll- und Vollzugsdefiziten.

Insofern kommt es im Zuge der Umsetzung der Änderungs-Richtlinie darauf an, wenigstens alle möglichen und erst recht alle gebotenen Möglichkeiten zur Eindämmung transnationaler Lohnkonkurrenz zu nutzen. Denn transnationale Lohnkonkurrenz ist nicht nur unter dem Aspekt des Wettbewerbs leistungsfeindlich, er belastet zudem die soziale Legitimation des Binnenmarktes und damit die der Union insgesamt.

Im Lichte dessen beschränkt sich die Stellungnahme auf drei wesentliche Punkte:

1. § 5 Satz 1 Nummer 1 AEntG-E

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass die Tarifvertragsparteien eines Tarifvertrags, dessen Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) durch § 3 S. 1 AEntG international zwingende Wirkung verliehen wird, nach Art der Tätigkeit und Qualifikation lediglich drei Stufen vorsehen dürfen.

Die bisherige Praxis beschränkte sich in der Regel auf zwei Stufen. Dahinter stand lange Zeit auch Zweifel an der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer weiter ausgreifenden Differenzierung.

Für diese neue Beschränkung auf drei Stufen gibt es sachlich keinen Grund. Es steht dem Gesetzgeber nicht gut an, die Möglichkeiten zur Eindämmung transnationaler Lohnkonkurrenz in dieser Weise abzuschneiden. Die Frage, wie breit die international zwingend einzuhaltenden Lohngitter ausfallen sollen, liegt richtig allein in den Händen der Tarifvertragsparteien.

Das Unionsrecht verlangt diese Beschränkung nicht. Im Gegenteil: Der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung *Sähköalojen ammattiliitto* (Urt. v. 12.2.2015 – C-396/13) klargestellt, dass die Entsenderichtlinie schon in ihrer damaligen Fassung die Erstreckung ganzer Tarifgitter erlaubte. Die in der Gesetzesbegründung angesprochene Einigkeit (S. 25), die präzise dahinging, dass die Erstreckung ganzer Lohngitter unionsrechtlich ausgeschlossen wäre, ist seitdem rechtlich überholt. Insofern der Gesetzgeber nunmehr eine Beschränkung fixiert, setzt er ganz autonom den an sich bestehenden rechtssicheren Möglichkeiten neue Grenzen.

Die Beschränkung ist wegen Verletzung der Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) verfassungswidrig. Auf Basis der geplanten Gesetzesänderung könnte die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) eines Tarifvertrags mit einem umfangreicheren Lohngitter nicht mehr erfolgen. Denn die allgemeinverbindlichen Regelungen hätten nach § 3 S. 1 AEntG international zwingende Wirkung, die aber gem. § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG-E bei einem Tarifvertrag mit mehr als drei Stufen ausgeschlossen ist (über die handwerkliche Qualität des Arbeitnehmerentsendegesetzes schon

seit seiner Verabschiedung ist an dieser Stelle nicht zu reden). Um die Allgemeinverbindlichkeit überhaupt zu erreichen (es ist nicht möglich, einen Antrag auf die intern zwingende Wirkung zu beschränken), werden es darum die Tarifvertragsparteien bei drei Stufen belassen müssen. Die Regelung in § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG-E setzt mithin eine mittelbare Tarifzensur ins Werk. Die Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung eines solchen Eingriffs in den Kernbereich des Gewährleistungsgehalts des Grundrechts sind enorm hoch. Hier ist keine relevante Rechtfertigung ersichtlich.

Entsprechendes gilt für §§ 7, 7a AEntG, welche nach der vorliegenden Gesetzesfassung die Restriktion von § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG-E (in sich folgerichtig) übernimmt.

In diesem Zusammenhang sei zusätzlich die Befürchtung ausgeräumt, die Ermächtigung zur Verordnung eines umfangreicheren Lohngitters verstieße gegen Artikel 80 GG. In seiner insoweit maßgeblichen Entscheidung aus dem Jahr 2000 (Beschl. v. 18. Juli 2000 – 1 BvR 948/00) hat das Bundesverfassungsgericht unterstellt, dass nicht nur unterste Entgeltgruppen Gegenstand einer entsprechenden Verordnung werden können. Es ist vielmehr ganz allgemein und ohne inhaltliche Abstriche von „Entgeltregelungen“ ausgegangen. Die Idee von „Mindestentgelten“ taucht in der Entscheidung nicht einmal als Vokabel auf.

2. § 3 S. 1 AEntG-E

Der Gesetzentwurf sieht nicht vor, das Erfordernis eines bundesweiten Geltungsbereichs eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags (bzw. eines Äquivalents gem. § 3 S. 2) zu streichen. Das ist nicht verständlich.

Für dieses zusätzliche Erfordernis gibt es keinen guten Grund. Es steht dem Gesetzgeber nicht gut an, die autonomen Entscheidungen der Tarifvertragsparteien über die räumliche Strukturierung der Tarifvertragsbeziehungen im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerentsendung nicht zu respektieren. Wiederum gilt, dass der Gesetzgeber hiermit eine Möglichkeit zur Eindämmung transnationaler Lohnkonkurrenz ausschließt, die doch so dringend geboten ist.

Ein bundesweiter Geltungsbereich ist keine Anforderung des Unionsrechts. Vielmehr ergibt sich aus der Formulierung in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 1. Anstrich der Entsenderichtlinie eindeutig, dass sich der Geltungsbereich der allgemeinverbindlichen Tarifverträge gerade nicht über den gesamten Mitgliedstaat erstrecken müssen. Denn die Rede ist dort anstelle vom „mitgliedstaatlichen Territorium“ vom „jeweiligen geographischen Bereich“.

Zu gewärtigen ist freilich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 8 UAbs. 3 der Entsenderichtlinie, dass die international zwingende Anwendbarkeit eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags mit lediglich regionalem Geltungsbereich nicht zu Ungleichbehandlungen mit inländischen Unternehmen

führt. Doch das ist ausgeschlossen: Sofern der Tarifvertrag seinen räumlichen Geltungsbereich an den Betriebssitz knüpft, müssen ihn weder Unternehmen mit Sitz außerhalb des regionalen Geltungsbereichs, noch Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat einhalten. Sofern der Tarifvertrag seinen räumlichen Geltungsbereich oder die Entlohnung an den Arbeitsort knüpft (in der Baubranche: „Lohn der Baustelle“), müssen ihn Unternehmen beider Arten einhalten.

Nach alledem ist es tatsächlich umgekehrt: Die Aussparung regionaler Tarifverträge stellt einen Verstoß gegen die Entsenderichtlinie dar und ist damit unionsrechtswidrig. Denn Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie stellt dem Mitgliedstaat die Verleihung international zwingender Wirkung für allgemeinverbindliche Tarifverträge nicht frei, sondern er verpflichtet ihn dazu. Was genau als allgemeinverbindlicher Tarifvertrag zählt und damit auf Entsendearbeit zu erstrecken ist, ist in Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie bestimmt. Jener Vorschrift aber ist, wie eben bereits ausgeführt, eine Beschränkung auf bundesweite Tarifverträge nicht zu entnehmen.

3. §§ 7 S. 2, 7a Abs. 1 S. 2 AEntG-E

Nach dem Gesetzentwurf bleibt der mögliche Regelungsbereich einer kraft Rechtsverordnung verbindlichen Tarifnorm hinter dem möglichen Regelungsbereich einer allgemeinverbindlichen Tarifnorm zurück: Zusätzliche Entgeltbestandteile im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 2a AEntG-E sollen nicht zum Gegenstand einer Rechtsverordnung werden können.

Für diese Einschränkung gibt es keinen sachlichen Grund. Die Verordnungsmöglichkeit in §§ 7, 7a AEntG liefern ein strukturelles Äquivalent zur Allgemeinverbindlicherklärung. Obgleich am Ende formelles Gesetz liefern den Inhalt der verordneten Normen die Tarifvertragsparteien, deren Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifausschuss (§ 5 Abs. 1 S. 1 TVG) jedoch blockiert wird. Dieser Unterschied in der Prozedur und in der Position in der Normenhierarchie liefert keine sachliche Rechtfertigung, die Möglichkeiten der Tarifvertragsparteien zu beschneiden, für eigene Normen international zwingende Anwendung zu erreichen.

Nach der Gesetzesbegründung (S. 27) soll die Rechtfertigung in der Schonung der Betätigungsfreiheit konkurrierender Koalitionen liegen. Verfassungsrechtlich geboten ist dies Schonung sicherlich nicht. Zudem ist ein praktisches Bedürfnis mangels ernsthafter Gewerkschaftskonkurrenz in den maßgeblichen Bereichen kaum ersichtlich. Stattdessen wird wiederum eine Möglichkeit nicht vollständig ausgenutzt, um transnationale Lohnkonkurrenz einzudämmen, in der es – vielleicht sollte das abschließend noch einmal betont werden – tatsächlich um jeden Euro geht.



Univ.-Prof. Dr. Florian Rödl