

Materialien

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

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung.....	3
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen.....	5
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	
Gesamtmetall - Die Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e.V.	6
Prof. Dr. Martin Franzen, München	22
Dominique John, Berlin	36
Deutscher Gewerkschaftsbund	40
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände	57
Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Generalzolldirektion.....	63
Prof. Dr. Manfred Walser, Bremen	77
Univ.-Prof. Dr. Florian Rödl (M.A.), Berlin	93
Prof. Franz Josef Düwell, Weimar	98

D. Stellungnahmen nicht eingeladener Verbände

Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V.	109
BAUINDUSTRIE - Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.....	120
Zentralverband des Deutschen Handwerks e.V.	132
Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU).....	140
Deutsche Rentenversicherung Bund.....	150

Mitteilung

Berlin, den 9. Juni 2020

Die 83. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales findet statt am Montag, dem 15. Juni 2020, 10:00 bis ca. 11:30 Uhr 10557 Berlin Paul-Löbe-Haus, 4.900

Sekretariat
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal
Telefon: +49 30 - 227 3 33 08
Fax: +49 30 - 227 3 63 32

Achtung!
Abweichende Sitzungszeit!
Abweichender Sitzungsort!

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung¹

Einzigster Punkt der Tagesordnung

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

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-Drucksache 19/19371

Federführend:

Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union

Haushaltsausschuss (mb und § 96 GO)

Gutachtlich:

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

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-Drucksache 19/19259

Federführend:

Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union

¹ Aufgrund der Corona-Pandemie wird die Öffentlichkeit ausschließlich über eine TV-Übertragung hergestellt.

- 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-Drucksache 19/19231

Federführend:

Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:

Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union

Dr. Matthias Bartke, MdB
Vorsitzender

Liste der Sachverständigen

zur öffentlichen Anhörung am Montag, 15. Juni 2020, 10.00 – 11.30 Uhr

Deutscher Gewerkschaftsbund

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Gesamtmittel | Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-
Industrie e.V.

Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Generalzolldirektion

Werkstatträte Deutschland

Prof. Dr. Martin Franzen, München

Prof. Franz Josef Düwell, Weimar

Dominique John, Berlin

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

Prof. Dr. Manfred Walser, Bremen

Schriftliche Stellungnahme

Gesamtmetall - Die Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e. V.

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

Position

1. Stellungnahme zum Entwurf der BReg zur Umsetzung der Entsenderichtlinie (EU) 2018/957 – BT-Drucksache 19/19371

Die Bundesregierung hat am 29.05.2020 den Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Entsenderichtlinie (EU) 2018/957 in den Bundestag eingebracht. Der Entwurf enthält in erster Linie Änderungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG). Grundsätzlich sind **alle grenzüberschreitenden Entsendungen nach Deutschland** (sog. Inbound-Sachverhalte) davon betroffen.

Kurzbewertung:

- Die **Erstreckungswirkung** allgemeinverbindlicher Tarifverträge bzw. die Erstreckung durch Rechtsverordnung bei Entsendungen bis zu 12 bzw. 18 Monaten setzt richtigerweise weiterhin einen **bundesweiten Tarifvertrag** voraus.
- Die zwingende **Verdrängungswirkung** per Rechtsverordnung **erstreckter Tarifverträge** bei Entsendungen bis zu 12 bzw. 18 Monaten bleibt **auf Mindestentgeltsätze** sowie **drei Stufen** – differenziert nach Tätigkeit und Qualifikation – **beschränkt**. Damit wird zumindest verhindert, dass überkomplexe Tarifgitter die betriebliche Anwendung noch weiter erschweren – im Sinne der Tarifautonomie entscheiden dies auch weiterhin die Sozialpartner.

Kritisch, da über die Vorgaben der Entsenderichtlinie hinausgehend

- Die **unwiderlegliche Vermutung des Zulagenzwecks (§ 2b Absatz 2)** und das damit verbundene Anrechnungsverbot **lehnen wir ab**. Der **nachträgliche Nachweis** des entsendenden Unternehmens **über die Zweckbestimmung muss zulässig sein**. Die bloße Erwähnung dieser Möglichkeit in der Begründung ist unzureichend und eher verwirrend.
- Auch wenn wir grundsätzlich Sonderregelungen für bestimmte Tätigkeiten begrüßen, ist ihre **zeitliche Begrenzung** nicht gerechtfertigt. So fallen z. B. **Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug überhaupt nicht in den Anwendungsbereich** der Richtlinie.
- **Entsende- bzw. Beschäftigungszeiten**, die **vor Inkrafttreten** des Umsetzungsgesetzes liegen, **dürfen** bei der Berechnung einer Langzeitentsendung **nicht mitgezählt werden**. Sonst handelt es sich um eine **unzulässige (mittelbare) Rückwirkung**.

Vorschläge

- Einführung bürokratischer **Erleichterungen bis hin zur Herausnahme** der Entsendung aus dem Anwendungsbereich des AEntG bei Nachweis **einer monatlichen (Mindest-) Bruttoentlohnung**, z. B. in Anlehnung an die Entgeltgrenzen zum Erhalt der sog. „Blauen Karte EU“ in Deutschland.
- Ergänzende Ausnahmen für **Tätigkeiten mit Dienstleistungsbezug** vom Anwendungsbereich des AEntG (z. B. für Führungskräfte) in Anlehnung an § 30 BeschV.

Position

Im Einzelnen:

I. Anwendbare Rechts- und Verwaltungsvorschriften

1. Ausweitung des Katalogs (§ 2 AEntG)

Der Katalog der in Rechts- und Verwaltungsvorschriften geregelten Arbeitsbedingungen, die auch von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland **bei Entsendungen nach Deutschland** einzuhalten sind, wird erweitert.

a. Entgelt

Künftig sind die Entgeltpflichten nicht mehr nur auf den gesetzlichen Mindestlohn und die „Mindestentgeltsätze“ der einschlägigen Tarifverträge beschränkt, sondern es wird ein neuer Begriff der „**Entlohnung**“ eingeführt – mit Ausnahme der betrieblichen Altersversorgung. In § 2a wird dazu näher definiert, welche Vergütungsbestandteile unter den neuen Entlohnungsbegriff fallen, so z. B. sämtliche **Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen** sowie **Überstundensätze**. Die Definition ist aufgrund des Verweises in § 5 Satz 1 Nummer 1a nicht nur für die in Rechts- und Verwaltungsvorschriften geregelten Entlohnungsbedingungen, sondern auch für tarifvertragliche Entlohnungsvorschriften maßgeblich.

Laut der Begründung ist dieser Katalog zudem nicht abschließend und offen für weitere Entwicklungen, allerdings müsse die Leistung im Austausch für die Arbeitsleistung erfolgen – lediglich anlässlich des Arbeitsverhältnisses gewährte Leistungen, also z. B. der Zugang zu Sozialeinrichtungen wie Kantine und Firmenparkplatz, sollen ebenso nicht darunter fallen wie Leistungen Dritter im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis.

Der neue § 2b legt fest, unter welchen Voraussetzungen eine Zulage, die Arbeitnehmer für ihren vorübergehenden Einsatz in Deutschland erhalten („**Entsendezulage**“), auf die Entlohnung **angerechnet werden kann**. Dies gilt allerdings nicht, wenn mit der Entsendezulage keine Gegenleistung für die Arbeitsleistung in Deutschland vergütet werden soll, sondern nur ein Ausgleich für tatsächlich entstandene Kosten für Reise, Verpflegung oder Unterbringung erfolgen soll (**Entsendekosten**). In diesem Fall darf keine Anrechnung dieser Zulage auf die zu zahlende Entlohnung erfolgen. Wird der Zweck einer Entsendezulage – z. B. in der Entsendevereinbarung – nicht näher definiert, soll nach dem Ent-

wurfstext (unwiderleglich) davon ausgegangen werden, dass sie der Abdeckung der Entsendekosten dient und darf nicht angerechnet werden!

Zudem müssen zukünftig auch entsandte Arbeitnehmer für inländische Arbeitnehmer geltende Zulagen oder Kostenerstattungen zur Deckung der Reise-, Unterbringungs- Verpflegungskosten bei **Entsendungen bzw. Dienstreisen innerhalb Deutschlands** erhalten.

b. Sicherheit und Gesundheitsschutz

Außerdem wird klargestellt, dass zu den Vorschriften über Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz auch die in Rechts- und Verwaltungsvorschriften enthaltenen **Anforderungen an Unterkünfte** fallen, die vom Arbeitgeber gestellt werden.

Bewertung:

Der Entwurf zum deutschen Umsetzungsgesetz vollzieht die von der Richtlinie vorgegebene Änderung im Bereich der Arbeitsbedingungen mit dem **Wechsel vom Begriff „Mindestentgeltsätze“ zu „Entlohnung“** nach. Damit verbunden werden eine neue Definition des „Entlohnungsbegriffs“ (§ 2a) und eine **Regelung zur Anrechnung von Zulagen** (§ 2b) vorgenommen. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz wird so deutlich ausgeweitet und erfasst dabei grundsätzlich alle grenzüberschreitenden Entsendungen nach Deutschland (sog. Inbounds).

Aktuell existieren **in Deutschland keine über Mindestentgeltsätze hinausgehende, auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften beruhende „Entlohnungs“-Bedingungen**. Zunächst drohen so durch die Änderungen **keine direkten neuen Belastungen in der M+E-Industrie**.

Die **unwiderlegliche Vermutung** in § 2b Absatz 2, dass bei der fehlenden Zweckbestimmung der Entsendezulage davon ausgegangen werden soll, dass sie der Abdeckung der Entsendekosten dient und das damit verbundene Anrechnungsverbot lehnen wir in dieser Form ab. **Hier geht die Bundesregierung über die Richtlinie (EU) 2018/957 hinaus**. Diese enthält in Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe c.) letzter Absatz lediglich eine (widerlegbare) Regelvermutung: *„[...] so ist davon auszugehen, dass die gesamte Zulage als Erstattung von infolge der Entsendung entstandenen Kosten gezahlt wird.“* Für eine 1:1 Umsetzung der Richtlinie muss die Bundesregierung hier zumindest den **nachträglichen Nachweis des entsendenden Unternehmens** über die Zweckbestimmung **zulassen**. Die in den Begründungstext später ergänzte Möglichkeit (Drucksache 19/19371; S. 24), dass die „Vermutung [nicht] greift, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass in den auf das

Arbeitsverhältnis anwendbaren Arbeitsbedingungen geregelt ist, **welchem Zweck die Entsendezulage dient und in welchem Umfang sie der Kostenerstattung oder anderen Zwecken dient**“, ist unzureichend und eher verwirrend. Wenn die Vermutung richtigweise und richtlinienkonform widerleglich als Regelvermutung durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden soll, muss dies **im Gesetzestext selbst** klar normiert werden! Anders als die Bundesregierung in ihrer Auffassung zu der Stellungnahme des Bundesrates in der dem Gesetzentwurf als Anlage 4 beigefügten Gegenäußerung dargelegt, würde der Vorschlag des Bundesrates auch nicht dazu führen, dass die Entsendezulage entgegen dem Willen des europäischen Gesetzgebers im Einzelfall auch ohne entsprechende Regelung in den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden, auf die Entlohnung angerechnet werden kann. Durch die Regelvermutung und die Belastung mit der Darlegung der genauen Zweckbestimmung der jeweiligen Zulage werden schon so hohe Hürden an den Nachweis gestellt, dass es für den Arbeitgeber in der Praxis kaum möglich sein wird, diesen zu erbringen. Es ist daher nicht nachvollziehbar, dass in den wenigen, klaren Fällen, wo dies im Einzelfall für den Arbeitgeber möglich sein würde, dennoch pauschal und unwiderlegbar die berechnete Anrechnungsmöglichkeit verweigert werden sollte.

Die Richtlinie sieht zudem vor, dass die Mitgliedstaaten eine **offizielle Website** einrichten müssen, auf der die von ausländischen Dienstleistungserbringern einzuhaltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen **in einfacher und transparenter Weise** zu entnehmen sein müssen. Es ist zu begrüßen, dass die Bundesregierung dieser Verpflichtung nachkommen und dazu die Website www.zoll.de ausbauen und fortlaufend pflegen will. Dort sollen zukünftig die relevanten Informationen inklusive der zu zahlenden Entlohnung und ihre Bestandteile veröffentlicht werden. Es bleibt abzuwarten, ob die Weiterentwicklung der Website diesen selbst gestellten Anforderungen der Bundesregierung zukünftig in der Praxis standhalten wird.

II. Anwendung tariflicher Arbeitsbedingungen

Zukünftig müssen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland bestimmte tarifliche Arbeitsbedingungen einhalten, wenn die Entsendung entweder in den Geltungsbereich eines **bundesweit für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags nach dem Tarifvertragsgesetz erfolgt** oder **eine Rechtsverordnung nach § 7 bzw. 7a AEntG vorliegt**. Dies gilt grundsätzlich auch für **sämtliche Entlohnungsbedingungen** in diesen Tarifverträgen.

Die zwingend geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen werden in § 5 geregelt. Die Arbeitsbedingung „Mindestentgeltsätze“ in Nummer 1 wird grundsätzlich weiterhin beibehal-

ten. Dies wird damit begründet, dass einzelne Vorschriften, wie etwa die Verordnungsermächtigungen nach §§ 7 und 7a, weiterhin nur für Mindestentgeltsätze gelten. Allerdings wird der Begriff durch die Erweiterung zukünftig präzisiert und über die neu eingeführt Nummer 1a und den Verweis auf die „Entlohnung“ an die Vorgaben der Änderungsrichtlinie angepasst.

Bewertung:

§ 3 AEntG wird deutlich ausgeweitet, so dass künftig auch außerhalb des Baugewerbes bundesweite Tarifverträge, die nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes für allgemeinverbindlich erklärt wurden, auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland Anwendung finden.

Zukünftig wird es hier also **zwei bedeutsame Fallgruppen** geben: allgemeinverbindliche Tarifverträge und Rechtsverordnungen. Positiv ist der rechtstechnische Ansatz zu bewerten, diese für eine **verbesserte Verständlichkeit** der Vorschrift in zwei Nummern aufzuteilen. Wenn für diese beiden Fallgruppen unterschiedliche Regelungen gelten sollen, wird somit zugleich eine **einfachere Verweisung** ermöglicht.

Den aktuell wohl erfolgten Vorstoß des BMAS, diesen Anwendungsbereich auch auf die **allermeisten regionalen allgemeinverbindlichen Tarifverträge** auszuweiten, lehnen wir ganz entschieden und mit Nachdruck ab. Damit würde die Komplexität der Anforderungen deutlich erhöht und für den anwendenden Arbeitgeber im Aus- und Inland vollends unübersehbar. Im Moment – knapp 2 Monate vor dem Ende der Umsetzungsfrist – gibt es dazu noch nicht einmal eine Übersicht, welche Tarifverträge dies genau erfassen würde, geschweige denn ausreichende Übersetzungen in die Amtssprachen der EU-Mitgliedsstaaten. Von vielen regionalen allgemeinverbindlichen Tarifverträgen ist nicht mehr als der Titel über das Tarifregister bekannt. Um eine europafeindliche Diskriminierung ausländischer Marktteilnehmer zu verhindern, darf dieser Ausweitungsschritt daher keinesfalls in die Praxis übernommen werden (siehe ergänzend auch die Ausführungen unter III. Langzeitentsendungen).

Ob die Begrenzung der Differenzierung nach Art und Tätigkeit der Qualifikation auf drei Entgeltstufen in bundesweit gültigen allgemeinverbindlichen Tarifverträgen die Bürokratie und den Aufwand der Arbeitgeber in Grenzen halten kann, ist noch fraglich. Die Erfahrungen im Baugewerbe, wo schon heute mit Lohngruppe 1 und 2 im für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag zwei Stufen bestehen, sind eher negativ. Schon dort gelingt es den Zollbehörden bzw. der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) wohl oftmals nicht, einfach und transparent die erfolgte Eingruppierung und damit die Einhaltung der tariflichen Mindestlöhne zu überprüfen. Eine weitere Stufe oder zusätzliche tarifliche Bestimmungen

werden zu weiterer Komplexität und damit einer erheblichen Steigerung der Prüfanforderungen für die Kontrollbehörden führen.

Auch bleibt abzuwarten, ob die Weiterentwicklung der Website www.zoll.de im tariflichen Bereich den selbst gestellten Anforderungen der Bundesregierung in der Praxis standhält. Die gewählte, textlastige Struktur mag es vielleicht Kennern der Materie erleichtern, den Überblick zu behalten. Wir haben jedoch starke Zweifel, ob ausländische Dienstleistungserbringer die einzuhaltenden tariflichen Arbeitsbedingungen **in einfacher und transparenter Weise** entnehmen bzw. erkennen werden können. Im Vergleich der europäischen Portale fällt zudem auf, dass sich diese leider erheblich voneinander unterscheiden. Im Sinne eines Best-Practice-Sharing sollte sich die Bundesregierung hier an den sehr praktikablen und klar aufgebauten Ansätzen z. B. von Österreich orientieren, und das bisher völlig unzureichende deutsche Portal in diesem Sinne verbessern.

Die Ausweitung der anzuwendenden tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen auf eine Vielzahl an Entlohnungsbedingungen erhöht außerdem den Transaktions- und Verwaltungsaufwand für die entsendenden Unternehmen erheblich. Es muss daher bezweifelt werden, dass der im Gesetzentwurf (BT-Drucksache 19/19371; S. 18) beschriebene Aufwand für den ausländischen Arbeitgeber unter Nutzung des aus Praxisblickwinkel unzureichenden Portals www.zoll.de, zur Ermittlung der für eine Inlandsbeschäftigung geltenden zusätzlichen Arbeitsbedingungen, mit 30 Minuten (bis 12 bzw. 18 Monate) bzw. 2 Stunden (mehr als 12 bzw. 18 Monate) realistisch angesetzt ist. Zudem basiert die Annahme der tatsächlichen Fallzahlen auf veraltetem, statistischem Zahlenmaterial aus dem Jahr 2017. Die Zahl der formal angemeldeten grenzüberschreitenden Tätigkeiten hat in den letzten beiden Jahren massiv zugenommen. Dies vor allem aufgrund der vielen Presseartikel über den Flickenteppich rund um A1 und die Meldepflichten in Europa sowie vermehrte praktische Kontrollen und Sanktionen vor Ort.

Für Entsendungen in die deutsche M+E-Industrie ändern diese entgeltrechtlichen Neuregelungen allerdings zunächst nichts, da in unserer Branche kein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag und auch keine Rechtsverordnung nach § 7 bzw. 7a existiert.

III. Langzeitentsendungen (länger als 12 bzw. 18 Monate)

Der neue Abschnitt 4b enthält besondere Bestimmungen für Arbeitnehmer, die von ihrem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland zwar vorübergehend, aber für einen **längeren Zeitraum als 12 bzw. 18 Monate** nach Deutschland entsandt werden. In diesen Fällen sollen – ent-

sprechend den neuen Vorgaben der Entsenderichtlinie – über den Katalog des § 2 AEntG hinaus **alle Arbeitsbedingungen, die in deutschen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelt** sind gelten.

Außerdem gelten **sämtliche in nach dem Tarifvertragsgesetz für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen (auch regionalen) geregelte Arbeitsbedingungen**, auch über den Katalog der Arbeitsbedingungen in § 5 AEntG hinaus.

Ausgenommen sind aber – wie in der Richtlinie vorgesehen – die Arbeitsbedingungen, die die **Entstehung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses** oder die **betriebliche Altersversorgung** betreffen.

Bewertung:

Die Auswirkungen dieser neuen Vorgaben für Langzeitentsendungen lassen sich zum jetzigen Zeitpunkt überhaupt noch nicht abschätzen. Hier besteht eine **große Rechtsunsicherheit** für die deutschen Unternehmen. So bleibt völlig unklar, welche arbeitsrechtlichen Vorgaben des jeweiligen nationalen, ausländischen Arbeitsrechts für die Entsendung nach Deutschland weitergelten oder durch im Einzelnen günstigere deutsche Arbeitsbedingungen ersetzt werden müssen. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 17/19371; S. 29) werden einige Beispiele für möglicherweise anwendbare Arbeitsrechtskomplexe gegeben. Allerdings wird hier selbst auf den nicht abschließenden Charakter dieser Übersicht hingewiesen. Da ausländische Arbeitgeber mit diesen komplexen Rechtsfragen in der Regel überfordert sein werden, ist zu erwarten, dass in der Praxis die Entsendedauer auf maximal 12 bzw. 18 Monate zurückgehen wird. Die neue Vorgabe würde damit aber indirekt als objektive Zugangsschranke wirken und die **unionsrechtlich geschützte Dienstleistungsfreiheit unverhältnismäßig einschränken und beschädigen**. Die Arbeitskräftemobilität wird jedenfalls so auf keinen Fall erhöht.

Um hier überhaupt unternehmensseitig diesen Anforderungen nachkommen zu können, müssen die **wesentlichen Inhalte der anwendbaren allgemeinverbindlichen Tarifverträge vereinfachend zusammengestellt** und auf der einheitlichen Website **benutzerfreundlich aufbereitet** werden. Zudem ist es dauerhaft erforderlich, die entsprechenden Informationen aktuell zu halten. Dies kann sich jedoch nicht in der Wiedergabe der Titel und des Volltextes erschöpfen. **Hier muss die Bundesregierung auch die zu erstellen den Übersichten in weitere Amtssprachen übertragen**, damit der Transparenzpflicht für ausländische Unternehmen Genüge getan werden kann.

Zudem bittet der Bundesrat in seiner Stellungnahme (Bundesrat Drucksache 84/20 - Beschluss) u. a. um eine Überprüfung des Art. 1 Nr. 11 (§ 13 c AEntG) im Hinblick auf eine praxisgerechtere Ausgestaltung dieser Regelung. Dieser Bitte schließen wir uns aus-

drücklich an. Aus unserer Sicht ist hier eine eindeutige und damit praktikablere Ausgestaltung insbesondere der Absätze 4 und 5 notwendig. So sollte aus unserer Sicht in § 13 c Abs. 4 S. 1 AEntG eine Klarstellung getroffen werden, dass eine Unterbrechung der Tätigkeiten eines Arbeitnehmers oder eines Zeitarbeiters im Inland **ab einem gewissen Zeitraum** (z. B. in Anlehnung an § 1 Abs. 1b) S. 2 AÜG ab einer Unterbrechung von drei Monaten) **als Beendigung der Beschäftigung** im Inland gilt. Im jetzigen Gesetzesentwurf der Bundesregierung ist bislang keine Differenzierung nach der Dauer der Unterbrechung enthalten, so dass wir befürchten, dass auch langfristige Unterbrechungen von mehreren Monaten oder gar Jahren nicht als Beendigung der Beschäftigung bewertet werden und einzelne Tage trotz echter Unterbrechung der Entsendung auch über mehrjährige Zeiträume zusammengerechnet werden könnten. Diese Befürchtung wird leider durch die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, die dem Gesetzesentwurf als Anlage 4 beigefügt ist, bestätigt. Denn bei einer echten Unterbrechung liegt eben gerade kein hinreichender Schwerpunkt der Tätigkeit des Arbeitnehmers in Deutschland. Dadurch entsteht eine unhaltbare Rechtsunsicherheit für die Arbeitgeber, da unklar bleibt, welche langfristigen Unterbrechungszeiten für die Beschäftigungsdauer mitgezählt werden. Die Beschäftigungsdauer von 12 bzw. 18 Monaten könnte so ungewollt schnell erreicht sein und damit die Geltung sämtlicher Arbeitsbedingungen die Komplexität für den Arbeitgeber derart erhöhen, dass eine Entsendung in der Praxis gar nicht mehr stattfindet oder abgebrochen wird!

Überdies ist auch aus Gründen der besseren Praktikabilität für den Anwender eine zeitliche Definition des Begriffspaares „unmittelbarer Anschluss“ in § 13 c Abs. 5 AEntG nicht nur erforderlich, sondern zwingend nötig.

Die Begründung des deutschen Gerichtsstands für die erweiterten Ansprüche nach Abschnitt 4b ist konsequent und folgt der bisherigen Systematik des bestehenden AEntG. Die damals im Eckpunktepapier des BMAS enthaltene Ankündigung, dass zukünftig Gewerkschaftsorganisationen stärker die Rechte der entsandten Arbeitnehmer geltend machen sollen, also quasi eine Prozessstandschaft für deutsche Gewerkschaften angedacht wurde, ist **richtigerweise im Gesetzesentwurf der Bundesregierung nicht mehr enthalten**. Dies wäre auch sehr weit über die Vorgaben der Entsenderichtlinie hinausgegangen und zudem immanent systemfremd gewesen.

Im Entwurf der Bundesregierung wurden zudem **richtigerweise Erleichterungen** gegenüber dem Referentenentwurf im Hinblick auf **die Form der (Verlängerungs-) Mitteilung aufgenommen**. Diese Mitteilung soll nun nicht mehr zwingend in der strengen, gesetzlichen Schriftform des §126 BGB erfolgen, sondern es soll **die Textform nach § 126b BGB** genügen. Diese Änderung ist ausdrücklich zu begrüßen, zukünftig ist so auch eine

Mitteilung per Email möglich. Das ist modern und im Hinblick auf neue Kommunikationsformen dringend geboten, zumal die Rechtsfolgen der Mitteilung nicht an eine behördliche Genehmigung geknüpft sind. Der Eingang der Mitteilung soll zukünftig von der Zollverwaltung bestätigt werden (vgl. § 13b Abs. 2).

IV. Ausnahmen und Sonderregelungen

1. Neuer § 24 AEntG: Sonderregelungen für bestimmte Tätigkeiten

Der neue § 24 AEntG nimmt bestimmte Fallkonstellationen **teilweise aus dem Geltungsbereich des AEntG aus**. Wie bisher soll es eine Ausnahme für Entsendungen von bis zu **8 Tagen für Erstmontage- und Einbauarbeiten** geben, diese wird allerdings auf einen einmaligen Einsatz in einem Zeitraum von einem Jahr beschränkt. Neu aufgenommen wurden Ausnahmen für Tätigkeiten ohne Dienstleistungserbringung, explizit die Teilnahme an Besprechungen, Fachkonferenzen oder Messebesuchen und an einer betrieblichen Weiterbildung. In § 24 Abs. 2 wurde im Beschluss des Bundeskabinetts nun allerdings die noch im Referentenentwurf enthaltene Nummer 5 gestrichen, sodass keine Ausnahmen für internationale Sportveranstaltungen mehr bestehen sollen. Die übrigen Tätigkeiten sollen für einen Zeitraum von **bis zu 2 Wochen ununterbrochen bzw. max. 30 Tage im Zwölfmonatszeitraum** teilweise nicht unter den Geltungsbereich des AEntG fallen.

Bewertung:

Grundsätzlich sind die Ausnahmetatbestände für Erstinstallationsarbeiten und nun auch für Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug nach § 24 zu begrüßen.

Die Einschränkung der Ausnahme für Erstmontagearbeiten auf einmalig max. 8 Tage **im Zeitraum von einem Jahr** lehnen wir jedoch entschieden ab! Diese Interpretation der Bundesregierung ist viel zu eng und **fällt deutlich hinter die Vorgaben der zugrundeliegenden Richtlinie** zurück. Dort gilt diese Ausnahme „bis 8 Tage“ ohne jede Einschränkung für die „Dauer der Entsendung für eine Erstinstallation“ und verbietet nicht, dass weitere Erstinstallationseinsätze im Aufnahmeland stattfinden.

Gerade in der M+E-Industrie erfolgt typischerweise der Verkauf von Maschinen und Anlagen mit begleitenden Installations- und Montagearbeiten, vor allem in der zunehmend vernetzten Industrie 4.0. Wenn z. B. ein spanisches M+E-Unternehmen mehrere Maschinen übers Jahr verteilt nach Deutschland verkauft, könnte sich dieses wohl nur für eine Lieferung und die damit verbunden Installationsarbeiten von bis zu 8 Tagen auf die Erleichterungen bzw. Ausnahmen im Gesetzentwurf berufen – und dies, obwohl jede Liefere-

nung für sich betrachtet völlig unabhängig zu bewerten und eigenständig ist. In der konsolidierten Fassung in Art. 3 Abs. 6 der Richtlinie (EU) 2018/957 wird zwar für die Berechnung der „Dauer der Entsendung“ auf einen Bezugszeitraum von einem Jahr abgestellt. Bei dieser Berechnung sind dann auch alle früheren Perioden zu berücksichtigen. Allerdings soll dies nach dem Verständnis der EU-Kommission im begleitenden praktischen Umsetzungsleitfaden nur für diejenigen Einsätze bzw. Perioden gelten, für die **dieselbe Stelle oder Tätigkeit** von einem entsandten Arbeitnehmer besetzt worden ist. Das ist jedoch – um zum obigen Beispiel des spanischen M+E-Unternehmens zurück zu kommen – bei einer typischen **Erst**installation beim Kunden im Aufnahmeland schon praktisch ausgeschlossen, da es sich anderenfalls um einen Einsatz zu **Folge**installationsarbeiten handeln würde!

Für die Beschränkung der Bundesregierung auf einen allgemeinen einmaligen **Erst**installationseinsatz in diesem Jahreszeitraum in Deutschland findet sich daher, anders als im Begründungstext des Gesetzentwurfs (BT-Drucksache 19/19371; S. 35) angeführt, nach unserem Verständnis gerade **keine Grundlage in der Richtlinie!** Um der laut Koalitionsvertrag gebotenen Selbstverpflichtung der Bundesregierung zu einer 1:1 Umsetzung europäischen Rechts nachzukommen, **muss die Begrenzung der Erleichterungen auf einen einmaligen, 8-tägigen Erstinstallationseinsatz in diesem zeitlichen Bezugsrahmen daher zwingend gestrichen werden.**

Hinsichtlich der zeitlichen Einschränkung für Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug ist sogar nicht einmal der zeitliche Bezugsrahmen gerechtfertigt! Laut offiziellem Praxisleitfaden der Europäischen Kommission für die Umsetzung der Richtlinie fallen **Auslandseinsätze ohne Dienstleistungserbringung** für Dritte überhaupt **nicht in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie.** Vor diesem Hintergrund ist die zeitliche Beschränkung dieser wichtigen Ausnahmeregelung abzulehnen. Sie muss vielmehr zeitlich uneingeschränkt gelten und kann so lediglich klarstellenden Rechtscharakter haben.

Diese **Ausnahmeregelungen** gelten zwar leider nur für **Inbound-Sachverhalte**, d. h. für ausländische Arbeitnehmer, die nach Deutschland entsendet werden. Sie haben aber dennoch einen wichtigen Signalcharakter für andere Mitgliedstaaten und deren Umsetzungsgesetze. Zugunsten unserer ins EU-Ausland entsendenden, exportorientierten Unternehmen sollte sich die Bundesregierung daher zur Vermeidung eines immer weiter ausufernden Flickenteppichs für einheitliche, praxistaugliche Ausnahmeregelungen in den anderen EU-Staaten einsetzen.

Ein weiterer positiver Ansatz zur Vermeidung ausufernder Bürokratie könnte der Katalog in § 1 Absatz 5 des österreichischen LSD-BG sein, der der Umsetzung der Entsenderichtli-

nie in Österreich dient. Die dort aufgeführten Beispiele stellen für bestimmte **Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug** klar, dass sie vollständig nicht unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Besonders interessant ist zudem die dort unter der Nummer 8 geregelte Ausnahme für Einkommen oberhalb einer bestimmten **monatlichen Bruttoentlohnung**. Hier kann von „Sozialdumping“ und Ausbeutung keine Rede mehr sein, so dass Erleichterungen für den Nachweis nationaler Arbeitsbedingungen gerechtfertigt sind. Dieser Ansatz sollte auch in das deutsche Umsetzungsgesetz, hier dann in den § 24 AEntG, Eingang finden. Vorstellbar wäre z. B. in **Anlehnung an die Vorgaben zum Erhalt der sog. „Blauen Karte EU“** in Deutschland anzuknüpfen. Dieser Bezug zur Beitragsbemessungsgrenze ließe sich so zum Beispiel auch auf bestimmte Branchen unterschiedlich übertragen bzw. wegen besonderer Herausforderungen differenziert ausgestalten.

In Anlehnung an diesen europarechtskonformen, etablierten Ansatz ließe sich so eine Vielzahl unbedenklicher und vor allem wirtschaftlich wünschenswerter Entsendesachverhalte in Hochlohnbranchen von unnötiger Bürokratie befreien!

Ergänzend könnte es sinnvoll sein auch **für bestimmte Tätigkeiten mit Dienstleistungsbezug** im Rahmen von Geschäftsreisen (echte) Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AEntG vorzusehen (z. B. für Tätigkeiten von Führungskräften). Die in § 30 der BeschäftigungsVO enthaltenen Tätigkeiten könnten hier ein guter Maßstab in diese Richtung für einen funktionierenden Ausnahmekatalog sein, der Erleichterungen für einen begrenzten Zeitraum einräumt. Diese Tätigkeiten werden nicht als „Beschäftigung“ im Sinne des Aufenthaltsgesetzes angesehen (sog. Nichtbeschäftigungsfiktion) und erleichtern so in der Praxis für den vorgegebenen Zeitraum die Geschäftsbeziehungen mit dem Ausland erheblich.

V. Weitere Regelungen

Neuer § 25 AEntG: Übergangsvorschrift

Die Übergangsvorschrift des § 25 regelt, dass bei der Berechnung, ob eine sog. Langzeitsendung vorliegt, die Zeiten der Beschäftigung in Deutschland **vor dem Inkrafttreten** des geänderten AEntG im Wege der tatbestandlichen Rückanknüpfung **mitgezählt werden sollen**. Ist ein Arbeitnehmer am Tag des Inkrafttretens des geänderten AEntG z. B. schon seit 17 Monaten in Deutschland, so würde er schon im August 2020 den Maximalverbleib von 18 Monaten im ausländischen Arbeitsrecht erreichen – und damit müsste innerhalb eines Monats der Günstigkeitsvergleich mit den maßgeblichen deutschen Ar-

beitsbedingungen vorgenommen und die Entsendebedingungen entsprechend angepasst werden.

Bewertung:

Diese Regelung sehen wir extrem kritisch. Hier handelt es sich aus unserer Sicht um eine **rückwirkende Anwendung** der neuen Bestimmungen. Diese lehnen wir klar ab. Mit der Regelung in der aktuellen Form würde in bereits laufende Entsendesachverhalte eingegriffen und das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende, zugrundeliegende Recht nachträglich verändert.

Dieser **rückwirkende Charakter der Übergangsvorschrift verletzt in unverhältnismäßiger Weise den Grundsatz des Vertrauensschutzes des entsendenden Arbeitgebers**. Er widerspricht auch klar den Vorgaben in Artikel 3 der Richtlinie (EU) 2018/957: „[Die Mitgliedstaaten] wenden diese Maßnahmen ab dem 30. Juli 2020 an. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Richtlinie 96/71/EG weiterhin in der Fassung anwendbar, die vor dem mit dieser Richtlinie eingeführten Änderungen galt.“

Wir sprechen uns daher dafür aus, dass Entsende- bzw. Beschäftigungszeiten, die vor Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes liegen, bei der Berechnung einer Langzeitentsendung nicht mitgezählt werden dürfen. Im ungünstigsten Fall müssten sonst – bei entsprechend lang laufender Entsendung – bereits am Folgetag nach Inkrafttreten des neuen AEntG arbeitsrechtsvergleichende Systembetrachtungen durch den entsendenden, ausländischen Arbeitgeber durchgeführt werden.

Hier handelt es sich um eine deutliche Übererfüllung der Vorgaben der Änderungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie, also einen **weiteren Verstoß gegen die Selbstverpflichtung der Bundesregierung zu einer 1:1 Umsetzung europäischen Rechts**. Da hilft es auch wenig, dass für diese Fälle zumindest eine ausdrückliche Verlängerung der Entsendung von 12 auf 18 Monate nicht erforderlich sein soll.

2. Stellungnahme zum Antrag „Für einen unbürokratischen Binnenmarkt – Auslandsentsendungen vereinfachen und Protektionismus bekämpfen“ (BT-Drucksache 19/19259)

In den letzten Jahren wurden die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben für die Entsendung von Beschäftigten in einen anderen EU-Mitgliedstaat so verschärft, dass der Aufwand gerade für kleinere und mittlere Unternehmen in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis mehr steht. Schon die Durchsetzungs-Richtlinie zur Entsenderichtlinie (2014/67/EU), die bis 2016 in nationales Recht umgesetzt werden musste, hat zu einem wahren Flickenteppich an unterschiedlichsten nationalen Melde- und Dokumentationspflichten für Arbeitgeber geführt. Die Inhalte und Ausrichtung des Antrags (BT-Drucksache 19/19259) unterstützen wir daher vollumfänglich und mit Nachdruck.

Aktuell driftet der europäische Binnenmarkt für Arbeitnehmer und Dienstleistungen klar auseinander, statt weiter zusammenzuwachsen. 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 Maßnahmen der letzten Jahre wirken so im Grunde tatsächlich protektionistisch und verhindern ein echtes Zusammenwachsen auch der Arbeitsmärkte.

Wir setzen uns daher ganz grundsätzlich für folgende Punkte ein:

- Die in Deutschland in der Vergangenheit übliche Praxis, dass nur bei Auslandseinsätzen von mehr als einer Woche eine Bescheinigung A1 beantragt werden muss, sollte europaweit einheitlich zur Anwendung gebracht werden. Dafür ist eine entsprechende Klarstellung in der Verordnung 987/2009 aufzunehmen.
- In der Praxis sind die Erfordernisse der unterschiedlichen Gesetzgebungsakte (Entsende-Richtlinie für das Arbeitsrecht, Verordnungen 883/2004 und 987/2009 für das Sozialrecht) nur schwer voneinander zu trennen. Leider weichen die Ausnahmebestimmungen des Arbeitsrechts deutlich von denen des Sozialrechts ab. Bestimmte Auslandseinsätze können somit von Erfordernissen der Entsende-Richtlinie ausgenommen sein, aber nicht von Erfordernissen des EU-Sozialrechts (oder umgekehrt). Diese hohe Regulierungskomplexität mündet zwangsläufig in viel Aufwand und Unsicherheit bei den Unternehmen. Hier müssen gesetzgebungsübergreifend einheitliche Standardausnahmen für die EU-Arbeitnehmermobilität geschaffen werden.
- Wir setzen uns für eine generelle, EU-weit einheitlich umzusetzende Befreiung von kurzen Auslandseinsätzen bis zu einer Woche von den eingeführten administrativen und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen ein sowie darüber hinaus für eine generelle Ausnahme von Auslandseinsätzen ohne Dienstleistungserbringung.

- Die Unternehmen benötigen harmonisierte Meldevorschriften und -verfahren, um den enormen bürokratischen Aufwand zu reduzieren. Neben angeleglichen Meldeplattformen zumindest auch in Englisch sollten digitale und/oder KI-gestützte Tools wie z. B. eine europäische Datenbank für nationale Entgelt- und Arbeitsrechtsbestimmungen und ein pauschalisierender Entgeltrechner zur Verfügung gestellt werden. Ohne die rechtzeitige Einführung und Nutzung dieser digitalen Instrumente wird es für die Unternehmen in der Praxis nicht möglich sein, die neuen Vorgaben der Entsenderichtlinie 2018/957 zur Einhaltung der Entgelt- und Arbeitsrechtsbedingungen im Zielland mit vertretbarem Aufwand zu erfüllen. Solche Tools müssen zwingend von der neu geschaffenen ELA (European Labour Authority) – eigentlich noch vor dem Auslaufen der Umsetzungsfrist der neuen Entsende-Richtlinie – geschaffen werden.

3. Stellungnahme zum Antrag „Ausbeutung und Lohndumping bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerentsendung konsequent unterbinden“ (BT-Drucksache 19/19231)

Der Antrag (BT-Drucksache 19/19231) thematisiert das bekannte Problem von niedrigen Entgelten, der Unterschlagung von Entgeltbestandteilen sowie Sozialversicherungsbetrug im Zusammenhang mit der grenzüberschreitender Entsendung von Beschäftigten in Branchen mit besonderen Herausforderungen, namentlich aufgeführt sind dort in dem Antrag „deutsche Baustellen, Schlachtbetriebe und die Pflege.“

Auch wenn wir das Ziel durchaus teilen, lehnen wir die Intention und die dazu angedachten rechtlichen Ausführungen vollumfänglich ab und weisen sie mit Nachdruck zurück!

Gesamtmittel hat sich von Anfang an konsequent in das Verfahren zur Revision der Entsend-Richtlinie eingebracht. Die Metall- und Elektro-Industrie ist eine klar exportorientierte Branche in der überdurchschnittliche Einkommen gezahlt werden, während einer Entsendung erhalten die Arbeitnehmer in der Regel sogar noch einmal ein deutlich erhöhtes Entgelt. Das obige Bild der „Armut- und Ausbeutungsentsendung“ ist eben nur ein Teil der Realität. Wesentlich zielführender als sämtliche Unternehmen mit immer neuen restriktiven bürokratischen Regelungen zu überziehen, wäre es daher, wenn die Branchen mit speziellen Herausforderungen auch spezielle, restriktivere Regelungen ausverhandeln würden. Darüber hinaus sollten endlich die Kontrollen in diesen Branchen entsprechend verschärft werden. Um hierfür ein bildliches Beispiel zu geben: Wenn vor einer innerstädtischen Schule gerast wird, ist es unverhältnismäßig in der ganzen Stadt die Geschwindigkeit von 50 auf 30 km/h abzusenken. Richtigerweise wird um die Schule herum die Geschwindigkeit reduziert und es muss eben auch mal vor Ort geblitzt werden!

Für Gesamtmetall ist die Entsendung von Arbeitnehmern in der EU und der europäischen Metall- und Elektro-Industrie eine gewünschte Form der Arbeitskräftemobilität. Diese setzt klare, einfache und einheitliche Binnenmarktregeln voraus. Dazu gehören für uns eine praxistaugliche Basisabsicherung und einheitliche Meldepflichten in den Mitgliedstaaten – ergänzt um spezifische Regeln für Entsendungen ab Tag 1 in den Branchen mit besonderen Herausforderungen. Zudem sollte man dem Beispiel Österreichs folgen und eine pauschale Entgeltschwelle ergänzen. Mit diesem einfachen Nachweis einer „fairen Mobilität“, könnte man sich stärker auf die problematischen Entsendekonstellationen konzentrieren!

XX

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Martin Franzen, München

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



LUDWIG-
MAXIMILIANS-
UNIVERSITÄT
MÜNCHEN

JURISTISCHE FAKULTÄT
LEHRSTUHL FÜR DEUTSCHES, EUROPÄISCHES,
INTERNATIONALES ARBEITSRECHT UND
BÜRGERLICHES RECHT



Professor Dr. Martin Franzen · Prof.-Huber-Platz 2 · 80539 München

Professor Dr. Martin Franzen

Telefon +49 (0)89 2180-3587
Sekretariat -3415
Telefax +49 (0)89 2180-13554

franzen@jura.uni-muenchen.de

Postanschrift
Prof.-Huber-Platz 2
80539 München

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (BT-Drucksache 19/19371) sowie zu weiteren Anträgen (BT-Drucksachen 19/19231 und 19/19259) zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 15. Juni 2020

I. Zum Regierungsentwurf

1. Generelle Einschätzung

Der Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen setzt nach meiner Einschätzung die genannte Richtlinie im wesentlichen konsequent und zielführend in deutsches Recht um. Der Gesetzentwurf fügt sich in die bislang entwickelte Systematik des Entsenderechts ebenso wie des Tarifvertragsrechts ein und berücksichtigt dabei sowohl die Erfordernisse eines hinreichenden Arbeitnehmerschutzes im Zielstaat als auch die Belange der entsendenden Unternehmen und damit der unionsrechtlichen Grundlagen wie etwa der Dienstleistungsfreiheit. Der Regierungsentwurf folgt dabei in aller Regel dem Grundsatz der „1:1“-Umsetzung der Richtlinie.

2. Zu Art. 1 Nr. 17 (§§ 24, 25 AEntG-Regierungsentwurf)

Diese „1:1“-Umsetzung wird, soweit ich sehen kann, insbesondere in Art. 1 Nr. 17 des Regierungsentwurfs in mancherlei Hinsicht verlassen.

a) § 24 Abs. 1 AEntG-Regierungsentwurf

§ 24 Abs. 1 AEntG-Regierungsentwurf ist bereits im wesentlichen geltendes Recht; die entsprechende Regelung findet sich derzeit in § 6 Abs. 1 AEntG. Allerdings enthält § 6 Abs. 1 AEntG den nun in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AEntG-Regierungsentwurf aufgenommenen Bezugszeitraum von einem Jahr nicht. Dies stellt eine wesentliche Verschärfung und Erschwerung solcher Erstmontagearbeiten dar. Die zugrunde liegende Vorschrift der Richtlinie 96/71/EG, Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 RL 96/71/EG, kennt diesen Bezugszeitraum ebenfalls nicht. Zwar sieht Art. 3 Abs. 6 UAbs. 1 RL 96/71/EG für die Berechnung der Dauer von Entsendungen einen solchen Bezugszeitraum von einem Jahr vor. Allerdings erscheint nicht ganz klar, ob sich dieser Absatz auch auf die in Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 RL 96/71/EG geregelten Erstmontage- und Einbauarbeiten beziehen soll. Jedenfalls könnte nach der jetzigen Fassung des Gesetzes ein entsandter Arbeitnehmer bei einem Kunden nur eine Erstmontage von acht Tagen in einem Jahr durchführen, eine weitere Erstmontage bezüglich eines anderen Gegenstands bei demselben Kunden innerhalb dieses Bezugszeitraums würde dann die entsprechenden Pflichten aus dem AEntG auslösen. Dieses Ergebnis erscheint mir praxisfremd und sinnwidrig, weil man es einem Unternehmen erheblich erschweren würde, mehrere Erstmontagen beim Kunden innerhalb eines Jahres zu erbringen. Es müsste sichergestellt werden, dass der Bezugszeitraum bei jeder Erstmontage von neuem beginnen kann, wie ja das Wort „Erstmontage“ schon begrifflich nahelegt. Am einfachsten erreicht man das dadurch, dass man zum Regelungsgehalt des bisherigen § 6 Abs. 1 AEntG zurückkehrt. Diese Vorschrift hat für die Praxis offenbar auch keine Probleme bereitet; die EU-Kommission als die nach Art. 17 Abs. 1 S. 2 EUV für die Überwachung der Anwendung des Unionsrechts zuständige Behörde hat die Vorschrift soweit ersichtlich auch noch nie wegen des möglicherweise fehlenden Bezugszeitraums von einem Jahr als richtlinienwidrig eingestuft. In § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AEntG-Regierungsentwurf sollten daher die Worte „innerhalb eines Jahres“ gestrichen werden.

b) § 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf

§ 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf statuiert Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AEntG. Dies ist der grundlegenden Regelungskonzeption dieses Gesetzes geschuldet. Bereits seit 2009 regelt das Gesetz nicht mehr ausschließlich Arbeitnehmerentsendungen, sondern knüpft

ganz allgemein an den Tatbestand des „regelmäßig im Inland beschäftigten“ Arbeitnehmers an. Dies wird durch den vorliegenden Gesetzentwurf noch verstärkt. So ist nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung unter dem Begriff der Beschäftigung im Inland „jede vom Arbeitgeber veranlasste Tätigkeit des Arbeitnehmers in Deutschland“ zu verstehen, eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in Deutschland wird nicht vorausgesetzt¹. Damit sind grundsätzlich auch Fallkonstellationen erfasst, die über die klassischen Entsendesachverhalte hinausgehen und auch außerhalb des Geltungsbereichs der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG liegen. § 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf reagiert auf diesen Umstand und nimmt Situationen aus, in denen aus Sicht der Bundesregierung kein Bedürfnis für die Anwendung deutschen Arbeitsrechts besteht.

Aus meiner Sicht ist diese Vorschrift hinsichtlich der zeitlichen Dimension problematisch, und zwar primär bezüglich der Definition des Begriffs der „vorübergehenden“ Beschäftigung in § 24 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf. Danach gilt ein Bezugszeitraum von einem Jahr und ein ununterbrochener Einsatzzeitraum von 14 Tagen und/oder 30 Tagen insgesamt innerhalb des Bezugszeitraums. Dies erschwert derartige Tätigkeiten erheblich. Inspiriert sind diese zeitlichen Rahmen möglicherweise von Art. 3 Abs. 4 und 6 RL 96/71/EG. Allerdings ist zu bedenken, dass die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie in diesen Konstellationen des § 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf überhaupt keine Anwendung findet, weil es sich definitionsgemäß nicht um klassische Entsendungen im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen im Sinne der (im wesentlichen unveränderten) Aufgreifkriterien des Art. 1 Abs. 3 RL 96/71/EG handelt. Daher schlage ich vor, die sehr enge Definition des Tatbestandsmerkmals „vorübergehend“ in § 24 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf ersatzlos zu streichen. Dies eröffnet Flexibilisierungsmöglichkeiten für betroffene Unternehmen, ohne den Arbeitnehmerschutz und das Umsetzungserfordernis hinsichtlich der Richtlinie (EU) 2018/957 zu vernachlässigen.

Außerdem ist zweifelhaft, ob die in § 24 Abs. 2 S. 1 AEntG-Regierungsentwurf genannten Katalogtatbestände alle denkbaren Sachverhalte erfassen, die von den wesentlichen Bestimmungen des AEntG ausgenommen werden sollten, um die Unionsrechtskonformität in jedem Einzelfall sicherzustellen. Ich möchte hierzu nur auf das Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 19. 12. 2019 in der Rechtssache Dobersberger hinweisen². In diesem Fall erbrachte ein ungarisches Unternehmen im Auftrag der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) mit Hilfe

¹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 19/19371, S. 29.

² EuGH 19. 12. 2019 – C-16/18 – EuZW 2020, 151 = NZA 2020, 225 (Dobersberger/Magistrat der Stadt Wien).

eigener Arbeitnehmer das Catering in den Zügen auf der Strecke von Budapest nach München. Der EuGH hielt die Richtlinie 96/71/EG nicht für anwendbar, weil die Arbeitsleistung keine hinreichende Verbindung zum Hoheitsgebiet des Einsatzortes Österreich aufgewiesen habe³. Überträgt man diesen Sachverhalt nach Deutschland und unterstellt man, dass es in Deutschland einschlägige nach dem AEntG erstreckte Tarifverträge gibt – was m. E. derzeit nicht der Fall ist –, würde aus deutscher Perspektive das AEntG in einem solchen Fall durchaus Anwendung finden; die in § 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf geregelten Ausnahmetatbestände erfassen diesen Fall jedenfalls nicht. Hier könnten sich für die Zukunft Diskrepanzen zum Unionsrecht und der Rechtsprechung des EuGH einstellen.

Aus diesen Gründen halte ich es für erwägenswert, das Gesetz mit einer entsprechenden Klarstellung zu versehen, den skizzierten Ansatzpunkt des EuGH-Urteils aufzugreifen und in § 1 AEntG einen Satz 3 anzufügen mit folgendem Wortlaut: „Die Regelungen dieses Gesetzes sowie § 20 des Mindestlohngesetzes sind nicht anwendbar, wenn die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin keine hinreichende Verbindung zum Hoheitsgebiets Deutschlands aufweist.“

c) § 25 AEntG-Regierungsentwurf

§ 25 AEntG-Regierungsentwurf enthält eine Übergangsbestimmung für Langzeitentsendungen. Nach § 25 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf ist für die Berechnung der Entsendedauer von 12 bzw. 18 Monaten bereits die Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes zu berücksichtigen. Dies ist durch die Richtlinie nicht geboten, entspricht auch im Übrigen nicht gerade kalkulierbarer Gesetzgebung und führt zu einer rückwirkenden Anwendung des Gesetzes. Außerdem kommt diese Regelung einer vorgezogenen Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 gleich, welche Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL (EU) 2018/957 gerade verhindern möchte, denn nach dieser Vorschrift bleibt die Richtlinie 96/71/EG bis zum 30. 7. 2020 in ihrer Altfassung anwendbar – also ohne die Regelungen über die Langzeitentsendungen. Entsendungen vor Inkrafttreten des Gesetzes sollten mithin nicht in die Berechnung einbezogen werden. In § 25 Abs. 2 S. 1 AEntG-Regierungsentwurf sollte daher vor dem Wort „mitgezählt“ das Wort „nicht“ eingefügt werden. § 25 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf kann dann folgerichtig gestrichen werden.

II. Zur Stellungnahme des Bundesrates

³ EuGH 19. 12. 2019 – C-16/18 Rn. 20 ff. – EuZW 2020, 151 = NZA 2020, 225 (Dobersberger/Magistrat der Stadt Wien).

1. Zu Art. 1 Nr. 2 (§ 2b Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf): Streichung des Wortes „unwiderleglich“

Die Streichung des Wortes „unwiderleglich“ würde § 2b Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf im wesentlichen überflüssig machen und würde, wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung m. E. zutreffend schreibt, lediglich die Rechtslage bis zum Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957 wiedergeben⁴; damit würde das Umsetzungserfordernis wohl verfehlt. Die Entsenderichtlinie 96/71/EG verlangt in der Fassung der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957, dass Entsendezulagen als Erstattung von Entsendekosten und nicht als Entgeltbestandteile zu betrachten sind, wenn die für das Arbeitsverhältnis geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen die Abgrenzung gerade nicht festlegen. Die englische Sprachfassung des Art. 3 Abs. 7 UAbs. 3 RL 96/71/EG beschreibt dies klar mit den Worten „shall be considered“ (franz.: „est alors considérée“), während die deutsche Sprachfassung, auf die sich der Bundesrat im wesentlichen stützt⁵, hier m. E. etwas zu zurückhaltend formuliert („ist davon auszugehen“).

Den ausländischen Arbeitgebern entstehen hierdurch keine Nachteile. Sie haben es in der Hand, durch die Gestaltung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer für eine klare Abgrenzung zu sorgen. Ein betroffener Arbeitgeber kann demnach darlegen und beweisen, dass die für das Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitsbedingungen festlegen, ob und inwieweit die Entsendezulagen als Arbeitsentgelt oder als Erstattung von Entsendekosten zu betrachten sind, und damit die Vermutungsgrundlage erschüttern.

2. Zu Art. 1 Nr. 5 Buchst. a (§ 5 S. 1 Nr. 1 AEntG-Regierungsentwurf): Streichung (zugleich zum Antrag BT-Drucksache 19/19231, unter II 1b)

In diesem Punkt teile ich ebenfalls die Einschätzung der Bundesregierung und halte eine Streichung der Regelung nicht für geboten. Bereits bislang ist anerkannt, dass Mindestentgeltsätze nach Art der Tätigkeit und Qualifikation differieren können. Die Einfügung von Art. 1 Nr. 5 Buchstabe a dient der Rechtssicherheit und auch der Abgrenzung von darüber hinaus reichenden Entlohnungsregelungen, die in § 5 S. 1 Nr. 1a AEntG-Regierungsentwurf (Art. 1 Nr. 5 Buchst. b des Regierungsentwurfs) geregelt sind. In allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltene Entgeltregelungen können auf dieser Grundlage in ihrer gesamten

⁴ BT-Drucksache 19/19371 Anlage 4, S. 48.

⁵ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucksache 19/19371 Anlage 3, S. 45.

Breite auf aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer angewandt werden, wie dies die Richtlinie (EU) 2018/957 nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c, UAbs. 3 RL 96/71/EG verlangt.

3. Zu Art. 1 Nr. 11 (§ 13b Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf): Ersetzung der Worte „die Gründe“ durch die Worte „die Begründung“ (zugleich zu Antrag BT-Drucksache 19/19231, unter II 1f)

Zwischen dem Gesetzentwurf der Bundesregierung und dem Vorschlag des Bundesrats vermag ich keinen substantiellen Unterschied zu erkennen. Die deutsche Sprachfassung der Richtlinie 96/71/EG enthält in der Tat die Formulierung „mit einer Begründung versehenen Mitteilung“ (Art. 3 Abs. 1a UAbs. 3 RL 96/71/EG), was wohl der Übersetzung aus dem Englischen („motivated notification“; franz. „notification motivée“) geschuldet ist. Wenn man dem Bundesrat insoweit folgen und eng am Wortlaut der deutschen Sprachfassung der Richtlinie 96/71/EG bleiben möchte, müsste man also wohl die Worte „eine Begründung“ verwenden.

Wegen der skizzierten Formulierung der Richtlinie verbieten sich auch inhaltliche Anforderungen an die Begründung, wie sie der Antrag BT-Drucksache 19/19231, unter II 1f wohl im Auge hat. Strengere Anforderungen für ausländische Arbeitgeber, als sie die Entsenderichtlinie 96/71/EG an sich vorsieht, sind dann stets unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit des AEUV problematisch.

4. Zu Art. 1 Nr. 11 (§ 13c AEntG-Regierungsentwurf): Prüfung der Regelung der Berechnung der Entsendedauer

Die Regelungen über die Berechnung der Entsendedauer werden von Art. 3 Abs. 1a UAbs. 4 und 5 RL 96/71/EG sowie Art. 3 Abs. 6 RL 96/71/EG vorgegeben. Danach berechnet sich die Dauer der Entsendung ab deren Beginn unter Zugrundelegung eines Bezugszeitraums von einem Jahr (Art. 3 Abs. 6 UAbs. 1 RL 96/71/EG). Dabei werden die Entsendedauer von ersetzttem und ersetzendem Arbeitnehmer zusammengerechnet (Art. 3 Abs. 6 UAbs. 2 und Art. 3 Abs. 1a UAbs. 4 und 5 RL 96/71/EG). Aufgrund dieser Vorgaben der Richtlinie sehe ich kaum Spielraum für konzeptionell andere Gestaltungen.

Allerdings halte ich die Vorgaben der Richtlinie 96/71/EG bei § 13c Abs. 4 AEntG-Regierungsentwurf für nicht ausreichend umgesetzt: Es geht darum klarzustellen, ab welchem Zeitrahmen eine Unterbrechung der Entsendung in eine Beendigung umschlägt, mit der Folge, dass dann die Frist für die Berechnung einer Langzeitentsendung von Anfang an neu zu laufen

beginnt. Derzeit fehlt es nach meinem Verständnis an einer entsprechenden Regelung. Damit würde man langfristige Liefer- und Wartungsverträge, welche mit kurzzeitigen Tätigkeiten der Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat verbunden sind, erheblich erschweren. Gleichzeitig ignoriert die vorliegende Regelung den in Art. 3 Abs. 6 UAbs. 1 RL 96/71/EG enthaltenen Bezugszeitraum von einem Jahr. Daher sollte § 13c Abs. 4 AEntG-Regierungsentwurf um einen Satz 3 ergänzt werden: „Eine Unterbrechung im Sinne von Satz 1 steht nach Ablauf von einem Jahr einer Beendigung der Beschäftigung im Inland gleich“.

III. Zum Antrag BT-Drucksache 19/19231

1. Entlohnung und Mindestentgeltsätze (zu II 1a)

Die Regelungen über die Entlohnung und die Mindestentgeltsätze in § 5 S.1 Nr. 1 und 1a AEntG-Regierungsentwurf folgen einem vernünftigen Prinzip und einer durchdachten Systematik: Durch Rechtsverordnung verbindlich gemachte Entlohnungsregelungen in Tarifverträgen können nur bezüglich der Mindestentgelte auf in- und ausländische Arbeitgeber und Arbeitnehmer angewandt werden. Das ist unionsrechtlich unbedenklich, weil es sich hierbei um Rechtsvorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 RL 96/71/EG handelt, und darin enthaltene Vergütungsregeln nur dann auf ausländische Arbeitgeber erstreckt werden können, wenn sie genau beziffert sind, damit sie der ausländische Arbeitgeber anwenden kann⁶. Das in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltene Entlohnungssystem kann dagegen in seiner gesamten Breite auf ausländische Arbeitnehmer und ihre Arbeitgeber angewandt werden, womit Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c RL 96/71/EG umgesetzt wird.

Die genannte Differenzierung ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen angezeigt: Von einer Rechtsverordnung kann durch einen anderen Tarifvertrag nicht abgewichen werden. Daher hat der Gesetzentwurf der Bundesregierung die Erstreckungsmöglichkeit bei dem Instrument Rechtsverordnung auf Mindestentgelte beschränkt, um die Tarifautonomie anderer Tarifvertragsparteien nicht unverhältnismäßig zu beschränken; diesen sollen jenseits der Mindestentgelte noch Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben. Ein Eingriff in die Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien, die den durch Rechtsverordnung zu erstreckenden Tarifvertrag abgeschlossen haben, liegt darin nicht⁷, weil es einen Anspruch auf eine entsprechende

⁶ Vgl. nur EuGH 12. 2. 2015 – C-396/13 – Sähköalojen/Elektrobudowa, NZA 2015, 345.

⁷ So aber wohl der Antrag BT-Drucksache 19/19231, S. 1.

Erstreckung nicht gibt, wie das BVerfG gerade kürzlich ausdrücklich festgestellt hat⁸. Bei für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen ist demgegenüber das gesamte Vergütungssystem für alle im Geltungsbereich des Tarifvertrags beschäftigten Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber verbindlich. Im Falle der Abweichung hiervon durch andere Tarifvertragsparteien gelten die allgemeinen Grundsätze der Tarifkonkurrenz⁹.

2. Erfordernis eines bundesweiten Tarifvertrags (zu II 1c)

Das Erfordernis eines „bundesweiten“ Tarifvertrags entspricht ständiger Praxis in Deutschland seit Inkrafttreten des AEntG im Jahr 1996 und ist seit 2009 ausdrücklich im AEntG verankert¹⁰. Allerdings wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass die Anknüpfung an „bundesweit“ geltende Tarifverträge in § 3 S. 1 AEntG im Zuge der Umsetzung der Änderungsrichtlinie 2018/957/EU zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG aufgegeben werden muss¹¹. Dies wird vor allem mit einem Umkehrschluss begründet: Die Umschreibung allgemeinverbindlicher Tarifverträge in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 RL 96/71/EG stelle lediglich darauf ab, dass die Tarifverträge von allen in den *jeweiligen geographischen Bereich* fallenden Unternehmen eingehalten werden müssten. Aus Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, Spiegelstrich 2 RL 96/71/EG ergebe sich, dass damit nicht das gesamte Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats gemeint sein könne. Nach dieser Vorschrift können Tarifverträge zur Anwendung gebracht werden, die von den auf *nationaler Ebene* repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen wurden und *innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets* zur Anwendung kommen. Daraus sei der Umkehrschluss zu ziehen, dass diese Einschränkung für die Erstreckung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 oder Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, Spiegelstrich 1 RL 96/71/EG nicht gelte¹².

An der skizzierten Argumentation ist zunächst richtig, dass die Entsenderichtlinie 96/71/EG sich weder in ihrer bisherigen noch in der geänderten Fassung ausdrücklich zu der Frage verhält, ob nur national weit geltende oder auch regionale Tarifverträge auf ausländische Arbeitnehmer erstreckt werden müssen. Außerdem wurde die

⁸ BVerfG 10. 1. 2020 – 1 BvR 4/17 – NZA 2020, 253.

⁹ Siehe dazu nur *Jacobs*, in *Wiedemann* (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, 8. Aufl. 2019, § 4a Rn. 481 ff.

¹⁰ Siehe zur Einführung des Tatbestandsmerkmals „bundesweit“ BT-Drucksache 16/10486, S. 11, rechte Spalte. Nach Einschätzung des Gesetzgeber wurde „damit die bisherige Praxis fortgeschrieben.“

¹¹ *Klein/Schneider*, SR 2019, 72, 76.

¹² *Klein/Schneider*, SR 2019, 72, 76 f.

maßgebliche Vorschrift des Art. 3 Abs. 8 RL 96/71/EG in den genannten Punkten überhaupt nicht geändert. Die skizzierte Argumentation hätte also bereits zur bisherigen Entsenderichtlinie 96/71/EG Platz greifen können¹³. Allerdings hat die EU-Kommission das Anknüpfungskriterium „bundesweiter Tarifvertrag“ soweit ersichtlich noch niemals gerügt. Daraus kann man bis zum Beweis des Gegenteils nur den Schluss ziehen, dass entsprechende unionsrechtliche Bedenken nicht bestanden - und weil sich insoweit die unionsrechtliche Rechtslage nicht geändert hat – auch weiterhin nicht bestehen. Die Aufhebung des Anknüpfungskriteriums „bundesweiter Tarifvertrag“ würde daher über eine „1:1“-Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG hinausgehen.

Die skizzierte Argumentation stützt sich im wesentlichen auf die Auslegung von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 RL 96/71/EG und einen entsprechenden Umkehrschluss zu Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, Spiegelstrich 2 RL 96/71/EG. Diesen Schluss mag man vielleicht aufgrund der deutschen Sprachfassung ziehen. Allerdings zeichnen insbesondere romanische Sprachfassungen ein anderes Bild¹⁴: Danach umschreibt die zitierte Wendung in Art. 3 Abs.8 UAbs. 1 RL 96/71/EG lediglich den räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags, in den das jeweilige Unternehmen fallen muss. In diesem Sinn hat der EuGH die entsprechende Passage von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 RL 96/71/EG ebenfalls verstanden: „die Bindungswirkung eines Tarifvertrags wie des im Ausgangsverfahren fraglichen erstreckt sich nur auf einen Teil der in den geografischen Bereich des Tarifvertrags fallenden Bautätigkeit.“¹⁵ Es kommt hinzu, dass die Entsenderichtlinie 96/71/EG das Recht der Allgemeinverbindlicherklärung in den Mitgliedstaaten unberührt lässt¹⁶. Die Mitgliedstaaten sind also frei darin, das Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung näher auszugestalten¹⁷. Deshalb verlangt die Richtlinie 96/71/EG auch nicht, das innerstaatliche Tarifvertragsrecht konzeptionell zu ändern, weshalb die Forderung unter II 2 im Antrag BT-Drucksache 19/19231 außerhalb des Umsetzungsauftrags der Richtlinie (EU) 2018/957 liegt.

¹³ So in der Tat soweit ersichtlich nur Rödl, WSI-Mitteilungen 2012, 517, 521; Zweifel bei Deinert, in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 10, 2016, § 10 Rn. 65.

¹⁴ Näher Franzen, ZfA 2020, 30, 33 f.

¹⁵ EuGH 3. 4. 2008 – C-346/06 – Ruffert, NZA 2008, 537 Rn. 29.

¹⁶ Siehe deutlich Rebhahn/Krebber, in Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 35.

¹⁷ Zu den nicht unerheblichen Unterschieden zwischen einzelnen Mitgliedstaaten siehe nur den kurzen Überblick bei Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, 1997, S. 890 f.; Rebhahn, RdA 2002, 214, 217.

Die zwingende Anwendung auch regionaler für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge auf ausländische Arbeitgeber/Dienstleistungserbringer würde überdies Folgeprobleme verursachen: Deutschland müsste sicherstellen, dass ausländische Arbeitgeber insoweit genauso behandelt werden wie inländische Arbeitgeber, die nicht unter den räumlichen Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich erklärten regionalen Tarifvertrags fallen. So muss beispielsweise eine Entsendung von Mecklenburg-Vorpommern nach Hamburg in das Tarifgebiet eines für allgemeinverbindlich erklärten, nur für Hamburg geltenden Tarifvertrags genauso behandelt werden wie eine Entsendung von Polen oder Dänemark nach Hamburg in dieses Tarifgebiet¹⁸. Dies stellt ein Problem der jeweiligen Anwendung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags im Einzelfall, insbesondere dessen räumlichen Geltungsbereich, dar.

Die Tarifvertragsparteien können den Geltungsbereich ihres Tarifvertrags im Rahmen der Tarifautonomie frei gestalten; dies gilt auch für den räumlichen Geltungsbereich. Dabei sind zwei Grundkonzeptionen denkbar: Die Anknüpfung an den Betriebssitz oder die Anknüpfung an die Tätigkeit des Arbeitnehmers. Knüpft ein regionaler, für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag an den Betriebssitz an, ist der Tarifvertrag auf einen Arbeitgeber mit Sitz außerhalb des Tarifgebiets nicht anwendbar; dies muss dann auch für einen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland gelten. In vielen Tarifverträgen ist indes nicht klar erkennbar, welchem Prinzip – Ort des Betriebs oder der Tätigkeit oder Modifikationen davon – der Tarifvertrag folgt. Ausländische Arbeitgeber müssen in solchen Fällen, wenn sie Arbeitnehmer in das Tarifgebiet eines regionalen, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags in Deutschland entsenden, diesen Tarifvertrag im Hinblick auf seinen räumlichen Geltungsbereich genau analysieren, um zu erkennen, ob dieser mit Blick auf die konkret entsandten Arbeitnehmer überhaupt anwendungswillig ist. Und dann stellt sich die Frage, ob die Anforderungen an Transparenz, vor allem Zugänglichkeit und Klarheit, erfüllt sind, welche der EuGH vor allem in der Rechtssache „Elektrobudowa“ aus dem Jahr 2015 aufgestellt hat¹⁹. Dies begegnet starken Zweifeln, wenn hierzu die einzelnen für allgemeinverbindlich erklärten regionalen Tarifverträge keine eindeutigen Regelungen enthalten und die

¹⁸ Ebenso insoweit *Klein/Schneider*, SR 2019, 72, 77; *Rödl*, WSI-Mitteilungen 7/2012, S. 517, 521; *Wank*, in *Wiedemann* (Hrsg.), TVG, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn. 51.

¹⁹ EuGH 12. 2. 2015 – C-396/13 – Sähköalojen/Elektrobudowa, NZA 2015, 345 Rn. 40, 45.

entsprechenden Rechtsfolgen erst durch Auslegung des Tarifvertrags ermittelt werden können. Dies ist bei der Erstreckung nach dem AEntG wegen der Anknüpfung an einen „bundesweiten“ Tarifvertrag bislang kein Problem gewesen.

3. Sonstiges (zu II 1d, e, g und h sowie III)

Die Aufrechterhaltung von § 1 Abs. 3 S. 2 MiLoG halte ich nicht für erforderlich. Für in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltene Regelungen gilt nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung folgendes: Soweit es nur um den sogenannten Mindestlohnsockel nach dem MiLoG geht, findet dieses Gesetz Anwendung, darüber hinaus das AEntG. Den entsandten Arbeitnehmern und dem deutschen Arbeitsmarkt entstehen hierdurch keine Nachteile, zumal sich die Kontrollbefugnis der Behörden der Zollverwaltung nach § 16 AEntG auf die Einhaltung des gesamten Vergütungssystems in einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag bezieht.

Eine Missbrauchsgefahr wegen der vorgeschlagenen Änderung von § 9 AEntG kann ich nicht erkennen. Die Regelung soll sich nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung künftig nur noch auf durch Rechtsverordnung erstreckte Tarifverträge beziehen, nicht mehr zusätzlich auf für allgemeinverbindlich erklärte. Das ist sachgerecht, weil auf diese Tarifverträge das Tarifvertragsgesetz (TVG) anwendbar ist.

Eine Verschärfung der Nachunternehmerhaftung nach § 14 AEntG und die Erhöhung des Bußgeldrahmens sind in erster Linie rechtspolitische Fragen, welche von der Umsetzung der geänderten Entsenderichtlinie 96/71/EG nicht vorgegeben werden. Die Nachunternehmerhaftung nach § 14 AEntG ist unionsrechtlich nach Art. 12 Abs. 2 RL 2014/67/EU (Durchsetzungsrichtlinie) nur für die Baubranche geboten; im übrigen sind die Mitgliedstaaten nach Art. 12 Abs. 1 RL 2014/67/EU frei, solche Regelungen zu erlassen. Sollten hier Änderungen vorgenommen werden, würde dies wegen der Verweisung in § 13 MiLoG in gleicher Weise für den gesetzlichen Mindestlohn nach dem MiLoG gelten. Die unter III aufgestellten Forderungen sind ebenfalls primär rechtspolitischer Natur und gehen über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 hinaus.

IV. Zum Antrag BT-Drucksache 19/19259

Der Antrag befasst sich vor allem mit der Problematik der „1:1“-Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG (dazu bereits oben I) und der Problematik der A1-Bescheinigungen. Die A1-Bescheinigungen gehören aus Sicht deutscher Unternehmen, die Arbeitnehmer in andere EU-

Mitgliedstaaten entsenden, zum Regelungsumfeld einer Arbeitnehmerentsendung, sind aber regelungstechnisch von dem vorliegenden Gesetzentwurf überhaupt nicht betroffen. Der deutsche Gesetzgeber hat hier auch wenig Spielraum, weil die Rechtsgrundlagen primär im europäischen Sozialversicherungsrecht – im wesentlichen in der KoordinierungsVO (EG) 883/2004 und deren AusführungsVO (EG) 987/2009 - liegen. In der Sache stimme ich aber der Grundtendenz des Antrags zu: Die derzeitige Praxis der A1-Bescheinigung führt zu erheblichem bürokratischen Aufwand, ohne dass wirklicher Missbrauch effektiv abgestellt werden kann, weil der EuGH relativ hohe Anforderungen an den Nachweis missbräuchlichen Verhaltens bei der Ausfertigung solcher Bescheinigungen stellt – wobei in jüngster Zeit eine Milderung dieser Rechtsprechung zu beobachten sein dürfte²⁰.

V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 enthält grundsätzlich eine sachgerechte und ausgewogene Regelung, welche die unionsrechtlichen Anforderungen erfüllt und sich gleichzeitig in das bewährte System des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Tarifvertragsrechts einfügt.
2. Insbesondere sollte der Gesetzgeber das bisherige Anknüpfungskriterium des „bundesweiten“ Tarifvertrags beibehalten. Insoweit löst die Richtlinie (EU) 2018/957 keinen Änderungsbedarf aus, weil deren Vorschriften mit Bezug zu dieser Frage überhaupt nicht geändert wurden; eine Änderung würde daher den Grundsatz der „1:1“-Umsetzung verlassen. Die Beibehaltung erleichtert die verbindliche und transparente Anwendung der tariflichen Regelungen in Deutschland für ausländische Arbeitgeber – ein rechtlicher Gesichtspunkt, dem der EuGH im Urteil vom 12. 2. 2015 (Sähköalojen/Elektrobudowa) im Zusammenhang mit Entlohnungsfragen besondere Bedeutung beigelegt hat.
3. Der Ausnahmetatbestand des § 24 Abs. 2 AEntG ist nach meiner Einschätzung zu eng gefasst und dürfte nicht alle Sachverhalte erfassen, die von der zwingenden Geltung der Arbeitsbedingungen des Zielstaats – hier also Deutschlands - ausgenommen werden sollten. Daher schlage ich vor, in § 1 AEntG nach Satz 2 folgenden Satz 3 einzufügen: „Das Gesetz sowie § 20 des Mindestlohngesetzes sind nicht anwendbar, wenn die Arbeitsleistung des

²⁰ Vgl. EuGH 2. 4. 2020 – C-370/17 und C-37/18 (CRPNPAC/Vueling Airlines SA); EuGH 14. 5. 2020 – C-17/19 (Bouygues travaux public u. a.).

Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin keine hinreichende Verbindung zum Hoheitsgebiets Deutschlands aufweist.“

4. Außerdem schlage ich folgende Änderungen vor, die vor allem dem Ziel einer „1:1“-Umsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG geschuldet sind:

a) In § 13c Abs. 4 AEntG-Regierungsentwurf sollte folgender Satz 3 aufgenommen werden: „Eine Unterbrechung im Sinne von Satz 1 steht nach Ablauf von einem Jahr einer Beendigung der Beschäftigung im Inland gleich“.

b) In § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AEntG-Regierungsentwurf sollten die Worte „innerhalb eines Jahres“ gestrichen werden.

c) § 24 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf sollte gestrichen werden.

d) In § 25 Abs. 2 S. 1 AEntG-Regierungsentwurf sollte vor dem Wort „mitgezählt“ das Wort „nicht“ eingefügt werden. § 25 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf muss dann gestrichen werden.

München, den 10. Juni 2020

Professor Dr. Martin Franzen

Schriftliche Stellungnahme

Dominique John, 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



Arbeitnehmerfreizügigkeit sozial, gerecht und aktiv

Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung 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 19/19371

von Dominique John, Leiter des Projekts Faire Mobilität

Berlin, 10.06.2020

Beschäftigte, die aus anderen Ländern der Europäischen Union (EU) nach Deutschland entsandt werden, sind im Vergleich zu Beschäftigten, die regelmäßig auf dem deutschen Arbeitsmarkt tätig sind, benachteiligt. Denn Entsendung wird in verschiedenen Bereichen als Mittel eingesetzt, um Arbeitsstandards niedrig zu halten und Lohndumping auf Kosten der Beschäftigten sowie auf Kosten von Unternehmen zu betreiben, die sich an die Regeln halten.

Die EU-Kommission hat 2015 erklärt, die Entsenderichtlinie grundsätzlich überarbeiten zu wollen, so dass zukünftig „gleicher Lohn für die gleiche Arbeit am gleichen Ort“ gelten soll. Die nationale Umsetzung der von der Kommission beschlossenen Richtlinie stellt zwar, im Vergleich zur bisherigen Entsenderichtlinie, einen Fortschritt dar, bleibt aber hinter den Möglichkeiten zurück, die die EU-Richtlinie bietet. Das Ziel, entsandte Beschäftigte, die regelmäßig und sozialversicherungspflichtig in Deutschland arbeiten, gleichzustellen, wird nicht erreicht.

Daher schließen wir uns der Kritik des DGB-Bundesvorstandes grundsätzlich an.

Insbesondere die Unterscheidung zwischen Mindestentgeltsätzen und sonstigen Entlohnungsbestandteilen dürfte in der Praxis dazu führen, dass für entsandte Beschäftigte nach wie vor nicht mehr als Mindestentgeltsätze gezahlt werden. Damit würde die Intention der EU-Richtlinie, nämlich wegzukommen von Mindestentgeltsätzen hin zu einer Angleichung der Bezahlung von entsandten Beschäftigten an andere Beschäftigte, konterkariert werden. Auch die Beschränkung der Erstreckung auf lediglich drei Entgeltstufen sowie auf allgemeinverbindliche Tarifverträge, die bundesweit gültig sind, führt zu einer Schlechterstellung von Entsandten.

Aus der Praxiserfahrung der Beratungsstellen von Faire Mobilität sowie weiterer Beratungsstellen können wir nur nachdrücklich davor warnen, den Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge vor Mindestlöhnen aufzuweichen. Wir warnen auch vor Regelungen, die zur Folge hätten, dass entsandte Beschäftigte freiwillig auf tarifvertraglich geregelte Lohnbestandteile verzichten könnten. Hier sollte dringend die vom DGB geforderte Klarstellung erfolgen, dass § 4 Abs. 4 TVG unberührt bleibt. Ein Verzicht auf tarifliche Mindestentgelte darf weiterhin nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich möglich sein. Die Verwirkung tariflicher Rechte muss ausgeschlossen sein.

In den Branchen und Bereichen, in denen wir vor allem Beratung anbieten, treffen wir auf Beschäftigte, die mit ihren Arbeitgebern nicht auf gleicher Augenhöhe einen Vertrag aushandeln können, weil ihnen dazu Ressourcen und Machtmittel fehlen. Diese Erfahrung zeigt uns, dass alles, was nicht durch Vereinbarung oder Gesetz verbindlich vorgeschrieben ist, in der Praxis auch nicht angewendet wird.

In diesem Zusammenhang erinnere ich daran, dass ein Verbandsklagerecht, mit dem Gewerkschaften die Möglichkeit erhielten, nicht bezahlte Lohnbestandteile oder nicht angewandte Tarifverträge kollektiv durchzusetzen, überaus sinnvoll wäre.

Wie wichtig ein solches Klagerecht wäre, zeigen etwa die Erfahrungen mit dem Baumindestlohn II. Der war eingeführt worden, um einfache und angelernte Tätigkeiten zu unterscheiden. Bei entsandten Beschäftigten im Baugewerbe drängt sich der Eindruck auf, dass sie in aller Regel den Mindestlohn I erhalten, selbst wenn sie Facharbeiter*innen sind. Ein individuelles Einklagen des höheren Mindestlohnes II würde jedoch unmittelbar zum Verlust der Arbeit führen und ist daher für Beschäftigten keine realistische Option.

Ein Verbandsklagerecht könnte auch für die Situation in der Fleischindustrie positive Impulse setzen. Immer wieder sehen wir in der Beratung, dass Beschäftigten Geld für Arbeitsmittel und Schutzbekleidung vom Lohn abgezogen werden, obwohl dies verboten ist. Nur selten setzen Beschäftigte in solchen Fällen individuell das Recht durch, weil sie es nicht wissen, aufgrund der Sprachbarrieren und auch, weil es um kleinere Beträge geht, die monatlich abgezogen werden. Hier würde eine Verbandsklage helfen, das Recht zur Geltung zu bringen. Wäre der Grundanspruch einmal bestätigt, fiel es anschließend leichter, eine korrekte Bezahlung einzufordern.

Durch die Corona-Pandemie wurde in der Öffentlichkeit sichtbarer, wie schlecht mittel- und osteuropäische Arbeiter*innen in Deutschland zum Teil untergebracht werden. Darum will ich in diesem Zusammenhang an die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen erinnern, die im derzeitigen Entwurf den Anforderungen an die Richtlinie nicht gerecht werden. Die defizitäre Überwachung und Kontrolle, die unzureichende Zusammenarbeit der unterschiedlichen Behörden müssen überwunden, die Erfassung von Arbeitsunfällen entsandter Beschäftigter sowie die Gewährleistung menschenwürdiger Unterkünfte müssen sichergestellt werden. Insofern schließen wir uns auch hier den Ausführungen des Deutschen Gewerkschaftsbundes an. Eine deutliche Verbesserung der Unterkunftssituation entsandter Beschäftigter bleibt notwendig. Dies würde zudem einen Standard bilden, der Signalwirkung haben könnte auf die Arbeits- und Lebensbedingungen anderer Arbeitskräfte aus Mittel- und Osteuropa, die in Deutschland sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind.

Die Absicherung des bundesweiten Beratungsnetzwerkes von Faire Mobilität durch einen gesetzlichen Leistungsanspruch des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur arbeits- und sozialrechtlichen Beratung von Beschäftigten, die im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder als grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer*innen in Deutschland tätig sind, begrüßen wir. Der Leistungsanspruch bietet eine gute Möglichkeit, Faire Mobilität nach nunmehr zehnjähriger Laufzeit zu verstetigen und durch die anvisierte Mittelerhöhung auszubauen.

Wie dringend eine Beratung entsandter Beschäftigter ebenso wie der Arbeitnehmer*innen ist, die aufgrund der Freizügigkeit in Deutschland arbeiten, zeigen die Fallzahlen von Faire Mobilität und von den durch Länder finanzierten Beratungsstellen. Alleine Faire Mobilität hat im vergangenen Jahr über 7.000 Personen beraten, weitere 6.000 Personen wurden durch Beratungsveranstaltungen in Betrieben oder vor Fabrikatoren erreicht. Durch die

Pandemie ist ein zusätzlicher, akuter Bedarf im Bereich des Arbeits- und Gesundheitsschutzes entstanden. Vielfach werden in Massenunterkünften, beim Transport und im Arbeitsprozess die Mindestabstände und der Arbeitsschutz nicht eingehalten. Um den Zugang zu Information und Beratung zu erleichtern, hat Faire Mobilität daher Telefonhotlines in Polnisch, Rumänisch, Bulgarisch, Ungarisch und Bosnisch-Kroatisch-Serbisch eingerichtet, bei denen innerhalb von acht Wochen rund 2.000 Menschen angerufen haben.

Seit einigen Jahren ist zu beobachten, dass aus EU-Staaten auch Drittstaatsangehörige nach Deutschland entsandt werden. So hat sich Slowenien zu einer Drehscheibe für Entsendung in das deutsche Baugewerbe entwickelt. In vielen Fällen sind es Briefkastenfirmen, mit deren Hilfe Bauarbeiter aus Bosnien nach Deutschland entsandt werden. Die Bauarbeiter besitzen häufig eine doppelte Staatsangehörigkeit oder sie arbeiten für eine gewisse Zeit auf Grundlage eines Visums in Slowenien und werden dann nach Deutschland entsandt.

In diesem Zusammenhang weisen wir darauf hin, dass der Entwurf für das neue Entsendegesetz vorsieht, dass die Beratungsleistungen von Faire Mobilität auf EU-Bürger*innen beschränkt sein sollen. Drittstaatsangehörige, die von anderen EU-Staaten nach Deutschland entsandt werden, sollen nur beraten werden, falls der sie entsendende Arbeitgeber auch EU-Bürger*innen entsendet. Drittstaatsangehörige, die von einem Arbeitgeber aus einem anderen EU-Staat entsandt werden, der keine EU-Bürger*innen entsendet, sollen nicht von Faire Mobilität sondern von Beratungsstellen, die ihre Mittel über das Förderprogramm Faire Integration erhalten, beraten werden.

In der Praxis wird dies beispielsweise bedeuten: Meldet sich eine Gruppe bosnischer Bauarbeiter, müsste zunächst ihre Staatsbürgerschaft festgestellt werden, dann wäre zu prüfen, ob das Entsendeunternehmen auch EU-Bürger*innen entsandt hat. Falls beides geklärt werden könnte und beides nicht zutreffen sollte, wären die Bauarbeiter auf andere Beratungsstellen zu verweisen, selbst wenn diese zuständige Beratungsstelle über keine Berater*in verfügt, der*die Bosnisch-Kroatisch-Serbisch spricht und sich im Bereich Entsendung auskennt.

Ähnliche Probleme würden sich im internationalen Straßentransport ergeben. Wir führen regelmäßig Beratungsveranstaltungen auf Autobahnraststätten durch und stellen fest, dass der Anteil von Fahrzeugführer*innen aus der Ukraine, aus Moldawien oder auch von den Philippinen größer wird. In vielen Fällen handelt es sich um Entsendungen. Auch hier erscheint die vorgeschlagene Differenzierung schwer umsetzbar. Diese Praxisprobleme sollten bei einer möglichen Weiterentwicklung berücksichtigt werden, damit sichergestellt wird, dass diese Beschäftigten tatsächlich eine Beratung erhalten.

Schriftliche Stellungnahme

Deutscher Gewerkschaftsbund

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

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes

zu dem **Gesetzentwurf der Bundesregierung zum 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 Drucksache 19/19371 vom 20.05.2020**,
dem **Antrag der Fraktion DIE LINKE Drucksache 19/19231 vom 14.05.2020**
sowie dem **Antrag der Fraktion der FDP Drucksache 19/19259 vom 15.05.2020**

10.06.2020

Weiterhin erheblicher Nachbesserungsbedarf – Umsetzung der revidierten EU-Entsenderichtlinie in das nationale Recht

Inhaltsverzeichnis:

Teil 1: Stellungnahme des DGB zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Drucksache 19/19371 vom 20.05.2020.....	Seite 1
Teil 2: Stellungnahme des DGB zu dem Antrag der Fraktion DIE LINKE Drucksache 19/19231 vom 14.05.2020.....	Seite 11
Teil 3: Stellungnahme des DGB zu dem Antrag der Fraktion der FDP Drucksache 19/19259 vom 15.05.2020.....	Seite 12
Teil 4: Zusammenfassung der wichtigsten DGB Forderungen.....	Seite 15

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Recht

rec@dgb.de

Telefon: 030 24060-0
Telefax: 030 24060-761

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

Teil 1: Stellungnahme des DGB zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Drucksache 19/19371 vom 20.05.2020

I. Das Wichtigste in Kürze

- Zu begrüßen ist, dass im vorliegenden vom Kabinett beschlossenen Gesetzentwurf (GE) anders als noch im Referentenentwurf von wesentlichen Einschränkungen der **Zuständigkeit** des Zolls hinsichtlich der Überprüfung von tariflichen Mindestentgelten abgesehen wird. Im Gegenteil werden die **Befugnisse des Zolls erweitert und** das Personal der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) **um 939 Stellen aufgestockt**. Das ist erfreulich, setzt aber letztlich nur das um, was die Entsenderichtlinie vorsieht (siehe unten Ziffer II. 5).

- Im GE wird allerdings nach wie vor in nicht zu rechtfertigender Weise zwischen „**Mindestentgeltsätzen**“ und „**darüber hinausgehenden Entgeltbestandteilen**“ differenziert. Sinn und Zweck dieser **Differenzierung** ist, bei Erstreckung eines Tarifvertrages durch Rechtsverordnung **richtlinienwidrig** nur Mindestentgeltsätze zu erstrecken, nicht jedoch die gesamte Entlohnung. Das muss dringend dahingehend geändert werden, dass auch die zusätzlichen Entgeltbestandteile durch Rechtsverordnung erstreckt und dann auch durch den Zoll kontrolliert werden sowie ihre Nichtzahlung bußgeldbewehrt ist (siehe unten Ziffer II. 5.). Die geänderte Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten **wirksame Maßnahmen zur Kontrolle und Durchsetzung**. Dies gilt auch für die Gesamtentlohnung. Der GE würde es aber allein der Eigeninitiative, dem Wissen und dem Mut der Entsendebeschäftigten überlassen, ob sie die zusätzlichen Entgeltbestandteile einklagen. Für die eigenen Anwaltskosten erster Instanz müssten sie noch dazu unabhängig vom Ausgang des Verfahrens selbst aufkommen. Dies ist völlig unrealistisch. Die Möglichkeit einer **Verbandsklagemöglichkeit**, sieht der **GE** ebenfalls **nicht vor** (siehe Ziffer 14. der Stellungnahme vom 10.12.2019).
- Der GE sieht darüber hinaus richtlinienwidrig und in nicht zu rechtfertigender Weise vor, dass bei **Erstreckung von Tarifverträgen durch Rechtsverordnung** maximal nur drei Entgeltstufen erstreckt werden, nicht jedoch das gesamte Entgeltgitter (siehe unten Ziffer II. 1.).
- Die **Beschränkung auf Zahlung bloßer Mindestentgeltsätze** und nur bis zu **drei Entgeltstufen** eines Entgeltgitters (Differenzierungen nach Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung) bei Erstreckung von Tarifverträgen durch Rechtsverordnung hat zudem erhebliche negative Auswirkungen auf die Anwendung der im **Pflegesektor** bestehenden Tarifverträge, denn bei Erstreckung durch Rechtsverordnung (§ 11 AEntG) finden auch hier dann nur Mindestentgeltsätze und auch lediglich nur drei Entgeltstufen Anwendung (siehe unten Ziffer II. 1.).
- In Bezug auf Tarifverträge, die über **Allgemeinverbindlicherklärung** Anwendung finden sollen, **bleibt** zudem **unklar, ob** wenigstens hier die gesamte Entlohnung zu zahlen ist und **das gesamte Entgeltgitter erstreckt wird**. Der Gesetzestext des GE kann in diesem Punkt durchaus dahin gehend verstanden werden, dass auch bei der Anwendung von AVE-Tarifverträgen lediglich drei Entgeltstufen zu zahlen sind. Hier ist dringend eine Klarstellung im Gesetzestext erforderlich, da sonst erhebliche Rechtsunsicherheit entsteht (siehe unten Ziffer II. 1b).
- Laut vorliegendem GE sollen wie auch schon im Ref.-E vorgesehen in unionsrechtswidriger Weise mit Ausnahme von Fällen von Langzeitentsendungen nach wie vor **nur sog. „bundesweite“ AVE-Tarifverträge** Anwendung finden. Damit ist die Anwendung **regionaler allgemeinverbindlicher Tarifverträge richtlinienwidrig ausgeschlossen** (siehe unten Ziffer II 2. sowie in der Stellungnahme vom 10.12.2019 Ziffer 4.).
- Auch macht die Bundesregierung derzeit weder von der Erstreckungsmöglichkeit **allgemein wirksamer Tarifverträge** noch von der Möglichkeit der Anwendbarkeit der Tarifverträge der **repräsentativsten Organisationen** Gebrauch.

- **Im GE fehlt** zudem eine ausdrückliche Regelung, wann genau eine Entsendung durch **Aufnahme der konkreten Tätigkeit** beginnt. Auch fehlen Angaben dazu, welche **Qualität die sachlichen Gründe** für die Anwendbarkeit der weiteren arbeitsrechtlichen/tarifrechtlichen Regelungen nach 18 statt eigentlich 12 Monaten haben müssen. Die Möglichkeit der Verlängerung des Zeitraums auf 18 Monate ist im GE vorgesehen, wenn der Entsendearbeitgeber eine begründete Benachrichtigung einreicht, jedoch wird nicht klar, welche Anforderungen an die Begründung zu stellen sind – es muss sich hier um sachliche Gründe handeln. Auch vor dem Hintergrund der **Notwendigkeit einer verbesserten Auswertung von Entsendemitteilungen** sowie der **Erweiterung von Unterrichtungspflichten**, bedarf es weiterer gesetzlicher Klarstellungen (siehe unten Ziffer II. 4. und 7 sowie in der Stellungnahme vom 10.12.2019 Ziffer 9.).
- Auch **fehlt** nach wie vor ein **Anwendungsbefehl** im AEntG, um die **Ausdehnung landesrechtlicher Vergaberechtsbestimmungen** und dort geregelte Tarifierung auf Unternehmen der europäischen Mitgliedstaaten sowie Drittstaaten zu gewährleisten (siehe unter Ziffer 5. unserer Stellungnahme vom 10.12.2019).
- Neu sieht der vorliegende Entwurf die Möglichkeit vor, dass **von Unterkunftsbedingungen in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen** durch Tarifverträge zur Unterbringung und Unterkünften **nach unten abgewichen werden** kann. Diese Verschlechterungsmöglichkeit muss gestrichen werden. Die Verbindlichkeit von tariflichen **Qualitätsanforderungen an Unterkünfte muss aufrechterhalten werden** (siehe unten Ziffer II. 3.).
- Darüber hinaus sieht der GE zu Unterkunftsbedingungen für Entsandte in **unzureichender Weise** vor, dass die neuen Regelungen **nur auf Zweitunterkünfte** bei Einsätzen außerhalb des regelmäßigen Aufenthaltsorts in Deutschland Anwendung finden sollen (siehe unter Ziffer 7. der Stellungnahme vom 10.12.2019). Auch das bleibt hinter den Anforderungen der Richtlinie zurück.
- Zudem **genügen** die im GE vorgesehenen **arbeitschutzrechtlichen Regelungen nicht** den Anforderungen der Richtlinie. **Defizitäre Überwachung und Kontrollen** sowie die unzureichende Zusammenarbeit der unterschiedlichen Behörden müssen behoben und die **Erfassung von Arbeitsunfällen** entsandter Beschäftigter sowie die **Gewährleistung menschenwürdiger Unterkünfte** durch entsprechende Regelungen sichergestellt werden (siehe unter Ziffer 8. der Stellungnahme vom 10.12.2019). Auch ist nach wie vor in Deutschland die **Umsetzung der Anforderungen der Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie** nicht erfolgt.
- **Im GE fehlen** auch **abschreckende Sanktionen**, um Verstöße hinreichend und entsprechend der Möglichkeiten der Entsenderichtlinie zu unterbinden und zu ahnden; darüber hinaus fehlt die **Stärkung von Beratungseinrichtungen** durch z.B. das **DGB-Projekt Faire Mobilität, das der Verstärkung bedarf**, (siehe unter Ziffer 10. der Stellungnahme vom 10.12.2019).



- Weiterhin müssen die im GE in § 24 vorgesehenen **Ausnahmetatbestände deutlich reduziert werden** (siehe unter Ziffer 12. der Stellungnahme vom 10.12.2019).

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern daher klar: Der vorliegende GE muss nach wie vor an vielen Stellen deutlich nachgebessert werden (Zusammenfassung der wichtigsten Forderungen siehe unten Teil 4 und in der Stellungnahme vom 10.12.2019 Ziffer 15.).

II. Im Einzelnen

Die revidierte und bis zum 30. Juli 2020 umzusetzende neue Entsenderichtlinie (EU) 2018/957 stellt einen bedeutenden Erfolg für die Europäische Union und ein soziales Europa dar. Dieser Erfolg muss auch in der Umsetzung in das deutsche Recht zum Tragen kommen. Im Umsetzungsprozess haben der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften bereits im Dezember 2019 ausführlich zum Referentenentwurf vom 12.11.2019 schriftlich Stellung genommen und dargestellt, dass und warum die bisher vorliegenden Entwürfe absolut nicht ausreichend sind. Der seit dem 12.02.2020 vorliegende Gesetzentwurf ist die Grundlage für die hiesige aktualisierte und ergänzende Stellungnahme; sie beschränkt sich im Wesentlichen auf die im Vergleich zum Referentenentwurf erfolgten Änderungen und auf die aus unserer Sicht wichtigsten noch bestehenden Änderungsnotwendigkeiten. Unsere grundsätzliche ausführliche Einschätzung findet sich in unserer Stellungnahme vom 10.12.2019 zum Referentenentwurf.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen die Absicht der Bundesregierung, die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu verbessern.

Der vorliegende GE wird jedoch den formulierten Zielen der revidierten Entsenderichtlinie nicht gerecht. Die geplante nationale Umsetzung ist an mehreren Stellen unionsrechtswidrig und widerspricht zugleich den öffentlichen Ankündigungen des Bundesarbeitsministers hinsichtlich einer Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen Entsandter. Auch bleibt er hinter den zum Thema Entsendung im Koalitionsvertrag vereinbarten Verpflichtungen zurück.

1. Begriff der „Entlohnung“

a) Allgemeines zur „Entlohnung“

In § 5 AEntG-E soll nach wie vor in nicht nachvollziehbarer Art und Weise eine Differenzierung in Mindestentgeltsätze (Satz 1 Nr. 1) und darüber hinausgehende Entgeltbestandteile (Satz 1 Nr. 1 a) eingeführt werden, die dazu dient, für den Fall der Erstreckung von Tarifverträgen über Rechtsverordnung den neuen Entlohnungsbegriff hinsichtlich der sonstigen Entgeltbestandteile ins Leere laufen zu lassen.



Bei Erstreckung durch Rechtsverordnung sollen laut vorliegendem GE die sonstigen Entgeltbestandteile nicht nach § 7 oder § 7a) AEntG erstreckt werden können, sondern die Erstreckung soll nach wie vor nur für die Mindestentgelte sowie bis zu drei Entgeltstufen gelten. Dies ist ausdrücklich im Gesetzeswortlaut so festgelegt, denn die Ansprüche nach § 5 Satz Nr. 1 a) des Entwurfs (die sonstigen Entgeltbestandteile) werden explizit von der Erstreckung ausgenommen. Sonstige Entgeltbestandteile können damit laut vorliegendem Entwurf nur über allgemeinverbindliche Tarifverträge Anwendung finden. Dies ist nicht zu rechtfertigen, da die revidierte Entsenderichtlinie für die Erstreckung auf den Begriff der Entlohnung und nicht auf den Begriff der Mindestentgelte abstellt. Die Beschränkung der Erstreckung auf Mindestentgelte im Rahmen der Rechtsverordnung kann auch nicht mit der in diesem Kontext immer wieder zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (u. a. aus 2000¹, siehe dazu auch Seite 12 der Stellungnahme vom 10.12.2019) gerechtfertigt werden, wonach entsprechend der alten Rechtslage die Erstreckung von Mindestentgelten wiederholt für rechtmäßig erachtet wurde. Die in diesem Kontext immer wieder zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts konnten zum einen schon aufgrund der alten Rechtslage lediglich über die Frage der Erstreckung von Mindestentgelten urteilen, da sich Fragen der Erstreckung der Gesamtentlohnung als solcher zum damaligen Zeitpunkt aufgrund noch anders lautender gesetzlicher Regelung gar nicht stellte. Die Entscheidungen erwähnen zum anderen mit keinem Wort, dass eine Erstreckung von mehr als nur Mindestentgelten verfassungswidrig ist: Sie sprechen hingegen vielmehr ausdrücklich von „Entgeltregelungen“ und nehmen explizit auf den Regelungsgegenstand des Entgelts Bezug – das Wort Mindestentgeltsätze erwähnt diese Entscheidung nicht. Genau diese Gerichtsentscheidungen werden aber immer wieder für gerade diese Begründung herangezogen. Dies trägt sich jedoch rechtlich nicht.

Die Beschränkung auf Mindestentgeltsätze trifft insbesondere auch den Pflegesektor: So hat die Beschränkung der Zahlung auf Mindestentgeltsätze bei Erstreckung durch Rechtsverordnung erhebliche negative Auswirkungen auf die Anwendung der Tarifverträge im Bereich Pflege und die dortigen Entgeltgitter, wenn diese über § 11 AEntG für Entsandte per Rechtsverordnung erstreckt werden sollen, da auch hier dann nur die Mindestentgeltsätze sowie bis zu drei Entgeltstufen erstreckt werden, die Tarifverträge jedoch deutlich mehr Entgeltbestandteile vorsehen.

Zudem soll laut vorliegendem GE auf die zusätzlichen Entgeltbestandteile, die auf Tarifverträgen beruhen, vom Beschäftigten auch außerhalb von gerichtlichen Vergleichen verzichtet werden können, so § 9 AEntG-E. Hier muss dringend eine Klarstellung dahingehend erfolgen, dass § 4 Abs. 4 TVG unberührt bleibt. Ein Verzicht auf tarifliche Mindestentgelte darf weiterhin nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich möglich sein. Die Verwirkung von tariflichen Rechten muss ausgeschlossen sein.

¹ Entscheidung des BVerfG vom 18. Juli 2000 – 1 BvR 948/00 (NZA 2000, 948).



b) Entgeltgitter

Der GE sieht bei Erstreckung durch Rechtsverordnung neben der Erstreckung von bloßen Mindestentgeltsätzen nach wie vor in richtlinienwidriger Art und Weise auch nur die Erstreckung von drei Entgeltstufen vor. Es muss in richtlinienkonformer Weise jedoch das gesamte Entgeltgitter Anwendung finden.

Zudem ist für die Anwendung bundesweiter allgemeinverbindlicher Tarifverträge im derzeit vorliegenden GE unklar, ob das gesamte Entgeltgitter auf nach Deutschland entsandte Anwendung findet. Gesetzestext und Begründung sind insoweit unklar. Im Gesetzestext findet sich dazu folgender Passus in § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E:

„Gegenstand eines Tarifvertrages nach § 3 können sein

1. Mindestentgeltsätze, die nach der Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Regionen differieren können, einschließlich der Überstundensätze, wobei die Differenzierung nach Art der Tätigkeit und Qualifikation insgesamt bis zu drei Stufen umfassen kann (...)“. In der Gesetzesbegründung auf Seite 39 heißt es: „Die Behörden der Zollverwaltung prüfen künftig aufgrund der mit Nummer 5 b) in § 5 Satz 1 neu eingefügten Nummer 1a in Verbindung mit § 16 künftig alle in bundesweiten allgemeinverbindlichen Tarifverträge geregelten „Entlohnungsbedingungen“. Die notwendige Formulierung „der Anwendung des gesamten Entgeltgitters in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen“ ist weder auf Seite 39 noch auf Seite 29 der Gesetzesbegründung und auch nicht im Gesetzestext zu finden – vielmehr klingt § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E gerade so, als ob auch die Anwendung von Tarifverträgen durch AVE auf max. drei Entgeltstufen beschränkt ist. Um Auslegungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, muss hier dringend nachgebessert werden. Ansonsten droht in der Rechtsanwendung, dass lediglich bis zu drei Entgeltstufen eines Entgelttarifvertrags für allgemeinverbindlich erklärt werden.

Die Beschränkung auf drei Entgeltstufen bedeutet letztendlich nämlich auch, dass die Zahlung der den neuen Begriff der Entlohnung ausmachenden Entgeltbestandteile sowie das gesamte Entgeltgitter auch nicht umfassend kontrolliert und im Falle der Nichtzahlung nicht sanktioniert werden kann. Das widerspricht nicht nur dem Sinn und Zweck der Neuregelungen der Richtlinie, sondern verstößt auch gegen Art. 5 der neuen Entsenderichtlinie, der unter der Überschrift Überwachung, Kontrolle und Durchsetzung vorsieht, dass die Regelungen der Richtlinie eingehalten und für Fälle von Verstößen Sanktionen festgelegt werden müssen.

Auch ist die Aufhebung des Vorrangs von allgemeinverbindlichen Entgelttarifverträgen gegenüber dem gesetzlichen Mindestlohn (§ 1 Abs. 3 Satz 2 MiloG), wie sie derzeit im Gesetzentwurf vorgesehen ist, rückgängig zu machen. Das verschiebt die im Mindestlohngesetz vorgesehene Austarierung zwischen gesetzlichem Mindestlohn und Tarifverträgen zu Lasten der Tarifautonomie und muss dringend gestrichen werden.



2. Streichung des Erfordernisses „bundesweiter“ bei Anwendung von AVE-Tarifverträge schon in den ersten 12 Monaten

Zudem ist nach wie vor richtlinienwidrig die Anwendung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen laut vorliegendem Gesetzentwurf auf sog. bundesweite allgemeinverbindliche Tarifverträge beschränkt, was dazu führt, dass u. a. das auch im Koalitionsvertrag vereinbarte und zugesagte Arbeitsortsprinzip leer läuft und damit die Ankündigungen des Koalitionsvertrags „Gleicher Lohn am gleichen Arbeitsort“ nicht umgesetzt werden. Das Wort „bundesweit“ in § 3 AEntG muss ersatzlos gestrichen werden. Um klarzustellen, dass natürlich nur Tarifverträge, die das Arbeitsortsprinzip selbst auch regeln, erstreckt werden können, könnte alternativ entsprechend der im Entwurf schon vorgesehenen Regelung für die Zeit nach 12/18 Monaten Folgendes in § 2 eingefügt werden: „Die am Beschäftigungsort vorgeschriebenen Rechtsnormen [...]“

Abweichungsmöglichkeiten von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, die schon heute für anderweitig Tarifgebundene bestehen, sollen nicht angetastet werden. Allgemeinverbindliche Lohntarifverträge, die die Einhaltung eines gesamten Lohngitters für ein Bundesland auch für Betriebe mit Sitz außerhalb des Bundeslandes vorsehen, waren bis weit in die 70er Jahre z.B. im Baugewerbe in Rheinland-Pfalz gängige und verfassungsrechtlich unbeanstandete Praxis. Welche Auswirkungen der derzeit vorliegende GE in diesem Punkt aufgrund des dort nach wie vor vorgesehenen Erfordernisses des „bundesweiten“ Tarifvertrages, aber auch hinsichtlich der Beschränkung auf drei Entgeltstufen in der Praxis hat, lässt sich hervorragend an zwei Beispielen erläutern: So hat jüngst das Land Schleswig-Holstein einen wichtigen Lohntarifvertrag für das Steinmetzhandwerk mit einem vierstufigen Lohngitter in diesem Bundesland für allgemeinverbindlich erklärt. Im Maler- und Lackiererhandwerk gelten die allgemeinverbindlichen Regelungen zum Urlaubskassenverfahren für alle Bundesländer bis auf das Saarland. Nach dem derzeit vorliegenden GE würden diese Tarifverträge in der Entsendepraxis nicht bzw. nicht voll zur Anwendung kommen, denn statt der im Steinmetzhandwerk-Tarifvertrag vorgesehenen vier Entgeltstufen wären laut GE in unionsrechtswidriger, aber auch in verfassungsrechtlich bedenklicher, Weise nur drei Entgeltstufen anwendbar und der für 15 Bundesländer geltende AVE-Tarifvertrag des Maler- und Lackiererhandwerks würde aufgrund des im GE unionsrechtswidrig vorgesehenen Erfordernisses des „bundesweiten“ Tarifvertrages keine Anwendung finden im Entsenderecht, da er in einem von 16 Bundesländern nicht gilt. Das widerspräche den Zielen der Entsenderichtlinie eklatant, weshalb die Regelungen des GE zwingend anzupassen sind.

Der Anwendung des Arbeitsortsprinzips steht auch nicht das Argument einer fehlenden Tarifzuständigkeit entgegen, dass bei Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern z. B. aus Berlin nach Bayern, der Berliner Entsender dann ohne Tarifzuständigkeit des bayerischen Verbands bayerische AVE-Tariflöhne zahlen müsste. Denn genau das kann der Gesetzgeber jetzt regeln. Die Tarifzuständigkeitsfrage spielt hier keine Rolle, der Sinn und Zweck einer Allgemeinverbindlicherklärung ist es doch gerade, dass auch eigentlich nicht an diesen Tarifvertrag Gebundene ihn anwenden müssen. Zudem werden auch ausländische



Entsender, die z. B. nach Bayern entsenden, durch das AEntG an den bayerischen allgemeinverbindlichen-Tarifvertrag gebunden – für sie hatte der bayerische Tarifpartner aber auch keine Tarifzuständigkeit.

Das heute schon im AEntG und im Entwurf vorgesehene Erfordernis eines zwingend „bundesweiten“ AVE-Tarifvertrages wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur seit Jahren als richtlinienwidrige Begrenzung der Entsenderichtlinie gesehen.² Die Entsenderichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, allgemeinverbindliche Tarifverträge anzuwenden. In Art. 3 Abs. 8 der Entsende-RL wird definiert, was ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag ist. Dort ist nicht die Rede davon, dass es sich um einen mitgliedsstaatsweiten/bundesweiten Tarifvertrag handeln muss, sondern um einen Tarifvertrag, der für ein *bestimmtes geografisches Gebiet* gilt. Unter diesen Begriff fallen aber auch regionale allgemeinverbindliche-Tarifverträge. Deshalb müssen auch diese Anwendung finden und zwar nicht nur bei Langzeitentsendungen, sondern bei allen Entsendungen unabhängig von ihrer Dauer. Die unionsrechtlich notwendige Gleichbehandlung der Entsendebetriebe mit inländischen Betrieben ist dadurch gewährleistet, dass erstere unter den gleichen Voraussetzungen wie Inlandsbetriebe von den allgemeinverbindlichen regionalen Tarifverträgen abweichen können – etwa durch Abschluss eines den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag verdrängenden inländischen (Firmen-)Tarifvertrags.

3. Verbindlichkeit von tariflichen Qualitätsanforderungen an Unterkünfte aufrechterhalten

Auch muss die verglichen mit dem Ref-Entwurf vom 12.11.2019 nun im GE erfolgte Verschlechterung der Verbindlichkeit der Qualität von Unterkünften wieder rückgängig gemacht werden. Die Einfügung, dass durch Tarifverträge zur Unterbringung und Unterkünften nach unten von entsprechenden allgemeinverbindlichen Tarifverträgen (§ 8 Abs. 2 des Entwurfs) abgewichen werden kann, ist eine unnötige, aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften nicht zu rechtfertigende Einschränkung.

4. Regelungen zu sog. Langzeitentsendungen über 12 bzw. 18 Monate hinaus

a) § 13 b AEntG-E – Zusätzliche Arbeitsbedingungen im Einzelnen

Ein klarer Fokus der Bundesregierung liegt – wie dem GE zu entnehmen ist – auf sog. Langzeitentsendungen (Entsendungen von mehr als 12 bzw. 18 Monaten), die in der Praxis jedoch nur einen geringen Teil der Entsendungen (nur 12 %) ausmachen.³ Auf entsandte Beschäftigte, die länger als 12 bzw. 18. Monate entsandt werden, sollen laut dem vorliegenden Entwurf mit wenigen Ausnahmen alle zwingenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

² Koberski u. a. AEntG 3. Aufl. 2011 § 3 Rn. 16 f.; Deinert, in: Schlachter/Heinig, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016, § 10 Rn. 65; Rödl, WSI-Mitteilungen 2012, 517, 521.

³ In der Begründung des Referentenentwurfs wird auf die zum 1.10.2019 in der Datenbank der Deutschen Rentenversicherung für eine Entsendung nach Deutschland auf Grundlage von Artikel 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ausgestellten A1-Bescheinigungen verwiesen, vgl. dort S. 17.



des Staates, in den die Beschäftigten entsandt werden, Anwendung finden. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften haben bereits in der Stellungnahme vom 10.12.2019 ausführlich dazu Stellung genommen und vor allem das Problem aufgezeigt, dass in dem geplanten § 13 b AEntG-E keine ausdrückliche Regelung vorgesehen ist, wann genau eine Entsendung durch Aufnahme der konkreten Tätigkeit beginnt. Das setzt sich im GE fort und muss ebenfalls korrigiert werden.

Wie § 13 b Abs. 2 Satz 2 Ziffer 3 AEntG-E zu entnehmen ist, muss ein Grund angegeben werden, wenn die weiteren arbeitsrechtlichen Vorschriften des Aufnahmestaates im konkreten Fall erst nach 18 und nicht schon nach 12 Monaten angewendet werden sollen. Offen bleibt im GE allerdings, dass es sich nicht um irgendeinen Grund handeln kann, sondern vielmehr ein sachlicher Grund erforderlich ist. Unklar bleibt damit auch, wann ein solcher sachlicher Grund gegeben sein kann. Es muss sich unserer Auffassung nach um einen Grund handeln, der über das bloße Interesse des Arbeitgebers, die zusätzlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen möglichst lange nicht zu gewähren, hinausgeht. Es muss daher im Gesetz klargestellt werden, dass es einer sachlich fundierten Begründung bedarf, was eine solche darstellen kann und dass die Verlängerung nicht willkürlich erfolgen darf.

Neu im Entwurf ist, dass die für die Inempfangnahme der Mitteilung der erst späteren Anwendung der zusätzlichen arbeitsrechtlichen Vorschriften zuständige Behörde die Zollverwaltung sein soll. Es muss hier im Gesetz geregelt werden, dass die Begründung von der FKS auch überprüft werden muss, was derzeit nicht vorgesehen ist. Dass gerade die Prüfung durch die FKS nicht vorgesehen ist, wird durch die Gesetzesbegründung auf Seite 35 bestätigt. Somit werden aber die angedachten Regelungen zur Langzeitentendung weiter abgeschwächt und drohen unterlaufen zu werden. Zudem verpflichtet Art. 5 der Entsenderichtlinie zu Kontrollen und Sanktionen, die hier fehlen.

Zudem ist Folgendes wichtig: Die Formulierung in § 13 b Abs. 3 und 4 AEntG-E zur Frage der Berechnung der Beschäftigungsdauer und Unterbrechung muss geändert werden. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften plädieren hier für die Wiedereinfügung der verglichen mit dem Ref-Entwurf im GE vorgenommenen Streichung „unabhängig von den Gründen“, da es wichtig ist, dass unmissverständlich und nicht nur durch Zuhilfenahme der Gesetzesbegründung auch Zeiträume einer Arbeitsunfähigkeit sowie urlaubsbedingte Abwesenheit etc. mitgezählt werden.

b) Möglichkeit der Gestaltung durch Rechtsverordnung

Die im GE neu vorgesehene Schaffung der Möglichkeit des Erlasses einer Rechtsverordnung durch das Bundesfinanzministerium (im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales) zur Konkretisierung des Übermittlungsweges wird von uns ebenfalls als problematisch beurteilt. Hier kann eine Schwächung des Mitteilungsverfahrens drohen, da für entsandte Beschäftigte nach 12 Monaten eigentlich immer alle Arbeitsbedingungen zur Anwendung kommen sollten. Daher sind alle Erleichterungen bezüglich Form und Inhalt der Mitteilung der erst späteren Anwendung der entsprechenden zusätzlichen arbeitsrechtlichen Vorschriften abzulehnen.



c) Rechtsfolgen bei Nichtgewährung der Arbeitsbedingungen nach 12 bzw. 18 Monaten

Zudem stellt sich folgendes weiteres Problem: Heißt es in § 13 b Abs. 2 Satz 1 AEntG-E, dass der Arbeitgeber vor Ablauf einer Beschäftigungsdauer im Inland von zwölf Monaten eine Mitteilung abzugeben hat, wird in der Gesetzesbegründung hingegen missverständlich formuliert, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, vor Ablauf einer zwölfmonatigen Entsendedauer eine Mitteilung abzugeben. Es muss hier unmissverständlich klargestellt werden, zu welchem Zeitpunkt genau die Mitteilung zu erfolgen hat. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften schlagen dafür einen Zeitraum von drei Tagen vor Ablauf der 12 Monate vor, um eine Bearbeitung durch die Zollverwaltung und gegebenenfalls die Überprüfung der Rechtsfolge bei Nichtgewährung der Arbeitsbedingungen zu gewährleisten bzw. eine Überprüfung zu veranlassen.

Gibt der Arbeitgeber keine entsprechende Mitteilung ab, gelten laut Gesetzesbegründung automatisch nach zwölf Monaten die in § 13 b Absatz 1 bestimmten Rechtsfolgen. Diese Rechtsfolge muss jedoch auch im Gesetzestext deutlich genannt werden; dies ist bisher nicht der Fall. Die gleiche Rechtsfolge muss zudem gelten, wenn die Mitteilung nicht die in Satz 2 niedergelegten Anforderungen erfüllt – auch das fehlt bisher völlig. Der Gesetzentwurf ist daher auch hier entsprechend zu ergänzen.

5. Kontrollen

Zu begrüßen ist, dass im vorliegenden GE anders als noch im Referentenentwurf von wesentlichen Einschränkungen der Zuständigkeit des Zolls hinsichtlich der Überprüfung der Einhaltung der Zahlung tariflicher Mindestentgelte abgesehen wird. Im Gegenteil werden die Befugnisse des Zolls erweitert und das Personal der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) um 939 Stellen aufgestockt. Das ist erfreulich, setzt aber letztlich nur das um, was die Entsenderichtlinie vorsieht. Im Übrigen war vom Bundesministerium für Finanzen (BMF) 2019 bereits eine Aufstockung auf 10.000 Stellen Sollstärke bei der FKS angekündigt worden. Diese Sollstärke wird durch die jetzt in Rede stehenden 939 Stellen immer noch nicht erreicht.

Laut Gesetzesbegründung prüfen die Behörden der Zollverwaltung künftig aufgrund der mit Nummer 5 b) in § 5 Satz 1 neu eingefügten Nummer 1a in Verbindung mit § 16 allerdings nur alle in bundesweiten allgemeinverbindlichen Tarifverträgen geregelten „Entlohnungsbedingungen“. Die unter Ziffer 1b erläuterten Auslegungsschwierigkeiten setzen sich bei der Frage der Kontrolle fort. Aus dem Gesetz und der Begründung geht nicht eindeutig hervor, ob sich die Kontrolle auf das gesamte Entgeltgitter bezieht. Wenn in allgemeinverbindlichen Entgelttarifverträgen das gesamte Entgeltgitter erstreckt werden soll, dann muss dies auch ausdrücklich hinsichtlich der Kontrollen in den Gesetzestext aufgenommen werden, denn die FKS wird nur dann das gesamte Entgeltgitter auch kontrollieren. Es besteht deswegen auch hier dringender Nachbesserungsbedarf. Auf bestimmte Elemente beschränkte Kontrollen widersprechen zudem Art. 5 der Entsenderichtlinie, der umfassende Kontrollen der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen vorsieht.



Zudem bezieht sich die Kontrolle der sonstigen Entgeltbestandteile ausdrücklich nur auf Entgelttarifverträge, die über Allgemeinverbindlicherklärung erstreckt werden. Das betrifft ebenso die Pflicht zum Bereithalten von Unterlagen im Inland nach § 19 Abs. 2 AEntG. Bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland ist mit Schwierigkeiten bei der Kontrolle, ob sie ihren Verpflichtungen aus dem AEntG nachkommen, zu rechnen. Um diesen Schwierigkeiten zu begegnen, verpflichtet § 19 Abs. 2 Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmerinnen in das Gebiet der Bundesrepublik entsenden, gerade zur Bereithaltung der für eine Kontrolle erforderlichen Unterlagen in der Bundesrepublik Deutschland.

Teil 2: Stellungnahme des DGB zu dem Antrag der Fraktion DIE LINKE Drucksache 19/19231 vom 14.05.2020

Mit dem Antrag der Fraktion DIE LINKE vom 14.05.2020 wird das Ziel verfolgt, Ausbeutung und Lohndumping bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerentsendung konsequent zu unterbinden. Zu Recht wird einleitend darauf verwiesen, dass Lohndumping, die Unterschlagung von Lohnbestandteilen sowie Sozialversicherungsbetrug im Zusammenhang mit Arbeitnehmerentsendung auf deutschen Baustellen, aber auch in der Pflege, in Schlachtbetrieben sowie in anderen Branchen häufig Alltag sind.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen deshalb die bezüglich des Gesetzentwurfs der Bundesregierung deutlich formulierte Kritik, wonach dieser an vielen relevanten Stellen weit hinter den rechtlichen Möglichkeiten zum Schutz entsandter Beschäftigter zurückbleibt und in Teilen sogar unionsrechtswidrig ist, indem gegen zwingende Vorgaben der EU-Entsenderichtlinie verstoßen wird.

Die in dem Antrag unter II. und III. aufgezählten dringend nachbesserungsbedürftigen Punkte stellen nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften die im Kern treffenden Änderungsnotwendigkeiten im vorliegenden Gesetzentwurf dar – hier muss auch aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften dringend nachgebessert werden im vorliegenden Entwurf – siehe dazu auch in dieser Stellungnahme des DGB weiter oben – die Notwendigkeit der Anwendung auch regionaler Tarifverträge bei allen Entsendungen, Erstreckung des gesamten Entgeltgitters, Anwendung des Entlohnungsbegriffs auch bei Erstreckung durch Rechtsverordnung etc. Wichtig ist auch die in dem Antrag unter III. 2 erwähnte Forderung, dass die Aufsichtsbehörden (Zoll und Arbeitsschutzbehörden sowie Sozialversicherungsträger) dazu verpflichtet werden, sich bei etwaigen Gesetzesverstößen gegenseitig zu unterrichten und sicherzustellen, dass betroffene Beschäftigte von den zuständigen Behörden über etwaige Ansprüche gegenüber ihren Arbeitgebern informiert werden. Der DGB fordert gerade im Zusammenhang mit A1-Bescheinigungen, dass die Entsendemittelung maßgeblich sein und ausgewertet werden muss, die Rentenversicherung muss rechtlich und personell so ausgestaltet werden, dass die A1-Informationen insgesamt gesammelt und weitergegeben werden. Es sollte klargestellt werden, dass die Deutsche Rentenversicherung die Aufgabe hat, die A1-Bescheinigung zu überprüfen, das vom EuGH verlangte Beanstandungsverfahren durchzuführen und über die Einleitung dieser Verfahren auch den Zoll und die



anderen Sozialversicherungsträger und Arbeitsschutz-Behörden zu unterrichten hat. Zudem müssen die Unterrichtungspflichten zwischen Zoll und Arbeitsschutz-Behörden sowie Sozialversicherungsträgern im Gesetz klargestellt werden.

Ausdrücklich zu begrüßen ist auch Punkt II. 2. des Antrags, wonach die Fraktion DIE LINKE auch auf die Erleichterung von Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen hinweist. So soll der Deutsche Bundestag die Bundesregierung auffordern, einen Gesetzentwurf vorzulegen, mit dem im Tarifvertragsgesetz die Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung deutlich erleichtert werden. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen auch diese Forderung ausdrücklich. Die letzte Reform der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen brachte Verbesserungen, wie insbesondere die Abschaffung des 50 %-Quorums und die Erleichterungen für gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien. Nicht berücksichtigt wurde allerdings die Forderung nach Verhinderung der Veto-Möglichkeit der Arbeitgeber im Tarifausschuss, die damit eine Allgemeinverbindlicherklärung blockieren können. Der Abstimmungsmodus muss deshalb so verändert werden, dass im Tarifausschuss ein Antrag, der gemeinsam von den zuständigen Tarifvertragsparteien aus der betroffenen Branche eingebracht wird, dort nur mit Mehrheit abgelehnt werden kann.

Teil 3: Stellungnahme des DGB zu dem Antrag der Fraktion der FDP Drucksache 19/19259 vom 15.05.2020

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften stellen sich entschieden gegen den im Antrag der FDP-Fraktion vom 15.05.2020 verwendeten Begriff „Protektionismus“ im Zusammenhang mit der Ausbeutung von entsandten Beschäftigten in Deutschland und anderen EU-Mitgliedstaaten. Die in dem FDP-Antrag zum Ausdruck kommende Banalisierung von jahrzehntelang bekannten Missständen um die Arbeits- und Unterkunftsbedingungen und geringe Wertschätzung von mobilen Beschäftigten kommt nicht zuletzt durch das altbekannte Lied von zu viel Bürokratieaufwand und überzogener Regulierung des freien Dienstleistungsverkehrs daher – ein Einwand, der immer nur im Arbeitsrecht benutzt wird; die Komplexität des Steuerrechts wird nie moniert. Entsandte Beschäftigte landen immer wieder in vollkommen prekären Situationen. Das ist auch durch die jüngsten Geschehnisse im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie in Sammelunterkünften deutlich geworden. Für sie reicht es eben gerade nicht, weiter auf den Anstand der Arbeitgeber zu hoffen. Gerade auch vor diesem Hintergrund sind die vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften mehrfach genannten Forderungen an die Umsetzung der revidierten Entsenderichtlinie wichtig. Es besteht dringender Handlungsbedarf.

Als Nebenschauplatz legt der Antrag der FDP-Fraktion die Aufmerksamkeit auf das Thema A1-Bescheinigung und die Verhandlungen um eine Reform der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (EG VO 883/2004). Den Ausführungen im Antrag liegen zum Teil unrichtige Informationen zugrunde. Richtigerweise haben sich der Europäische Rat und das Europäische Parlament am 25.03.2019 auf einen Kompromiss geeinigt, wonach ein Nachweis über die Beantragung einer A1-Bescheinigung ausreicht, um eine Dienstreise anzutreten. Unternehmen müssen nicht auf die Ausstellung der A1-Bescheinigung warten, um einen kurzfristigen Einsatz wahrzunehmen. Das Parlament und der Rat

haben sich in diesem Kompromiss zudem auf Ausnahmen vom Erfordernis einer A1-Bescheinigung geeinigt, etwa für Messebesuche und alle Dienstreisen ohne Erbringung von Dienstleistungen und Warenverkehr. Generelle Ausnahmen für kurzfristige Dienstreisen – wie sie der FDP-Antrag fordert - aller Art stellen jedoch einen deutlichen Rückschritt gegenüber dem Ist-Zustand dar und leisten dem Missbrauch von A1-Bescheinigungen weiteren Vorschub. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen daher jede Lockerung der Regelungen zur A1-Bescheinigung ab. Die im Antrag als bürokratisch bezeichnete Beantragung einer A1-Bescheinigung erfolgt seit dem 1.1.2019 in Deutschland zwingend elektronisch und ist in kürzester Zeit möglich. Auch für sehr kurzfristige Dienstreisen ergeben sich daher keinerlei bürokratischer Aufwand oder zeitliche Verzögerungen. Bereits nach geltender Rechtslage kann die A1-Bescheinigung bereits heute schon nachgereicht oder sogar nachträglich beantragt werden. Statt die Anforderungen an eine A1-Bescheinigung und deren Vorlageerfordernisse zu reduzieren, ist es viel wichtiger die Möglichkeit der nachträglichen Beantragung nach Antritt einer Dienstreise zur Vermeidung von Missbrauch aufzugeben. Es genügt dann zukünftig der Nachweis über die vorab beantragte A1-Bescheinigung, ohne dass diese selbst bereits vorliegen muss. Schon die Tatsache, dass sich der EuGH beginnend mit der Entscheidung „Altun“ im Februar 2018 – C-259/16 – bis zum Urteil vom 14. Mai 2020 – C-17/19 – sechs Mal mit dem eindeutig festgestellten Missbrauch von A1-Bescheinigungen auseinandersetzen musste, macht deutlich, dass die Vorabbeantragung der A1-Bescheinigung ein richtiger Schritt zur weiteren Einschränkung des Missbrauchs ist. Die derzeitige Rechtslage führt für deutsche Kontrollbehörden zu dem absurden Ergebnis, dass Verfahren wegen offensichtlichen Missbrauchs eingestellt werden müssen, weil die nachträgliche Beantragung und Ausstellung einer A1-Bescheinigung noch legal ist. Das in der VO 883/2004 i. V. m. der VO987/2009 vorgesehene einzuleitende Verfahren zur Rücknahme oder Nichtigkeitserklärung von A1-Bescheinigungen in den ausstellenden Ländern führt zu keinem Ergebnis, weil diese Länder kein Interesse an der Beseitigung des Missbrauchs haben. Der Gedanke einer europäischen Union beruht nicht darauf, dass sich Unternehmen durch offensichtlichen Rechtsmissbrauch einen Wettbewerbsvorteil durch Umgehung der Sozialversicherungsvorschriften verschaffen können. Diese Strategien zum eigenen Vorteil gehen inzwischen soweit, dass sich Länder einen Wettbewerbsvorteil dadurch verschaffen, dass nationale Regelungen für Entsendungen einen halbierten Sozialversicherungsbeitrag vorsehen.

Hinzu kommt, dass zeitliche Ausnahmen vom Erfordernis einer A1-Bescheinigung für Dienstreisen unter 14 Tagen nicht kontrollierbar sind. Zum einen, weil nicht nachvollzogen werden kann, wann eine konkrete Einreise stattgefunden hat (keine Grenzkontrollen in Europa) und zum anderen würde gerade diese Regelung tatsächlich zu einem höheren Bürokratieaufwand führen. Es müsste bei den Kontrollbehörden nämlich eine extra Stelle geschaffen werden, die überprüft, ob die Dienstreise tatsächlich unter 14 Tagen liegt oder nicht. Kompliziert wird es auch, wenn eine Dienstreise spontan verlängert wird, dann die 14 Tage überschritten werden und für die zusätzlichen Tage doch eine A1-Bescheinigung beantragt werden muss.

Ziel muss es aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften sein, die Situation für die Beschäftigten und Unternehmen zu verbessern. Der Missbrauch von A1-Bescheinigungen muss gestoppt werden, indem vor dem Auslandseinsatz die Bescheinigung beantragt wird.



Ansonsten besteht die Gefahr, dass z. B. auf einer Baustelle immer mitgeteilt wird, der Beschäftigte habe gerade erst begonnen zu arbeiten. Unternehmen erfahren bereits heute ausreichend Erleichterung indem die Digitalisierung weiter vorangetrieben wird. Das gilt für die schnellstmögliche Antragstellung vorab, aber auch für die zügige Erstellung eines europäischen Echtzeitregisters. Sobald dieses zuverlässig und belastbar existiert, ist es denkbar, auf A1-Bescheinigungen in der derzeitigen Form zu verzichten.

Im Hinblick auf die Verhinderung von Sozialdumping wird in dem FDP-Antrag davon ausgegangen, dass die A1-Bescheinigung nur sehr eingeschränkt wirksam sei, da lediglich die Zuständigkeit des Sozialversicherungssystems belegt werde. Dies ist aber genau der Sinn der A1-Bescheinigung! Bei rechtskonformer Anwendung soll diese den Sozialversicherungsstatus des Beschäftigten nachweisen. Wer im Wohnstaat ordentlich sozialversichert ist, fällt im Aufnahmestaat/ Arbeitsstaat nicht unter dessen (Pflicht)Versicherungssystem. Insoweit erfüllt die A1-Bescheinigung ihren beabsichtigten Zweck und soll Missbrauch durch unlauteren Wettbewerb durch Ersparen von Sozialversicherungsbeiträgen verhindern. In der Praxis wird von der FKS bestätigt immer wieder bestätigt, dass die Informationen aus der A1 Bescheinigung sehr wichtig sind. Aus der A1-Bescheinigung lässt sich z. B. neben der Information bestehender Sozialversicherungspflicht auch das entsendende Unternehmen am schnellsten ermitteln, da es das einzige Dokument ist, auf dem die Identität und Adresse des Arbeitgebers vermerkt ist. Ebenso ergeben sich daraus der Wohnstaat und damit die für die Sozialversicherung zuständige Behörde, um in Zweifelsfragen direkt mit dieser in Kontakt zu treten. Vor allem bei Entsendung über mehrere Länder hinweg ist es schwer zu ermitteln, welcher Mitgliedstaat für die Sozialversicherung verantwortlich ist. Durch diese Information können Tatbestände schneller überprüft werden. Die Informationen sind jedoch für rechtssichere Prüfungen nicht ausreichend. Deshalb fordert DGB im Zusammenhang mit A1-Bescheinigungen folgende nationale Verbesserungen:

- die Entsendemitteilung muss maßgeblich sein und ausgewertet werden,
- die Rentenversicherung muss rechtlich und personell so ausgestaltet werden, dass die A1-Informationen insgesamt gesammelt und weitergegeben werden,
- es sollte klargestellt werden, dass die Deutsche Rentenversicherung die Aufgabe hat, die A1-Bescheinigung zu überprüfen, das vom EuGH verlangte Beanstandungsverfahren durchzuführen und über die Einleitung dieser Verfahren auch den Zoll und die anderen Sozialversicherungsträger und Arbeitsschutz-Behörden zu unterrichten.

Zudem müssen die Unterrichtungspflichten zwischen Zoll und Arbeitsschutz-Behörden sowie Sozialversicherungsträgern im Gesetz klargestellt werden – eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich auch aus Art. 35 GG. Dem stehen auch keine datenschutzrechtlichen Bedenken entgegen, wie inzwischen für die Weiterleitung zwischen Arbeitsschutzbehörden und der DGUV geklärt worden ist. Zweckmäßig erscheint in Deutschland diesbezüglich eine entsprechende Weiterentwicklung des § 18 AEntG. Konkreter Änderungsvorschlag: Ein neuer § 18 a AEntG, wonach Meldepflichten an die jeweilige Arbeitsschutzbehörde, in der das Entsendeunternehmen, das „Gastunternehmen“, die Zahl der Beschäftigten und der Name des Koordinators (§ 13 BetrSichV und § 6 DGUV Vorschrift 1) genannt werden.



Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften sprechen sich schließlich dafür aus, dass die Europäische Arbeitsbehörde (ELA) an der Einführung eines elektronischen Registers für die Sozialversicherung sowie der europäischen Sozialversicherungsnummer mitwirken soll. Damit wäre die Kontrolle des Sozialversicherungsstatus enorm vereinfacht und die A1-Formulare hinfällig. Davon profitieren dann die Kontrollbehörden und die Unternehmen. Hauptaufgabe der ELA ist die Missbrauchsbekämpfung im grenzüberschreitenden Kontext. Deshalb soll sie vor allem den Informationsaustausch zwischen den nationalen Behörden fördern und die grenzüberschreitenden Kontrollen ausbauen, dazu sind die genannten Schritte nötig.

Teil 4: Zusammenfassung der wichtigsten DGB-Forderungen

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern daher klar: Der vorliegende Entwurf muss an vielen Stellen deutlich nachgebessert werden. Über die in unserer Stellungnahme zum Referentenentwurf mit Datum vom 10.12.2019 vorgetragenen Forderungen hinaus ergeben sich bezüglich des hier nun vorliegenden und zu beurteilenden GE vom 12.02.2020 folgende weitere/konkretisierende Änderungsbedarfe:

- Die im Gesetzentwurf vorgesehene künstliche Aufrechterhaltung der Trennung zwischen Mindestentgeltsätzen und sonstigen Entgeltbestandteilen ist aufzuheben. Es muss durchgängig auf den Entlohnungsbegriff abgestellt werden, denn die neue umzusetzende Entsenderichtlinie fordert genau das – nämlich den explizit in der Richtlinie gewählten neuen Begriff der Entlohnung einzuführen.
- Auch über Rechtsverordnungen müssen gesamte Entgeltgitter erstreckt werden können.
- Sollte die Trennung zwischen Mindestentgeltsätzen und sonstigen Entgeltbestandteilen und die diesbezüglich unterschiedliche Handhabung je nach Erstreckung durch allgemeinverbindliche-Tarifvertrag oder Rechtsverordnung erhalten bleiben, ist eine Klarstellung erforderlich, dass bei Anwendung von AVE-Tarifverträgen alle Entgeltbestandteile und das gesamte Entgeltgitter angewendet werden müssen.
- Die Aufhebung des Vorrangs von allgemeinverbindlichen Entgelttarifverträgen gegenüber dem gesetzlichen Mindestlohn, wie sie im Gesetzentwurf derzeit vorgesehen ist, ist rückgängig zu machen.
- Zudem muss in § 9 AEntG-E eine Klarstellung erfolgen, dass § 4 Abs. 4 TVG auch im AEntG im Kontext der dortigen in Bezug auf die sonstigen Entgeltbestandteile vorgesehenen Verzichtsregelungen gilt.
- Das Wort „bundesweit“ in § 3 AEntG muss ersatzlos gestrichen werden, um auch die Anwendung regionaler AVE-Tarifverträge zu ermöglichen. Um in diesem Kontext klarzustellen, dass dabei nur Tarifverträge, die das Arbeitsortsprinzip regeln, erstreckt werden können, könnte alternativ entsprechend der im Entwurf schon vorgesehenen Regelung für die Zeit nach 12/18 Monaten Folgendes in § 2 eingefügt werden: „Die am Beschäftigungsort vorgeschriebenen Rechtsnormen [...]“.



- Die Einfügung, dass durch Tarifverträge zur Unterbringung und Unterkünften nach unten von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen (§ 8 Abs. 2 GE) abgewichen werden kann, ist zu streichen.

- Die Formulierung in § 13 b Abs. 3 und 4 AEntG-E zur Frage der Berechnung der Beschäftigungsdauer und Unterbrechung muss konkretisiert werden. Der DGB plädiert hier zudem für die Wiedereinfügung der im GE gestrichenen Formulierung des Referentenentwurfs „unabhängig von den Gründen“, da es wichtig ist, dass unmissverständlich und nicht nur durch Zuhilfenahme der Gesetzesbegründung auch Zeiträume einer Arbeitsunfähigkeit sowie urlaubsbedingte Abwesenheit etc. mitgezählt werden.

- Es muss im Gesetz schließlich klargestellt werden, dass es für die Anwendung der zusätzlichen arbeitsrechtlichen Regelungen/Arbeitsbedingungen erst nach 18 Monaten einer sachlichen Begründung bedarf und die Verlängerung nicht willkürlich erfolgen darf; zudem muss die Begründung von der FKS überprüft werden, was derzeit ebenfalls nicht vorgesehen ist.

- Zudem sind Kontrollen und Sanktionen auszubauen, die Ausnahmen des § 24 AEntG-E zu begrenzen, ein Verbandsklagerecht einzuführen und Beratungseinrichtungen zu stärken durch z. B. das DGB-Projekt Faire Mobilität, das der Verstetigung bedarf.

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 Mitarbeiterinsatz 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 entgegenzutreten 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

Schriftliche Stellungnahme

Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Generalzolldirektion

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



Generalzolldirektion



Generalzolldirektion, Postfach 12 73, 53002 Bonn

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Arbeit und Soziales
Platz der Republik 1
11011 Berlin

DIREKTION VII
**Finanzkontrolle
Schwarzarbeit**

BEARBEITET VON:
Gabriele Eustrup

DIENSTORT:
Wörthstraße 1-3
50668 Köln

TEL 0228 303 71001
FAX 0228 303 99500
MAIL DVII.gzd@zoll.bund.de
DE-MAIL DVII.gzd@zoll.de-mail.de

POSTANSCHRIFT:
Wörthstraße 1-3
50668 Köln

www.zoll.de

DATUM: 10. Juni 2020

BETREFF Öffentlichen Anhörung zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz und weiteren Anträge – BT-Drs. 19/19371, 19/19259 und 19/19231 – am 15. Juni 2020

BEZUG Schreiben vom 28. Mai 2020

ANLAGEN

GZ SV 3010-2019.00052-DVII.A.41.01z (bei Antwort bitte angeben)

Sehr geehrter Herr Dr. Bartke,
sehr geehrte Damen und Herren,

vielen Dank, dass Sie es mir ermöglichen, zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern sowie den Anträgen der Fraktion DIE LINKE und der Fraktion der FDP Stellung zu nehmen.

1 Vorbemerkung

Bevor ich auf den Gesetzesentwurf und die beiden Anträge eingehe, soweit die den Behörden der Zollverwaltung übertragenen Aufgaben berührt sind, erlauben Sie mir, den gesetzlichen Auftrag der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) darzustellen.

Die Prüfung der Einhaltung der Arbeitsbedingungen nach Maßgabe des AEntG, um das es im Gesetzesentwurf geht, ist nach dem SchwarzArbG ein Prüfauftrag der FKS von mehreren. Nach § 2 Absatz 1 Satz 1 SchwarzArbG prüft die FKS, ob

1. sich aus den Dienst- oder Werkleistungen ergebenden Pflichten nach § 28a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch erfüllt werden oder wurden,
2. auf Grund der Dienst- oder Werkleistungen oder der Vortäuschung von Dienst- oder Werkleistungen Sozialleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch zu Unrecht bezogen werden oder wurden,
3. die Angaben des Arbeitgebers, die für die Sozialleistungen nach dem Zweiten und Dritten Buch Sozialgesetzbuch erheblich sind, zutreffend bescheinigt wurden,
4. Ausländer und Ausländerinnen
 - a) entgegen § 4a Absatz 4 und 5 Satz 1 und 2 des Aufenthaltsgesetzes beschäftigt oder beauftragt werden oder wurden oder
 - b) entgegen § 284 Absatz 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch beschäftigt werden oder wurden,
5. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen
 - a) ohne erforderliche Erlaubnis nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) ver- oder entliehen werden oder wurden und
 - b) entgegen den Bestimmungen nach § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6, § 1a oder § 1b des AÜG ver- oder entliehen werden oder wurden,
6. die Arbeitsbedingungen nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes, des AEntG und des § 8 Absatz 5 des AÜG in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 Satz 1 AÜG eingehalten werden oder wurden,
7. Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zu ausbeuterischen Arbeitsbedingungen beschäftigt werden oder wurden und
8. die Arbeitskraft im öffentlichen Raum entgegen § 5a SchwarzArbG angeboten oder nachgefragt wird oder wurde.

Die FKS prüft nach § 2 Absatz 1 Satz 2 und 3 SchwarzArbG im Rahmen ihrer Prüfungen nach § 2 Absatz 1 Satz 1 SchwarzArbG auch

- zur Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht nach § 6 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit § 6 Absatz 4 Nummer 4 SchwarzArbG, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Steuerpflichtige den sich aus den Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten im Sinne von § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 nicht nachgekommen sind, sowie

- zur Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht nach § 6 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit § 6 Absatz 4 Nummer 4 und 7 SchwarzArbG, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Kindergeldempfänger ihren Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen sind.

Die Prüfaufträge nach § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 (soweit es um die Vortäuschung von Dienst- oder Werkleistungen geht), 5, 6 (soweit die Einhaltung der Anforderungen an Unterkünfte, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vom Arbeitgeber – derzeit nur von Arbeitgebern mit Sitz im Inland – zu Verfügung gestellt werden, zu prüfen ist), 7 und 8 sowie nach Absatz 1 Satz 3 SchwarzArbG (Mitteilungspflicht bei Kindergeld) sind erst mit dem Gesetz gegen illegalen Beschäftigung und Sozialleistungsmisbrauch vom 11. Juli 2019 (BGBl. I 2019, S. 1066 ff.) in das SchwarzArbG eingefügt worden.

Zu den Arbeitsbedingungen, deren Einhaltung die FKS nach geltendem Recht nach Maßgabe des AEntG prüft, gehören nach § 5 Satz 1 Nummer 1 bis 4 AEntG:

1. die Mindestentgeltsätze, die nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Regionen differieren können, einschließlich der Überstundensätze,
2. die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld,
3. die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen im Zusammenhang mit Urlaubsansprüchen nach Nummer 2 durch eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien sowie
4. die Anforderungen an die Unterkünfte von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, wenn sie vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt eingesetzt werden, zur Verfügung gestellt werden.

Derzeit wird in den Branchen

- Abfallwirtschaft,
- Aus- und Weiterbildungsleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch,
- Bauhauptgewerbe,
- Dachdeckerhandwerk,
- Elektrohandwerke,
- Gebäudereinigung,
- Gerüstbau,
- Maler- und Lackiererhandwerk,

- Pflegebranche und
- Steinmetzhandwerk

die Einhaltung von insgesamt 27 Mindestarbeitsbedingungen anhand von 16 aktuell geltenden Regelungen (Tarifverträge bzw. Rechtsverordnungen) geprüft. Hinzu kommt noch eine Vielzahl von Rechts- und Tarifvorschriften aus nicht verjährter Zeit, da die FKS regelmäßig auch die Einhaltung von Arbeitsbedingungen in der Vergangenheit prüft.

Die FKS verfolgt dabei einen ganzheitlichen Prüfansatz, d.h. bei einer Prüfung werden grundsätzlich alle Prüfaufträge nach dem SchwarzArbG erledigt. Die Prüfaufträge sind nach dem Gesetz gleichrangig, da der Gesetzgeber keine Schwerpunkte gesetzt hat.

2 Stellungnahme zum Gesetzesentwurf und zu den Anträgen

Zu den wesentlichen Änderungen im Gesetzesentwurf im Hinblick auf die Aufgabenerledigung der FKS nehme ich wie folgt Stellung:

Bereits die im Gesetzesentwurf vorgesehene Erweiterung des Prüfauftrags wird, wie ich im Einzelnen darlegen werde, für die FKS eine besondere Herausforderung darstellen. Die im Antrag der Fraktion DIE LINKE erhobenen Forderungen, die eine nochmalige Erweiterung des Prüfauftrages bedeuten, halte ich nicht für zielführend.

Zum besseren Verständnis erlaube ich mir, Schwierigkeiten, die ich bei der Prüfung der Einhaltung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen sehe, anhand von konkreten Beispielen aus Tarifverträgen von Branchen, die derzeit vom AEntG erfasst werden, zu erläutern.

2.1 Bundesweite Geltung der Tarifverträge

Die bisher geltende Beschränkung auf bundesweite Tarifverträge sollte beibehalten werden. Nur so ist gewährleistet, dass ein überschaubarer Kanon an Tarifverträgen durch die FKS geprüft wird. Nach meiner Auffassung würde eine Ausweitung des Prüfauftrags auf die Prüfung der Einhaltung auch der regionalen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge nicht zu einer nachhaltigen Verbesserung der Situation entsandter oder regelmäßig im Inland beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer führen. Im Gegenteil sehe ich in Anbetracht der Vielzahl der dann zu prüfenden Tarifverträge die Gefahr, dass die Qualität der Prüfungen leidet und nicht die Feststellungen getroffen werden, die erforderlich sind, den Nachweis eines Verstoßes zu führen. Dabei sollte auch berücksichtigt werden, dass die FKS-Bediensteten bereits aufgrund des oben dargelegten Spektrums der vielfältigen Prüfständigkeiten nicht in jedem Fall tiefgreifende tarifrechtliche Auslegungen vornehmen können. Wie schwierig die Auslegung von Tarifverträgen ist, zeigt die nahezu unüberschaubare Zahl von arbeitsgerichtlichen Entscheidungen, die sich mit der Zuordnung zu einem Tarifvertrag oder der Eingruppierung in eine bestimmte Tarifgruppe befassen.

Da es keinen Mustertarifvertrag gibt, an dem sich alle Branchen orientieren, unterscheiden sich die Tarifverträge der einzelnen Branchen, teilweise auch die Tarifverträge unterschiedlicher Tarifbezirke einzelner Branchen, erheblich. In der Sicherheitsbranche z.B. gibt es für fast jedes Bundesland einen eigenen Entgelttarifvertrag. Hinzukommt, dass dieser, wenn er ausnahmsweise für zwei benachbarte Bundesländer gilt, von zwei Landesarbeitsministerien für allgemeinverbindlich erklärt ist. Da Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei ihrer Beschäftigung auch Landesgrenzen überschreitend tätig werden, können aufgrund des Arbeitsortsprinzips regional unterschiedliche Tarifverträge Anwendung finden. Dies erschwert Prüfungen, zumal die Tätigkeitszeiträume in den jeweiligen Tarifbezirken exakt festgestellt werden müssen, damit ein etwaiger Verstoß nachgewiesen werden kann und ein Bußgeldbescheid nach einem Einspruch durch das Gericht bestätigt wird.

2.2 Begrenzung der Zahl der Entgeltstufen der Mindestentgeltsätze

Nach § 5 Satz 1 Nummer 1 AEntG-E soll die Differenzierung nach Art der Tätigkeit und Qualifikation insgesamt bis zu drei Stufen umfassen. Bisher hat die FKS, wenn es um die Prüfung der Einhaltung des Mindestentgelts ging, höchstens zwei Mindestentgeltsätze zu prüfen. Bereits die Feststellung, welcher von zwei Mindestentgeltsätzen zu zahlen ist, kann bei Prüfungen nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten. Daher sollte dem Antrag der Fraktion DIE LINKE, die Begrenzung der Zahl der Mindestentgeltsätze aufzugeben, nicht entsprochen werden. Würde die Zahl der Mindestentgeltsätze nicht beschränkt, hätte dies zur Folge, dass die FKS alle Entgeltgruppen eines Tarifvertrages und damit ganze Tarifgitter prüfen müsste. Aus Sicht der FKS sollte mit Blick auf die Prüfbarkeit des Mindestentgelts zumindest die heute bestehende faktische Beschränkung auf zwei Entgeltgruppen beibehalten werden. Es würde zudem die Prüfungen der FKS erheblich vereinfachen, wenn es je Tarifbereich nur einen einzigen Mindestentgeltsatz gäbe.

Die Prüfung eines Mindestlohns ist nicht darauf beschränkt zu kontrollieren, ob das in der Entgeltabrechnung genannte Stundenentgelt dem jeweiligen Mindestentgelt entspricht. Mindestlohnprüfungen sind meist komplexe Angelegenheiten, die juristische und auch berufskundliche Kenntnisse erfordern, wie die nachfolgenden Beispiele belegen.

Nur wenn die Tätigkeiten, für die der jeweilige Mindestlohn zu zahlen ist, klar voneinander unterscheidbar sind, ist deren Zuordnung zu einer Mindestlohngruppe in der Regel einfach. Ein Beispiel für einen Mindestlohntarifvertrag mit klar abgrenzbaren Tätigkeiten ist der Bundeslohntarifvertrag für Geld- und Wertdienste. Danach gibt es je einen Mindestlohn für mobile und für stationäre Tätigkeiten.

Relativ leicht unterscheidbare Mindestlohn-Entgeltgruppen gibt es auch in der Gebäudereinigung, zumal die Innen- und Unterhaltsreinigung (Lohngruppe 1) und die Glas- und Fassadenreinigungsarbeiten (Lohngruppe 6) an verschiedenen Arbeitsstellen ausgeübt werden. Die Unterschiedlichkeit der Tätigkeiten ist bereits durch Inaugenscheinnahme erkennbar. Da in der Gebäudereinigung üblicherweise eine klare personelle Trennung zwischen Innen- und Unterhaltsreinigungsarbeiten und Glas- und Fassadenreinigungsarbeiten besteht, bereitet in den meisten Fällen die Feststellung, welche Arbeiten arbeitszeitlich überwiegend von einer Arbeitnehmerin oder einem Arbeitnehmer ausgeübt werden, keine größeren Probleme. Daraus folgt dann auch die Eingruppierung.

Die Beobachtung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei einer Prüfung führt regelmäßig nicht zu mehr als einer Momentaufnahme, die keinen Aufschluss darüber gibt, welchem Tarifvertrag der Betrieb und vor allem welcher Tarifgruppe eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer tatsächlich unterfällt. Treffen Prüfkraft Arbeitskräfte z.B. bei Reinigungsarbeiten auf einer Baustelle an, kann der Betrieb ein Betrieb des Bauhauptgewerbes oder der Gebäudereinigung sein. Um einen Betrieb einem Tarifvertrag zuordnen zu können, ist zu prüfen, welcher der hauptsächliche Betriebszweck ist, der in dem Betrieb verfolgt wird. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist festzustellen, welche Arbeiten den zeitlich überwiegenden Anteil der Gesamtarbeitszeit aller Arbeitnehmer des Betriebes in einem Kalenderjahr ausmachen. Rüstzeiten und andere Nebenarbeiten, die zur sachgerechten Ausführung der betrieblichen Leistungen notwendig sind und deshalb mit ihnen in Zusammenhang stehen, sind dem Betriebszweck zuzurechnen, dem sie bestimmungsgemäß zugutekommen. All dies muss von den FKS-Bediensteten festgestellt werden.

Steht fest, von welchem Tarifvertrag ein Betrieb erfasst wird, ist zu prüfen, ob auch die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer von diesem Tarifvertrag persönlich erfasst wird. Abhängig von der Branche und vom Regelungsinhalt des Tarifvertrages können dies alle Arbeitnehmer eines Betriebes, alle gewerblichen Arbeitnehmer, nur gewerbliche Arbeitnehmer, die eine bestimmte Tätigkeit ausüben, alle kaufmännischen Arbeitnehmer oder Arbeitnehmer, die eine bestimmte Funktion innehaben, sein.

Ergäbe die Prüfung im Ausgangsfall, dass der Betrieb ein solcher der Gebäudereinigung ist, bedeutet dies nicht zwingend, dass die Arbeitskraft Anspruch auf einen Lohn der Lohngruppe 4 der Gebäudereinigung für Bauschlussreinigungsarbeiten hat. Wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer diese Arbeiten nur gelegentlich und ansonsten Arbeiten der Lohngruppe 1 ausführt, besteht ein Anspruch auf den höheren Lohn der Lohngruppe 4 nur unter der Voraussetzung, dass er diese höherwertige Tätigkeit bereits länger als drei Monate ausgeübt hat. Werden ansonsten arbeitszeitlich überwiegend Arbeiten der Lohngruppe 6

ausgeführt, bleibt der Lohnanspruch auf einen Lohn der Lohngruppe 6 aufgrund des Günstigkeitsprinzips unverändert bestehen, auch wenn vorübergehend Arbeiten einer niedrigeren Lohngruppe ausgeführt werden.

Ist der Betrieb, der die Reinigungsarbeiten auf der Baustelle ausführt, jedoch ein Betrieb des Bauhauptgewerbes, besteht ein Anspruch zumindest auf den Mindestlohn der Lohngruppe 1 des Bauhauptgewerbes, es sei denn, dass überwiegend Arbeiten ausgeführt werden, die der Lohngruppe 2 unterfallen.

Bereits dieses kleine Beispiel zeigt, dass auch dann, wenn feststeht, welchem Tarifvertrag ein Betrieb unterfällt, die Feststellung des tariflichen Lohnanspruchs erheblich schwieriger ist als die Feststellung eines Mindestlohnanspruchs, wenn es nur einen Mindestlohnsatz gibt.

Größere und teilweise nicht lösbare Schwierigkeiten bei einer Prüfung bereiten regelmäßig Tarifverträge, deren Entgeltgruppen nicht klar voneinander unterscheidbar sind. Ein Beispiel hierfür ist der Mindestlohntarifvertrag für das Bauhauptgewerbe mit der Abgrenzung der Lohngruppen 1 und 2. Eine Eingruppierung wird allein schon durch die Eingruppierungsgrundsätze nach dem insoweit maßgeblichen Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV Bau) erschwert. Danach sind für die Eingruppierung einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers die Ausbildung, die Fertigkeiten und Kenntnisse sowie die auszuübende Tätigkeit maßgebend. Die Beschreibung der den einzelnen Lohngruppen zugeordneten Tätigkeiten in § 5 BRTV Bau zeigt zudem, dass die Prüfkräfte Kenntnisse der Ausbildungsordnung und weitere berufliche Kenntnisse für eine zutreffende Eingruppierung zwingend benötigen. Hinzukommt, dass die Tätigkeitsmerkmale eine klare Differenzierung zwischen den Tätigkeiten auf den einzelnen Entgeltstufen vermissen lassen. So gehört z.B. nach dem BRTV Bau das Herstellen von Mörtel zu den Tätigkeiten sowohl der Lohngruppe 1 als auch der Lohngruppe 2. Gleiches gilt für die Tätigkeitsmerkmale „Herstellen von Rohrgräben“ und „Graben von Rohr- und Kabelgräben“. Daneben sind auch die von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für eine Eingruppierung zu beachten.

Bei auftretenden Schwierigkeiten bei der Feststellung der zutreffenden Lohngruppe im Baugewerbe – und hier geht es nur um zwei Lohngruppen – stellt die FKS unter Beachtung des Opportunitätsgrundsatzes des § 47 Abs. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) das Bußgeldverfahren gegen den Betroffenen ein oder beschränkt die Ermittlungen. Voraussetzung dafür ist, dass zumindest der Mindestlohn nach Lohngruppe 1 gezahlt wurde und auch nach sorgfältiger Prüfung eine eindeutige Zuordnung zur Lohngruppe 2 nicht vorgenommen werden kann.

Diese Beispiele sollen zeigen, welchen Schwierigkeiten Prüfkräfte der FKS bereits heute begegnen, wenn ein Mindestlohtarifvertrag mehr als einen Mindestlohn vorsieht. Hinzu kommt, dass die Lohn- bzw. Mindestlohtarifverträge teilweise nicht sämtliche Tätigkeiten abbilden, die in einem Betrieb der jeweiligen Branche anfallen. So haben z.B. in der Gebäudereinigung und im Bauhauptgewerbe nicht alle Arbeitskräfte Anspruch auf einen der jeweils zwei Branchenmindestlöhne. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die tariffremde Tätigkeiten verrichten, haben Anspruch nur auf den allgemeinen Mindestlohn nach dem Mindestlohngesetz. Hinsichtlich der anderen Arbeitsbedingungen nach dem AEntG, wie z.B. Urlaub, gelten hingegen die Rahmentarifverträge der beiden Branchen.

Jede weitere zu prüfende Lohngruppe macht die Prüftätigkeit komplexer, zumal für eine eindeutige Zuordnung zu einer Entgeltgruppe branchenbezogene Fachkenntnisse, die auch Inhalte der einschlägigen Berufsausbildung einschließen müssen, erforderlich sind. Die Qualifikation der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers scheint auf den ersten Blick ein einfaches, weil formales Kriterium zur Differenzierung des Anspruchs auf ein Mindestentgelt zu sein. Bei inländischen Arbeitskräften mag dies zutreffen, bei entsandten muss der Ausbildungsabschluss festgestellt, gegebenenfalls durch Erkundigungen im Heimatstaat erfragt und anschließend mit deutschen Berufsabschlüssen verglichen werden. Dieses Verfahren ist aufwendig und verzögert den Abschluss von Prüfungen. Es setzt berufskundliche Kenntnisse voraus, über die die Bediensteten der FKS angesichts von annähernd 330 Ausbildungsberufen nach dem Berufsbildungsgesetz und der Handwerksordnung sowie einer Vielzahl von weiteren Berufen aufgrund anderer bundesrechtlicher und landesrechtlicher Ausbildungsordnungen naturgemäß nicht verfügen. Hinzu kommt eine nicht überschaubare Zahl von ausländischen Berufsausbildungsregelungen. Auch eine Differenzierung nach der Qualifikation spricht meines Erachtens gegen mehrere Mindestentgeltsätze.

2.3 Differenzierung der Entgeltgruppen nach der Berufserfahrung

Das Merkmal der Berufserfahrung ist aus meiner Sicht als Prüf- und Bußgeldbehörde für eine Eingruppierung in eine bußgeldbewehrte Mindestentgeltgruppe nur dann geeignet, wenn im Tarifvertrag ausdrücklich geregelt ist, wann von einer Berufserfahrung ausgegangen werden kann, die die Einstufung in eine Entgeltgruppe rechtfertigt. Es reicht daher nicht aus, dass wie in den Lohngruppen 3 und höher nach dem BRTV Bau Berufserfahrung als Qualifikationsmerkmal vorausgesetzt wird. Es muss klar festgelegt sein, unter welchen fachlichen und zeitlichen Voraussetzungen von einer Berufserfahrung ausgegangen werden kann. Zu prüfen, ob Berufserfahrung gegeben ist, dürfte insbesondere in Branchen, in denen es häufiger zu Arbeitsplatzwechseln kommt, schwierig sein. Die FKS müsste das gesamte Berufsleben einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers bewerten, um Berufserfahrung

feststellen zu können. Besondere Schwierigkeiten dürften bestehen, soweit es um die Berufserfahrung von entsandten Arbeitskräften geht.

Soweit ersichtlich, definieren die derzeit nach dem AEntG beachtlichen Tarifverträge den Begriff der Berufserfahrung bzw. längeren Berufserfahrung nicht. Es ist nicht Aufgabe der FKS, diese unbestimmten Rechtsbegriffe mit Leben zu füllen. Eingruppierungen, unabhängig davon, ob aufgrund der Qualifikation, der Tätigkeit oder der Berufserfahrung, beschäftigen regelmäßig die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit bis hin zum Bundesarbeitsgericht.

Eingruppierungsvoraussetzungen müssen klar festgelegt sein, damit ein Verstoß mit Geldbuße geahndet werden kann. Die FKS muss die Voraussetzungen für eine Einstufung beweisen, nicht der betroffene Arbeitgeber, gegen den ermittelt wird.

2.4 Entlohnungsbestandteil im Sinne von § 5 Satz 1 Nummer 1a AEntG-E

Neue zu prüfende Arbeitsbedingungen sollen nach § 5 Satz 1 Nummer 1a AEntG-E die Entlohnungsbestandteile im Sinne von § 2 Absatz 1 Nummer 1 AEntG werden, zu denen insbesondere die Grundvergütung, einschließlich Entgeltbestandteilen, die an die Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und die Region anknüpfen, zählt. Auch Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen, einschließlich Überstundensätze gehören hierzu. Die Prüfung der Einhaltung dieser Entlohnungsbestandteile bedeutet eine wesentliche Erweiterung der bestehenden Prüfaufträge und wird die FKS zumindest teilweise vor besondere Herausforderungen stellen.

Auch für die Prüfbarkeit dieser Entlohnungsbestandteile gilt, dass die Voraussetzungen für einen Anspruch im Tarifvertrag klar und eindeutig gefasst sein müssen. Ein Anspruch auf Nacht-, Sonn- oder Feiertagsarbeit kann sicherlich relativ einfach festgestellt werden, wenn sich aus den Arbeitszeitaufzeichnungen der Tag und die Uhrzeit der Arbeitsleistung ergibt. Bereits die Prüfung eines Anspruchs auf Überstundenzuschläge ist bei entsandten Arbeitnehmern nicht einfach. Anders als bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, auf deren Arbeitsverhältnis deutsches Recht Anwendung findet, gilt für entsandte für den Zeitpunkt, ab dem ein Anspruch auf eine Überstundenvergütung besteht, in der Regel Heimatrecht. Lediglich die Höhe des Überstundensatzes kann auf Grundlage der Entsenderichtlinie bzw. des AEntG auf ausländische Arbeitsverhältnisse erstreckt werden. Daher muss in Zweifelsfällen im Ausland eine Auskunft eingeholt werden, ob und, falls ja, ab welcher Arbeitsstunde aufgrund Gesetzes oder Tarifvertrages ein Anspruch auf Überstundenzuschläge besteht.

In besonderem Maße wird die Prüfung von Ansprüchen auf Erschwerniszulagen eine Herausforderung sein. Dies soll an den nachfolgenden Beispielen deutlich gemacht werden:

Nach § 10 Nummer 1 des Rahmentarifvertrages für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung (RTV Gebäudereinigung) besteht ein Anspruch auf einen Erschwerniszuschlag bei Arbeiten mit persönlicher Schutzausrüstung. Die Höhe des Zuschlags ist abhängig von der Art der persönlichen Schutzausrüstung. Die Tarifnorm lautet:

„1 Arbeiten mit persönlicher Schutzausrüstung
(Schutzbekleidung, Atemschutzgerät)

1.1 Arbeiten, bei denen ein vorgeschriebener Schutzanzug (mit PVC o. Ä. beschichtet) verwendet wird

- | | |
|--|--------|
| a) mit Kapuze, Überschuhen, Handschuhen und Brille | 5 %, |
| b) mit Kapuze, Überschuhen und Handschuhen, Filterschutzmaske oder luftunterstützten Beatmungssystemen | 15 %, |
| c) mit Kapuze, Überschuhen und Handschuhen, Frischluftsaugschlauchgerät, Druckluftschlauchgerät (Pressluftatmer) oder ein Regenerationsgerät | 20 %, |
| d) in Form des Vollschutzes oder des Chemikalienschutzanzugs (Form C) mit Gesichts- und Atemschutz | 40 %, |
| 1.2 Arbeiten, bei denen eine vorgeschriebene Atemschutzmaske verwendet wird | 10 %.“ |

Um die Feststellungen für einen Bußgeldbescheid oder ggf. für das Gerichtsverfahren nach Einspruch verwertbar zu machen, bedarf es im Prüfbericht einer genauen Beschreibung der von den Gebäudereinigern getragenen Schutzausrüstung. Dies setzt die Kenntnis von deren Bestandteilen und deren korrekter Bezeichnung voraus.

In welcher Höhe ein Zuschlag angefallen ist, dürfte in der Regel für die Prüfkraft nur dann feststellbar sein, wenn sie die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei einer Prüfung mit persönlicher Schutzkleidung antreffen. Für zurückliegende Zeiträume dürfte es allein anhand von Geschäftsunterlagen kaum möglich sein zu entscheiden, in welcher Höhe ein Zuschlag angefallen ist. Zumal Voraussetzung für einen Zuschlag ist, dass ein Schutzanzug verwendet worden ist. Ob ein solcher in vollständigem Umfang getragen worden ist, wird sich außerhalb der Prüfsituation allenfalls mit Hilfe von aufwendigen Zeugenvernehmungen feststellen lassen.

Ein Beispiel dafür, wie schwierig es ist, einen Anspruch auf einen Zuschlag festzustellen, gibt § 6 Nummer 1.41 BRTV Bau. Danach ist der Zuschlag für hohe Arbeiten abhängig von der jeweiligen Arbeitshöhe, d.h. ob in mehr als 20, 30 oder 50 m Höhe gearbeitet wird. Um die den Anspruch begründende Höhe und damit den zutreffenden Zuschlag feststellen zu können, müssen die FKS-Bediensteten die jeweilige Arbeitshöhe messen, für die sie spezielle

Messgeräte benötigen. Auch bei diesem Zuschlag dürfte die Feststellung von Ansprüchen außerhalb der konkreten Prüfsituation nur schwer möglich sein. Ist die Baustelle beendet, dürfte die Höhe, in der Arbeiten ausgeführt wurden, allenfalls noch anhand von Bauplänen zu bestimmen sein.

Ein weiteres Beispiel aus dem Baugewerbe sind die Zuschläge bei heißen Arbeiten. Bei heißen Arbeiten besteht nach § 6 Nummer 1.5 BRTV Bau ein Anspruch auf einen Zuschlag, dessen Höhe von der Temperatur abhängt. Bei einer Prüfung müssen daher geeichte Thermometer mitgeführt werden, um festzustellen, ob die Temperatur

- unter 40° C, dann kein Zuschlag,
- zwischen 40 bis 50° C, dann 1,10 €, oder
- bei mehr als 50° C, dann 1,70 €,

liegt. Auch dies alles muss beweissicher festgestellt werden. Ansprüche für Zeiten in der Vergangenheit dürften wiederum kaum beweisbar sein.

Im Zusammenhang mit den Erschwerniszulagen stellen sich eine Vielzahl auch von rein praktischen Fragen, beispielsweise, an welcher Stelle eines Raumes die Temperatur gemessen werden muss, in der Mitte, an der Wand und in welcher Höhe, oder von welchem Niveau aus die Arbeitshöhe bestimmt wird, aus der Baugrube, vom Straßenniveau oder vom Normalhöhennull. Diese Fragen beantworten die Tarifverträge nicht. Eindeutige Bezugspunkte sind als Grundlage für die Festsetzung einer Geldbuße zwingend erforderlich, fehlen jedoch in den zitierten Tarifverträgen. Zu der Zeit, als diese tariflichen Regelungen vereinbart worden sind, haben die Tarifvertragsparteien nicht bedenken müssen, dass die Nichterfüllung eines Anspruchs auf eine Zulage den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllen könnte.

2.5 Arbeitszeitaufzeichnungen

Die Erweiterung der Arbeitszeitaufzeichnung im Sinne von § 19 Absatz 1 AEntG-E halte ich für zwingend erforderlich. Die Vorschrift verpflichtet Arbeitgeber, soweit stundenbezogene Zuschläge zu gewähren sind, unter Angabe des jeweiligen Zuschlags Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit, die einen Anspruch auf den Zuschlag begründet, spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen.

Vor dem Hintergrund, dass es auch einem rechtstreuen Arbeitgeber schwerfallen dürfte, am siebten Tag nach der Arbeitsleistung den jeweils angefallenen Zuschlag mit den exakten Zeiten von Beginn, Ende und Dauer aufzuzeichnen, und zur Vermeidung von fehlerhaften Auf-

zeichnungen, könnte aus meiner Sicht ggf. erwogen werden, die Aufzeichnungsfrist von sieben Tagen zu verkürzen. So sieht beispielsweise § 6 des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) vor, die Arbeitszeitaufzeichnung jeweils am Tag der Arbeitsleistung vorzunehmen.

2.6 Erhöhung des Bußgeldrahmens

Eine Erhöhung des Bußgeldrahmens halte ich nicht für erforderlich. Die angedrohte Geldbuße ist ausreichend. Nach § 23 Absatz 3 AEntG können Ordnungswidrigkeiten nach § 23 Absatz 1 Nummer 1 AEntG wegen Nichteinhaltung von Mindestarbeitsbedingungen mit Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro geahndet werden. Nach § 17 Absatz 4 OWiG soll die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß der für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Geldbuße hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden. Dies bedeutet bereits jetzt, dass gegen einen Arbeitgeber, der z.B. vorsätzlich seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern den Mindestlohn in Höhe von zwei Millionen Euro nicht gezahlt hat, eine Geldbuße in Höhe von zwei Millionen und fünfhunderttausend Euro festgesetzt werden kann.

3 Schlussbemerkungen

Erlauben Sie mir zum Schluss noch die folgenden Anmerkungen.

In meinen vorangegangenen Ausführungen habe ich dargelegt, von welchen Herausforderungen ich ausgehe, wenn der Prüfauftrag der FKS entsprechend dem Gesetzesentwurf und dem Antrag der Fraktion DIE LINKE erweitert würde. Dabei sind meine langjährigen Erfahrungen, die ich bei Prüfungen der Einhaltung von Arbeitsbedingungen nach dem AEntG gewonnen habe, eingeflossen. Die beschriebenen Herausforderungen werden erst dann abnehmen, wenn die Tarifvertragsparteien ihre Tarifverträge klarer und eindeutiger fassen. Die FKS kann nur dann mit größerem Erfolg Verstöße verfolgen und muss nicht im Zweifelsfall von einer Bebußung absehen, weil sie einen Anspruch auf die höhere Mindestlohngruppe oder überhaupt auf einen Mindestlohn nicht beweisen kann.

Die Fragen, ob und, falls ja, welchem Tarifvertrag ein Betrieb unterfällt und ob eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer auch von dem Tarifvertrag, der für den Betrieb gilt, erfasst wird, gehören zum Tagesgeschäft der Arbeitsgerichte bis hin zum Bundesarbeitsgericht und haben zu einer nahezu unüberschaubaren Zahl von Entscheidungen geführt. Da die Rechtsmaterie schwierig ist, verwundert es nicht, dass es immer wieder vorkommt, dass die Gerichte der ersten und zweiten Instanz zu unterschiedlichen Entscheidungen kommen und das Bundesarbeitsgericht wegen fehlender tatsächlicher Feststellungen zurückverweist. Auch

dies soll noch einmal deutlich machen, welche Anforderungen an die Bediensteten der FKS gestellt werden.

Zu dem Antrag der Fraktion der FDP habe ich keine Anmerkungen.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

Gabriele Eustrup

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Manfred Walser, Bremen

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

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020 zu den Vorlagen

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** 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** 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** 19/19231

Prof. Dr. Manfred Walser

Zusammenfassung

1. Der Entwurf weicht hinsichtlich des Entlohnungsbegriffs in Bezug auf tarifvertragliche Entgeltregelungen vom Entlohnungsbegriff der Änderungsrichtlinie ab. Hier sollte – auch im Sinne einer Stärkung der Tarifautonomie – einheitlich der Begriff der Richtlinie verwendet werden.
2. Der neue Entlohnungsbegriff sollte auch in Bezug auf die Auftraggeberhaftung aus § 14 AEntG verwendet werden.
3. Hingegen ist es sinnvoll, die Anrechenbarkeit der Entsendezulage durch eine unwiderlegliche Vermutung an eine Regelung der Arbeitsverhältnisse zu knüpfen, wie dies der Entwurf tut.
4. Die Anforderung, dass nur bundesweit einheitliche Tarifverträge international erstreckt werden können, verstößt gegen die Vorgaben der Änderungsrichtlinie und sollte daher gestrichen werden.
5. Nach § 5 TVG allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge sollten sich hinsichtlich der in § 5 AEntG-E genannten Normen genauso immer durchsetzen, wie dies für Normen vorgesehen ist, die nach §§ 7, 7a AEntG per Rechtsverordnung allgemeinverbindlich erklärt sind.
6. Rechtspolitisch und im Sinne einer Stärkung der Tarifautonomie sinnvoll wäre es gewesen, die erweiterten Möglichkeiten der Änderungsrichtlinie zur Erstreckung von Tarifnormen insbesondere im Vergaberecht nutzbar zu machen.
7. Die Ausgestaltung der Verzichtregelung in § 9 AEntG-E sollte weiter und klarer gefasst sowie stärker auf die Tarifautonomie orientiert werden.
8. Die praktische Durchsetzbarkeit der Auftraggeberhaftung sollte dadurch verbessert werden, dass die Daten des Auftraggebers in den Katalog der Meldepflichten in § 18 AEntG aufgenommen werden.
9. In Bezug auf Langzeitsendungen sollten insbesondere die Voraussetzungen für eine Verlängerung von zwölf auf 18 Monate klarer gefasst werden.

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Hintergrund der Änderungsrichtlinie
- III. Bereits erfolgte Umsetzungsmaßnahmen

IV. Wesentliche Inhalte des Gesetzesvorschlags

1. Arbeitsbedingungen in Rechts- und Verwaltungsvorschriften
2. Erstreckte Normen eines Tarifvertrags
 - a) Nichtausübung erweiterter gesetzgeberischer Möglichkeiten
 - b) Grundsätzliches zur Erstreckung von Tarifverträgen
 - c) Bundesweiter Tarifvertrag
 - d) Entlohnungsbegriff
 - e) Gegenstand der Entlohnung
 - f) Ausgewählte weitere erfasste Arbeitsbedingungen
3. Verzichtregelung des § 9 AEntG-E
4. Entsendedauer/Langzeit-Entsendung
5. Auftraggeberhaftung
6. Änderung des Mindestlohngesetzes
7. Informations- und Kontrollpflichten

V. Abschließende Bewertung

I. Einleitung

Die Bundesregierung hat dem Bundestag am 20. Mai 2020 den 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 Dienstleistungen¹ (im Folgenden: Änderungsrichtlinie) übermittelt (Entwurf wird im Folgenden als A-EntG-E bezeichnet).

II. Hintergrund der Änderungsrichtlinie

Erklärtes Ziel der EU-Kommission war es, mit der Änderungsrichtlinie dem Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ zur Geltung zu verhelfen.² Der Verabschiedung der Richtlinie vorgegangen war ein jahrelanger intensiver politischer Diskussionsprozess. So haben im Juni 2015 sieben Arbeitsminister von EU-Mitgliedsstaaten von der EU-Kommission ausdrücklich einen Vorschlag für eine verschärfte Entsenderichtlinie verlangt. Neben der deutschen Ministerin waren dies die Minister Österreichs, Belgiens, Frankreichs, Luxemburgs, der Niederlande und Schwedens. Gegen den Entwurf der EU-Kommission wandten sich dann neben Dänemark insbesondere östliche Mitgliedstaaten und lösten den so genannten Subsidiaritätsmechanismus („gelbe Karte“)³ aus, da sie Bedenken hinsichtlich der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips hatten. Die EU-Kommission hielt jedoch an dem Richtlinien-vorschlag fest, der dann – in einigen Punkten verändert – und insbesondere mit Unterstützung der Regierungen Frankreichs und Österreichs schließlich durch das Europäische Parlament und den Rat verabschiedet worden ist. In der gegen die Änderungsrichtlinie durch Polen und Ungarn beim EuGH eingebrachten Nichtigkeitsklagen hat der Generalanwalt jüngst die Abweisung der Klagen empfohlen.⁴

Ausgangspunkt für die Verabschiedung der ursprünglichen Richtlinien 91/71/EG⁵ (im Folgenden: Entsenderichtlinie) war die Erkenntnis, dass eine ungezügelter Anwendung der EU-Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) zu sozialen Verwerfungen innerhalb der EU führt und auch dem Ziel eines fairen

¹ ABl. L 173 vom 9.7.2018, S. 16.

² Vgl. bspw. die Pressemitteilung der EU-Kommission vom 29.5.2018, abrufbar unter https://ec.europa.eu/germany/news/20180529-entsenderichtlinie_de

³ Art. 12 lit. a EUV i.V.m. dem Subsidiaritätsprotokoll.

⁴ Schlussanträge vom 28.5.2020 GA Campos Sánchez-Bordona zu EuGH, Rs. C-620/18 und C-626/18.

⁵ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1.

Wettbewerbs nicht gerecht wird. Die Dienstleistungsfreiheit ermöglicht es Arbeitgebern mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, ihre Tätigkeit vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben und hierzu eigene Mitarbeiter einzusetzen, die grundsätzlich nach wie vor dem Arbeitsrecht des Heimatstaates unterliegen. Dieses Ergebnis folgt in der Regel durch die Anwendung der Rom I-Verordnung⁶ – insbesondere deren Art. 8.

Der EuGH hat dann allerdings Ende der 2000er Jahren in den Rs. Laval⁷, Rüffert⁸ und anderen die Entsenderichtlinie vor allem aus dem Blickwinkel der Marktfreiheiten (insbesondere der Dienstleistungsfreiheit) betrachtet, was zu einem Zurückdrängen kollektiven Arbeitsrechts geführt hat. Der Versuch, hierauf mit der so genannten Monti II-Verordnung⁹ zu reagieren, ist zunächst gescheitert. Verabschiedet wurde dann aber 2014 die so genannte „Durchsetzungsrichtlinie“¹⁰, die sich vor allem mit technischen Fragen der Durchsetzung der Rechte aus der Entsenderichtlinie befasst.

Die 2018 verabschiedete Änderungsrichtlinie ist vor diesem Hintergrund zu betrachten. Sie reagiert sowohl auf Fehlentwicklungen und Missbrauch im Rahmen der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch die Arbeitnehmerentsendung, aber auch auf die angesprochene Rechtsprechungslinie des EuGH. So stellt beispielsweise Art. 1 Abs. 1 der Änderungsrichtlinie klar, dass der „Schutz entsandter Arbeitnehmer [...] im Verhältnis zur Dienstleistungsfreiheit sichergestellt“ werden soll. Ihr Erwägungsgrund 10 formuliert:

„Ein besserer Arbeitnehmerschutz ist notwendig, um den freien Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage sowohl kurz- als auch langfristig sicherzustellen, insbesondere indem ein Missbrauch der durch die Verträge garantierten Rechte verhindert wird.“

Diesen Leitgedanken des Unionsgesetzgebers gilt es auch in der Umsetzung der Änderungsrichtlinie zu berücksichtigen.

III. Bereits erfolgte Umsetzungsmaßnahmen

Eine erste Umsetzungsmaßnahme ist bereits durch das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz¹¹ vor rund einem Jahr erfolgt, in dem ein § 5 Satz 1 Nr. 4 AEntG eingefügt worden ist, wonach auch Regelungen über die Unterkünfte entsandter Arbeitnehmer Gegenstand der internationalen Erstreckung eines allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags sein können. Zudem wurden im AEntG einige damit im Zusammenhang stehende Folgeänderungen aufgenommen. Der Änderungsbedarf durch die Änderungsrichtlinie geht allerdings deutlich weiter, weshalb der vorliegende Gesetzesentwurf erforderlich ist.

IV. Wesentliche Inhalte des Gesetzesvorschlags

⁶ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

⁷ EuGH, 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 (Laval un Partneri).

⁸ EuGH, 3.4.2008 – C-346/06, Slg. 2008, I-1989 (Rüffert).

⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, KOM (2012) 130.

¹⁰ Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), ABl. L 159 vom 28.05.2014, S. 11.

¹¹ Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom 11.7.2019, BGBl. I, S. 1066.

1. Arbeitsbedingungen in Rechts- und Verwaltungsvorschriften

§ 2 AEntG definiert nach wie vor zwingende Arbeitsbedingungen für in- und ausländische Arbeitsverhältnisse und erklärt diese zu Eingriffsnormen. Er setzt an dieser Stelle die Änderungsrichtlinie korrekt um, indem in § 2 Nr. 1 AEntG-E der Begriff „Mindestentgeltsätze“ durch den in der Richtlinie verwendeten Entlohnungs-Begriff ersetzt wird. Hierin ist eine der wesentlichen Neuerungen der Änderungsrichtlinie im Vergleich zum ursprünglichen Text der Entsenderichtlinie zu sehen. Diese verwendete noch den Begriff der Mindestlohnsätze.

Allerdings betrifft § 2 AEntG-E nur Arbeitsbedingungen, die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt sind. Art. 3 Abs. 1 sieht darüber hinaus vor, dass die EU-Mitgliedstaaten auch die in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen (einschließlich Art. 3 Abs. 8 der Änderungsrichtlinie) gewährleisteten Arbeitsbedingungen auch auf Entsendearbeitsverhältnisse für anwendbar erklären müssen.

Diese Vorgabe nimmt Abschnitt 3 des AEntG-E auf:

2. Erstreckte Normen eines Tarifvertrags

a) Nichtausübung erweiterter gesetzgeberischer Möglichkeiten

Die Änderungsrichtlinie erweitert den Katalog an einzubeziehenden Rechtsnormen sogar. Bereits in der ursprünglichen Entsenderichtlinie waren auch Arbeitsbedingungen erfasst, die „durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche“ (Art. 3 Abs. 1 Spstr. 2 Entsenderichtlinie) festgelegt waren. Dies galt allerdings nur für die Bauwirtschaft. Die Änderungsrichtlinie ermöglicht es nun außerdem neben allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen „allgemein wirksame“ Tarifverträge der repräsentativen Organisationen der Tarifvertragsparteien auf ausländische Arbeitsverhältnisse zu erstrecken (vgl. Art. 3 Abs. 8 Änderungsrichtlinie). Verbunden damit ist allerdings das Erfordernis, dass die Erstreckung sowohl für inländische wie auch ausländische Arbeitsverhältnisse zwingend sein muss.

Der vorliegende Gesetzentwurf macht von dieser Option keinen Gebrauch. Das ist insofern schade, als dies die Möglichkeit geboten hätte, die nun schon fast jahrzehntelangen Bemühungen zu verwirklichen, dem Vergaberecht eine bedeutendere Rolle für die Durchsetzung von Arbeits- und Sozialstandards beizumessen. Insoweit wäre beispielsweise eine Regelung denkbar gewesen, welche – unabhängig von der mitgliedschaftlichen Tarifbindung – die Einhaltung des jeweils einschlägigen Tarifvertrags im Zuge der öffentlichen Auftragsvergabe verbindlich macht. Für die Auswahl des jeweiligen Tarifvertrags wären sowohl Lösungen, die sich nach dem 1. Spiegelstrich richten, wie auch Lösungen, die sich nach dem 2. Spiegelstrich in Art. 3 Abs. 8 Änderungsrichtlinie richten, denkbar gewesen.

b) Grundsätzliches zur Erstreckung von Tarifverträgen

Umgesetzt ist dagegen die Aufhebung der Brancheneinschränkung. § 3 Abs. 1 AEntG-E weitet insofern die Erstreckbarkeit von Tarifverträgen zunächst aus. Denn bislang wurden nur die nach § 5 TVG allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge der Bauwirtschaft i.S.v. § 4 Abs. 1 Nr. 1 AEntG auf ausländische Arbeitsverhältnisse erstreckt (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 AEntG). Für alle anderen Tarifverträge bestand nur die Möglichkeit der Erstreckung auf Grundlage von §§ 7 oder 7a AEntG. Die Formulierung der §§ 7, 7a AEntG bleibt dagegen weitgehend unverändert, abgesehen von einer Einschränkung hinsichtlich von Entlohnungsbestimmungen, auf die unter d) noch genauer eingegangen wird.

Während die Erstreckung von Tarifverträgen in Branchen, die in § 4 Abs. 1 AEntG aufgeführt sind, grundsätzlich möglich sein soll und sich nach § 7 AEntG richtet, ist für alle anderen Branchen eine Rechtsverordnung nach § 7a AEntG nur möglich, wenn nachgewiesen wird, dass die Erstreckung „im öffentlichen Interesse geboten erscheint, um die in § 1 [AEntG] genannten Gesetzesziele zu erreichen und dabei insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegen zu wirken.“ (§ 4 Abs. 2 AEntG)

§ 8 Abs. 1 AEntG-E bestimmt für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge, dass unabhängig vom Sitz des Arbeitgebers im In- oder Ausland mindestens die am Beschäftigungsort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren sind. Diese Regelung gilt unabhängig davon, ob die Normwirkung auf einer Tarifbindung nach § 3 TVG oder aufgrund einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG bzw. §§ 7, 7a AEntG basiert. Durch das Abstellen auf den Beschäftigungsort wird sichergestellt, dass eine Ausländerdiskriminierung ausgeschlossen ist.

Kritisch zu betrachten ist dagegen die Anpassung durch § 8 Abs. 2 AEntG-E. Bislang kam allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen zumindest der Bauwirtschaft Vorrang vor anderen tarifvertraglichen Normen zu, soweit sie im AEntG genannte Gegenstände regelten. Diese Sonderregelung für die Bauwirtschaft soll aufgegeben werden. Dafür soll diese Wirkung den nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen aller Branchen zukommen, soweit sie Gegenstände des § 5 Satz 1 Nr. 2 und 3 AEntG beinhalten. Hintergrund der Regelung ist, dass zumindest in Bezug auf Urlaubskassenregelungen eine Unterbietung durch „Dumping-Tarifverträge“ ausgeschlossen werden soll. Eine entsprechende Regelung für Inlandssachverhalte findet sich in § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG, der durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014¹² eingeführt worden ist.

Die Entwurfsbegründung führt dazu aus:

„Die besondere Anordnung des Ausschlusses des Tarifvorrangs anderer Tarifverträge wird auf urlaubs-kassenrelevante Arbeitsbedingungen, bei denen der Tarifvorrang bereits nach dem Tarifvertragsgesetz ausgeschlossen ist, konzentriert.“¹³

Für alle anderen Gegenstände in nach § 5 TVG allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen soll die Vorrangsregelung folgerichtig nicht gelten. Hier greift dann nach der h.M. in Literatur und Rechtsprechung das Spezialitätsprinzip ein.¹⁴ Das würde bedeuten, dass sich bei einem Konflikt mit einem anderen Tarifvertrag der speziellere Tarifvertrag durchsetzt. Das wird jedenfalls zu erheblichen Anwendungsproblemen führen. Sollte dies wirklich so gemeint sein, stellt sich auch die Frage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Regelung. Die Entsenderichtlinie geht in Art. 3 Abs. 8 davon aus, dass allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge von allen Unternehmen im Geltungsbereich einzuhalten sind und in jedem Fall die Gleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Unternehmen gewährleistet sein muss. Es ist fraglich, ob dies noch gewährleistet ist, wenn die Tarifunterbietung ermöglicht wird.¹⁵

Man könnte den Vorschlag für die Neuregelung in § 8 Abs. 4 AEntG-E insofern sogar so verstehen, dass auch eine Abweichung durch ausländische Tarifverträge möglich sein soll. Das kann nicht gewollt sein, da das der Grundstruktur des AEntG grundlegend widersprechen würde und fatal wäre. Das Bestehen

¹² BGBl. 2014 I, S. 1348.

¹³ BT-Drs. 19/19371, S. 14.

¹⁴ Ausführlich dazu Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt a.M. 2015, S. 313 ff.

¹⁵ In diese Richtung aber nur bezogen auf Mindestentgelte auch Franzen, ZfA 2020, 30, 37.

(oder der Neuabschluss) eines ausländischen Tarifvertrags würde ausreichen, um das inländische zwingende Recht zu beseitigen – die zwingende Wirkung ginge so weitgehend verloren. Hier sollte unbedingt eine Klarstellung vorgenommen werden.

Dagegen sollen Tarifverträge immer Vorrang haben, die per Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a AEntG erstreckt werden. Dies wird die Tendenz zur Allgemeinverbindlicherklärung mittels Rechtsverordnung vermutlich noch verstärken. Umso gravierender wirkt sich dann die Einschränkung der Erstreckbarkeit von Lohnklauseln aus (dazu unter d).

Hinsichtlich der Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG, die letztlich auch nichts anderes ist als eine Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags mittels Rechtsverordnung (und insofern vergleichbar mit den §§ 7, 7a AEntG), sollen die Vorschriften der §§ 3 ff. AEntG-E dagegen nicht gelten. Die Lohnuntergrenze soll bereits als Rechtsvorschrift i.S.v. § 2 Nr. 4 AEntG auf ausländische Arbeitsverhältnisse Anwendung finden.¹⁶

Aus Sicht einer möglichst effektiven Ausgestaltung der Tarifautonomie ist dagegen zu begrüßen, dass der neue § 6 Abs. 10 AEntG-E für die Bestimmung des Betriebsbegriffs bzw. des Begriffs der selbstständigen Betriebsabteilung auf die jeweilige Definition des Tarifvertrags verweist. Dies galt schon bisher im bestehenden § 6 Abs. 2 AEntG für die Tarifverträge der Bauwirtschaft, wird nun aber auf alle international erstreckbaren Tarifverträge ausgeweitet. Aus unionsrechtlicher Sicht bestehen hier keine Bedenken, da auch die Entsenderichtlinie gerade auf allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge abstellt.

Welche Gegenstände aus Tarifverträgen international erstreckt werden, bestimmt § 5 AEntG-E. Abgesehen vom Entlohnungsbegriff, auf den unter d) noch eingegangen wird, zeichnet er weitgehend die Neuerungen in § 2 AEntG-E nach. Ein erstreckter Tarifvertrag muss sich nicht auf die genannten Gegenstände beschränken, sondern kann darüber hinaus gehen, diese werden dann (zumindest bei Kurzzeitentsendungen) aber nicht international erstreckt. So sind die Tarifvertragsparteien nicht gezwungen, eigene Tarifverträge zu schließen, um diese dann erstrecken zu lassen, sondern sie können bestehende einheitliche Tarifwerke beibehalten. Ein Beispiel hierfür ist etwa der Bundesrahmentarifvertrag der Bauwirtschaft, der Materien enthält, die im AEntG aufgeführt sind, aber auch eine Reihe weiterer Gegenstände mitregelt.

Im Fall von Leiharbeitsverhältnissen sollen bei einer Entsendung nach Deutschland die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen aus § 5 Satz 1 Nr. 2–4 AEntG-E gelten (§ 8 Abs. 3 AEntG-E). Ausgenommen sind damit die Entlohnungsbestimmungen sowie die in § 2 Nr. 3-8 AEntG-E genannten Arbeitsbedingungen. Insoweit sind dann allerdings auch die Vorschriften über die Entlohnung des AÜG zu beachten. Auch hier wäre es gerechtfertigt gewesen, das (auch in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG vorgesehene) Gleichbehandlungsprinzip vollständig zur Geltung zu bringen.

Allerdings werden im AEntG-E nicht nur rechtspolitische Chancen nicht genutzt, er bleibt an einigen Stellen sogar hinter den Mindestanforderungen der Änderungsrichtlinie zurück und setzt sie daher nicht vollständig um:

c) Bundesweiter Tarifvertrag

Zwar erstreckt § 3 AEntG-E die Rechtsnormen eines nach § 5 TVG oder den §§ 7, 7a AEntG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag auf ausländische Arbeitsverhältnisse, die in Deutschland ausgeübt werden. Voraussetzung dafür ist allerdings ein bundesweiter Tarifvertrag. Nach § 3 Satz 3 AEntG-

¹⁶ Vgl. Wilde, in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Aufl. München 2018, § 3a Rn. 15.

E (bisher § 3 Satz 2 AEntG) reicht hierfür auch aus, wenn mehrere regionale Tarifverträge zusammengefasst das ganze Bundesgebiet abdecken.

Diese Ausnahmeregelung gilt allerdings nur für bestimmte Arbeitsbedingungen, nämlich für

- die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsgeld und das zusätzliche Urlaubsgeld (§ 5 Satz 1 Nr. 2 AEntG),
- Urlaubskassentarifverträge (§ 5 Satz 1 Nr. 3 AEntG) sowie
- die Anforderungen an Unterkünfte (§ 5 Satz 1 Nr. 4 AEntG).

Nicht ausreichend sind zusammengefasste Tarifverträge folgerichtig für

- die Entlohnung (§ 5 Satz 1 Nr. 1 und 1a AEntG-E) sowie für
- die in § 2 Nr. 3 bis 8 AEntG-E genannten Arbeitsbedingungen (§ 5 Satz 1 Nr. 5 AEntG).

Eine solche Einschränkung kennt die Richtlinie jedoch nicht. Vielmehr müssen (!) alle in Art. 3 der Änderungsrichtlinie genannten Arbeitsbedingungen auch auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden, wenn sie in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgelegt sind. Voraussetzung ist lediglich, dass die Arbeitsbedingungen auf alle in einen geografischen Bereich fallenden Arbeitsverhältnisse zwingend anzuwenden sind. Ein geografischer Bereich muss aber gerade nicht zwangsläufig das gesamte Bundesgebiet umfassen, sondern kann auch nur ein einzelnes Bundesland oder eine bestimmte Region betreffen. Ansonsten wäre jegliche regionale und fachliche Differenzierung unmöglich. Gemeint ist vielmehr, dass unterschiedslos alle Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich der Regelung erfasst sein müssen.¹⁷

Dies wäre nach den deutschen tarifpolitischen Gepflogenheiten beispielsweise immer dann der Fall, wenn ein Tarifvertrag dem Arbeitsortprinzip folgt.¹⁸ Obwohl die Anknüpfung am Betriebssitz in deutschen Tarifverträgen vorherrscht, ist eine Anknüpfung am Arbeitsort nicht unüblich und in wichtigen Tarifwerken enthalten, beispielsweise im Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe. Es liegt damit in der Hand der Tarifvertragsparteien, durch entsprechende Regelungen auch die international zwingende Erstreckung herbeizuführen.

Die Lösung des AEntG-E ist darüber hinaus auch inkonsistent. Denn die Gesetzesbegründung verweist darauf, dass es innerhalb allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge keinerlei Beschränkungen hinsichtlich der regionalen Differenzierung von Entlohnungsbestimmungen gebe – und zwar auch für solche Tarifverträge, die mittels Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG erstreckt werden.¹⁹ Wieso innerhalb eines Tarifvertrags differenziert werden können soll, nicht aber unterschiedliche Tarifverträge für unterschiedliche Regionen erstreckt werden können sollen, erschließt sich nicht.

Ferner sieht der AEntG-E bezüglich Langzeitentsendung (völlig zu Recht) keine entsprechende Einschränkung vor, sondern knüpft den § 13b AEntG-E am Beschäftigungsort an. Diese Differenzierung zwischen Langzeit- und Kurzzeitentsendungen sieht die Änderungsrichtlinie nicht vor. Die Entwurfsbegründung, die auf Erwägungsgrund 9 der Änderungsrichtlinie verweist und damit auf die engere Verbindung zum Aufnahmestaat,²⁰ überzeugt hier nicht. Denn die Struktur der Änderungsrichtlinie geht nicht davon aus, dass im Fall von Langzeitentsendungen Normen mit anderer rechtstechnischer Qualität erstreckt werden, sondern sieht eine inhaltliche Erweiterung erstreckbarer Normen derselben rechtstechnischen Qualität vor. Die Normqualität unterscheidet sich also nicht. Voraussetzung der

¹⁷ Vgl. auch Klein/Schneider, SR 2019, 72, 75 ff.; a.A. Franzen, ZfA 2020, 30 ff.

¹⁸ So im Grundsatz auch Franzen, ZfA 2020, 30, 40.

¹⁹ BT-Drs. 19/19371, S. 25.

²⁰ BT-Drs. 19/19371, S. 30.

Richtlinie ist in beiden Fällen lediglich, dass die Normen unterschiedslos auf in- und ausländische Betriebe angewandt werden und dass es sich um Normen aus Rechts- und Verwaltungsvorschriften, allgemeinverbindlichen Tarifverträgen und/oder Schiedssprüchen (auch im Sinne von § 3 Abs. 8 Änderungsrichtlinie) handelt.

Neben unionsrechtlichen Bedenken sprechen auch rechtspolitische Gründe gegen eine Beibehaltung des Erfordernisses bundesweiter Tarifverträge.

Zunächst schränkt das Erfordernis die Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG ohne Not und damit auch in unzulässiger Weise ein. Wollen die Tarifvertragsparteien ihren Tarifvertrag auf alle in den jeweiligen Geltungsbereich fallenden Arbeitsverhältnisse ausrichten, was nach Rechtsprechung von BAG und BVerfG Teil der im Grundgesetz geschützten Tarifautonomie ist,²¹ sind sie gezwungen, einen bundeseinheitlichen Tarifvertrag zu errichten. Das schränkt die tarifpolitischen Freiheiten zwangsläufig ein.

Darüber hinaus erhalten auf diese Weise Regionalverbände innerhalb der Tarifvertragsparteien eine erhebliche Machtposition gegenüber ihrem Bundesverband wie auch gegenüber anderen Regionalverbänden. Kommt es nicht zu einem Kompromiss auf Bundesebene, können einzelne (auch kleine) Landesverbände eine Erstreckung der Tarifnormen auf entsandte Arbeitsverhältnisse für das gesamte Bundesgebiet verhindern. Es gibt durchaus Branchen, in denen das einer der Gründe dafür ist, weshalb seit Jahrzehnten eine Erstreckung nicht gelingt, ein Beispiel ist etwa das Maler- und Lackiererhandwerk.

Schließlich geht mit der bestehenden Regelung ein erhebliches Risiko von regelungslosen Zeiten einher. Dies hat sich in besonderem Maße im Anschluss an die Beschlüsse des BAG zur Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung der Sozialkassentarifverträge der Bauwirtschaft zwischen den Jahren 2007 und 2014 gezeigt.²² In der Folge zweifelten die Behörden der Zollverwaltung an der Wirksamkeit einer regionalen Allgemeinverbindlicherklärung. In der Folge sahen sie sich bundesweit (!) gehindert, das Entsenderecht in der Bauwirtschaft durchzusetzen und zu kontrollieren, da kein bundesweiter Tarifvertrag i.S.d. AEntG bestanden habe.

Aber selbst ohne eine Unwirksamkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen können zeitliche Lücken zwischen zwei Allgemeinverbindlicherklärungen entstehen. Es liegt in der Natur von Tarifverhandlungen, dass diese auch mal länger dauern können und gleichzeitig der Prozess der Erteilung der Allgemeinverbindlicherklärung einige Zeit beansprucht. In der Praxis laufen auch die Verfahren zur Erteilung einer Allgemeinverbindlicherklärung zwischen den einzelnen Ländern oder einem Land und dem Bund häufig nicht synchron. Daher schließen sowohl Allgemeinverbindlicherklärungen nach § 5 TVG wie auch Verordnungen nach den §§ 7, 7a AEntG nicht immer nahtlos aneinander an. Dadurch können in diesen Zwischenzeiten erhebliche Wettbewerbsverzerrungen entstehen, der Schutz der Arbeitnehmer ist in dieser Zeit nicht gewährleistet und die Sozialkassen haben ggf. geringere Beitragseinnahmen. Zwar erfolgt eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG häufig rückwirkend, um genau diese Lücken nicht entstehen zu lassen. Allerdings greifen die Bußgeldvorschriften des § 23 AEntG für diese zurückliegenden Zeiträume aufgrund des Rückwirkungsverbots in Art. 103 Abs. 2 GG nicht ein. Das führt faktisch dazu, dass die Zollbehörden häufig davon absehen, in diesen Zeiträumen Kontrollen durchzuführen. Diese Lücke würde durch ein Streichen des Kriteriums von bundesweiten Tarifverträgen geschlossen.

Im Ergebnis können nach den Vorgaben der Richtlinie also nur solche Tarifverträge erstreckt werden, die eine unterschiedslose Anwendung in ihrem Geltungsbereich vorsehen. Tun sie dies, müssen sie

²¹ Vgl. etwa BVerfG, 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322.

²² Exemplarisch BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12.

nach den Vorgaben der Entsenderichtlinie erstreckt werden. Das Erfordernis bundesweiter Tarifverträge sollte daher aus rechtlichen wie auch rechtspolitischen Gründen gestrichen werden.

d) Entlohnungsbegriff

Während – wie schon unter 1. erwähnt – der Entlohnungsbegriff sinnvoller und richtiger Weise eins zu eins in § 2 AEntG-E aus der Änderungsrichtlinie übernommen wurde, modifiziert der AEntG-E ihn in Bezug auf tarifvertragliche Normen.

Zunächst hält § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEntG-E am Begriff der „Mindestentgeltsätze“ fest, wie er sich schon bislang im Gesetz findet. In der juristischen Literatur hat seit Einführung des AEntG und dann verstärkt im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. Laval²³ eine intensive Debatte dazu stattgefunden, wie dieser Begriff der Mindestentgeltsätze zu interpretieren ist. Eine Meinung stellte sich dabei auf den Standpunkt, dass der Begriff eng zu interpretieren ist und nur die unterste Entgeltstufe aus einem Tarifvertrag erstreckt werden könne.²⁴ Die andere Auffassung interpretierte den Begriff dagegen so, dass auch ganze sogenannte Entgeltgitter erstreckbar wären und die Entgeltwerte für die einzelnen Lohngruppen jeweils das Mindestentgelt für die entsprechende Lohngruppe darstellten.²⁵ Die Praxis beschränkt sich bislang in der Regel darauf, dass zwei Lohngruppen per Rechtsverordnung allgemeinverbindlich erklärt werden. Eine rechtliche Grenze ist damit aber nicht definiert. So sieht etwa der TV Mindestlohn der Bauwirtschaft eine Lohngruppe 1 für einfache Tätigkeiten und einen Mindestlohn der Lohngruppe 2 für fachlich qualifizierte Arbeiten vor.

Der vorgeschlagene § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG soll klarstellen, dass die Differenzierung nach Art der Tätigkeit und Qualifikation höchstens in drei Stufen erfolgen darf. Eine durchgreifende sachliche Rechtfertigung für diese Einschränkung liefert die Entwurfsbegründung nicht. Es wird angedeutet, dass die Verfasser des Entwurfs offenbar Bedenken hinsichtlich der zwingenden Erstreckung der Tarifnormen auf Basis von § 8 Abs. 2 AEntG-E hatten und einen möglichen Konflikt mit Art. 9 Abs. 3 GG sehen: „[D]ie Betätigungsfreiheit anderer Koalitionen beim Aushandeln und Festsetzen von Entlohnungsbedingungen“ solle respektiert werden und „sie in einen besonders schonenden Ausgleich mit den Zielen des § 1 [AEntG]“ bringen.²⁶ Der Bundesrat hat sich zu dieser Einschränkung ausgesprochen kritisch positioniert.²⁷

Kurz zum Hintergrund: Die h.M. in der Literatur geht davon aus, dass im Falle eines Konflikts eines allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags mit einem Tarifvertrag, der aufgrund der Zugehörigkeit zu einer der Tarifvertragsparteien durch § 3 Abs. 1 TVG autonom zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer wirkt, sich der speziellere Tarifvertrag durchsetzt (dazu schon oben unter b). In der Regel führt das dazu, dass sich der autonome Tarifvertrag durchsetzt. Hiervon wird (in Bezug auf die Entlohnung allerdings nur in Bezug auf Tarifverträge, die nach den §§ 7, 7a AEntG erstreckt sind) durch § 8 Abs. 2 AEntG ausdrücklich abgewichen, um sicherzustellen, dass die Normen für inländische und ausländische Arbeitsverhältnisse einheitlich gelten. Es ist daher nicht mehr möglich, durch einen anderen Tarifvertrag (nach unten!) von dieser Regelung abzuweichen. Allerdings ist es nach wie vor möglich, (für die Arbeitnehmer) bessere als die im Tarifvertrag vorgesehene Regelung zu vereinbaren.

²³ EuGH, 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 (Laval un Partneri).

²⁴ Bspw. Waltermann, NZA-Beil. 2009, 110, 117.

²⁵ Bspw. Hamann, RdA 2011, 321, 330.

²⁶ BT-Drs. 19/19371, S. 27.

²⁷ Ebenso der Bundesrat, BT-Drs. 19/19371, S. 46.

Schon deshalb überzeugt die Entwurfsbegründung nicht, denn es verbleibt immer noch ein tarifpolitischer Spielraum – wenn auch nur nach oben. Darüber hinaus fordert Art. 9 Abs. 3 GG eine Einschränkung der Erstreckbarkeit auf drei Lohnstufen nicht. Insbesondere lässt sich eine solche Vorgabe nicht aus der Rechtsprechung des BVerfG ableiten. Denn das BMAS darf einen Tarifvertrag nach § 5 TVG wie auch nach den §§ 7, 7a AEntG ohnehin nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses erstrecken. Es muss die Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne des Arbeitnehmerschutzes für geboten erachten. Tut es dies, ist es auch gerechtfertigt, durch den Gesetzgeber eine ausschließliche Wirkung anzuordnen.

Dass mehr als nur drei Lohnstufen erstreckbar sein müssen, wird durch den AEntG-E im Grundsatz durchaus anerkannt. Daher soll aus rechtstechnischen Gründen neben Nr. 1 eine Nr. 1a in § 5 Satz 1 AEntG eingefügt werden. Dieser erfasst dann alle anderen Entlohnungsbestandteile, die unter den Entlohnungsbegriff des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEntG-E fallen. Damit wird ein ohnehin schon schwer lesbares und kompliziert aufgebautes Gesetz für die Rechtsanwender noch schwerer verständlich.

Der Hintergrund dieser Regelungsweise wird durch §§ 7, 7a AEntG deutlich. Diese regeln die Möglichkeit, einen Tarifvertrag über die „reguläre“ Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG hinaus per Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates für allgemeinverbindlich zu erklären. In Bezug auf die Entlohnung sind allerdings nur Mindestentgeltsätze bis zu drei Stufen i.S.v. § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG erfasst, nicht aber hinsichtlich der darüberhinausgehenden Entlohnungsbestandteile (§ 7 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 7a Abs. 1 Satz 2 AEntG-E). Diese darüberhinausgehenden Entlohnungsbestandteile (und damit auch sogenannte „Lohngitter“) können nur mittels einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG erstreckt werden.

Das ist insofern fragwürdig, als die Möglichkeit der Erstreckung über die §§ 7, 7a AEntG gerade deshalb geschaffen worden ist, um die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen zu erleichtern. So ist es in der jüngeren Vergangenheit kaum mehr gelungen, Entlohnungstarifverträge allgemeinverbindlich zu erklären. Dies mag auch darauf zurückzuführen sein, dass die Arbeitgeberseite im Tarifausschuss eine besonders kritische Haltung einnimmt und dabei ein Vetorecht besitzt. In der Frühphase der Bundesrepublik waren Entgelttarifverträge noch die häufigste Form von allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen.²⁸ Auch hier weist der Entwurf eine Inkonsistenz auf. Denn nach dem oben unter b) zitierten § 4 Abs. 2 AEntG soll die Erstreckung von Tarifverträgen über die §§ 7, 7a AEntG gerade dem Dumpingwettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken. Insofern ist es wenig plausibel, gerade die Erstreckbarkeit von Lohnklauseln einzuschränken.

Sollte der Gesetzgeber den Vorschlag in dieser Form verabschieden, nimmt sich die Politik ohne Not und ohne dass dies verfassungsrechtlich erforderlich wäre, unnötig politischen Handlungsspielraum für die Zukunft. Ein Verstoß gegen die Tarifautonomie wäre auch ohne diese Einschränkung nicht gegeben. So sind die Tarifvertragsparteien am Verfahren zum Erlass der Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a TVG maßgeblich beteiligt, da sie einen gemeinsamen Antrag stellen müssen. Außerdem sehen die Normen einen speziellen Mechanismus vor, der etwaige Konflikte mit anderen Tarifverträgen im Vorfeld auflöst. Potenzielle Normunterworfenen können sich in das Verfahren einbringen. Beim erstmaligen Antrag ist sogar der Tarifausschuss zu befragen. Auf der anderen Seite wird durch den vorliegenden Regelungsvorschlag die Tarifautonomie eingeschränkt, da die Tarifvertragsparteien, die eine Allgemeinverbindlicherklärung nach den §§ 7, 7a AEntG-E anstreben, faktisch gezwungen sind, lediglich drei Lohngruppen in ihrem Tarifvertrag vorzusehen – zumindest aber dürfen sie den Antrag auf Erlass der Rechtsverordnung nur in Bezug auf diese Lohngruppen stellen.

Sehr wohl möglich ist eine Erstreckung von Entlohnungsbestandteilen über § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E hinaus – wie bereits erwähnt – im Rahmen einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG (vgl.

²⁸ Vgl. etwa Bispinck/Schulten, WSI-Mitteilungen 2009, 201, 204.

insofern § 5 Satz 1 Nr. 1a AEntG-E).²⁹ Dass dies praktisch gelingt, ist – wie ebenfalls bereits dargelegt – in der derzeitigen politischen Konstellation sehr unwahrscheinlich. Es empfiehlt sich daher, die Einschränkung des § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E aufzugeben und stattdessen die Formulierung des § 2 Nr. 1 AEntG-E zu übernehmen.

e) Gegenstand der Entlohnung

Was Gegenstand der Entlohnung ist, soll § 2a AEntG-E regeln. Erfasst sein sollen alle Bestandteile der Vergütung, die ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber in Geld oder als Sachleistung für die geleistete Arbeit erhält. Die Bestimmung enthält in Satz 2 eine nicht abschließende Auflistung von Bestandteilen, darunter die Grundvergütung, einschließlich von Entgeltbestandteilen, die an die Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung der Arbeitnehmer sowie an die Region anknüpfen und außerdem Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen, einschließlich Überstundensätze. Letzteres ist eine Doppelung, da § 2 Nr. 1 AEntG die Überstundensätze bereits ausdrücklich nennt. Der Begriff soll außerdem Regelungen zur Fälligkeit der Entlohnung einschließlich Ausnahmen und deren Voraussetzungen umfassen. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Ausgenommen ist – wie von der Änderungsrichtlinie vorgegeben – die betriebliche Altersversorgung.

Die Definition macht deutlich, dass es auf das Austauschverhältnis Geld gegen Arbeit bzw. den Pflichten des Arbeitnehmers und den Pflichten des Arbeitgebers ankommt. Nicht erfasst sein sollen Leistungen, die nur anlässlich des Beschäftigungsverhältnisses gewährt werden.³⁰ Hier sind insbesondere die sogenannten „social benefits“ gemeint, Parkplatz, Kita etc. Auch Leistungen Dritter sollen nicht erfasst sein.

Ein relevantes Problem der Praxis ist die Frage der Anrechenbarkeit von Entsendezulagen. Über die Anrechnung versuchen manche Entsendearbeitgeber das einschlägige Mindestlohniveau zu erreichen. Dem soll § 2b AEntG-E entgegenwirken, der eine Anrechnung nur zulässt, wenn sie nicht der Erstattung der Entsendekosten dient, sondern als Zulage gewährt wird. Hierzu bedarf es allerdings einer ausdrücklichen Regelung in den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Arbeitsbedingungen, seien sie gesetzlich, kollektiv- oder individualvertraglich festgelegt. Ansonsten wird nach § 2b Abs. 2 AEntG vermutet, dass es sich um eine Kostenerstattung handelt, ohne dass der Arbeitgeber den Gegenbeweis antreten kann. Diese Gestaltungsvariante erscheint – entgegen der Kritik des Bundesrates³¹ – sinnvoll und zulässig.

Dennoch hilft die Regelungsvariante des § 2b Abs. 2 AEntG-E, den Missbrauch zu bekämpfen und erleichtert die ohnehin nicht einfache Kontrolle durch die Zollbehörden und sonstigen Einrichtungen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit. So werden langwierige, kostenintensive und in der Beweisführung schwierige Verfahren vermieden. Außerdem hat es der Arbeitgeber in der Hand, für eine entsprechende Regelung zu sorgen.

f) Ausgewählte weitere erfasste Arbeitsbedingungen

Vor dem Hintergrund vielfach unhaltbarer Zustände in den Unterkünften entsandter Arbeitnehmer erfasst die Änderungsrichtlinie in Art. 3 Abs. 1 lit. h auch die Bedingungen der Unterkünfte im Katalog

²⁹ Vgl. auch BT-Drs. 19/19371, S. 14.

³⁰ Vgl. auch BT-Drs. 19/19371, S. 24.

³¹ Vgl. auch BT-Drs. 19/19371, S. 45 f.

der Eingriffsnormen. Der AEntG-E nimmt diesen Aspekt als Unterfall von „Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz“ auf, was der Systematik des deutschen Arbeitsschutzrechts entspricht. Anstelle des Begriffs der „Bedingungen“, den die Änderungsrichtlinie verwendet, beziehen sich § 2 Nr. 5 sowie § 5 Satz 1 Nr. 4 AEntG-E auf Anforderungen. Dies klingt zunächst enger als die Richtlinienvorgabe. Allerdings deutet Erwägungsgrund 7 der Änderungsrichtlinie darauf hin, dass tatsächlich nur die Verhältnisse innerhalb der Unterkünfte gemeint sind. Insoweit erscheint die Umsetzung ausreichend. Begrüßenswert ist, dass der Wortlaut der § 2 Nr. 5 sowie § 5 Satz 1 Nr. 4 AEntG-E die Änderungsrichtlinie dahingehend konkretisiert, dass die Regelungen unabhängig davon gelten, ob die Unterkunft „unmittelbar oder mittelbar, entgeltlich oder unentgeltlich zur Verfügung gestellt“ wird. Diese Konkretisierung ist im Sinne einer effektiven Anwendung zu begrüßen und mit der Änderungsrichtlinie vereinbar. Zum einen bestimmt Art. 3 Abs. 7 Änderungsrichtlinie, dass für Arbeitnehmer günstigere Bedingungen geregelt werden können. Außerdem soll sie ein hohes Maß an Arbeitnehmerschutz verwirklichen (Art. 1 Abs. 1 Änderungsrichtlinie). Der Richtliniengeber der Änderungsrichtlinie bringt in Erwägungsgrund 7 ferner zum Ausdruck, dass „direkt oder indirekt zur Verfügung“ gestellte Unterkünfte erfasst sein sollen. Nach der Gesetzesbegründung sollen damit auch vom Arbeitgeber vermittelte Mietwohnungen erfasst sein.³²

Neu eingefügt soll außerdem § 2 Abs. 1 Nr. 8 AEntG-E werden, der eine Erstreckung von Regelungen zur Spesenerstattung i.S.d. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten der Arbeitnehmer vorsieht. Auch hier sieht der Umsetzungsentwurf eine hilfreiche Konkretisierung der Richtlinie vor, wenn klargestellt wird, dass nicht nur die Einreise aus dem Ausland nach Deutschland erfasst ist. § 2 Abs. 3 AEntG-E enthält zudem eine Konkretisierung für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und erfasst insoweit auch die Kostenerstattung für eine innerstaatliche Entsendung. Auch gegen eine solche Regelung bestehen keine Bedenken. Allerdings geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass die Einschränkung des § 2 Abs. 3 AEntG-E nicht auf Arbeitsverhältnisse anwendbar sein soll, für die nach dem internationalen Privatrecht deutsches Recht gilt.³³ Dies geht aus dem Wortlaut jedoch nicht hervor und müsste insofern ausdrücklich klargestellt werden.

3. Verzichtregelung des § 9 AEntG-E

Fragwürdig ist die Verzichtregelung in § 9 AEntG-E. Der Verzicht auf Mindestentgeltansprüche, die aufgrund von Rechtsverordnungen nach §§ 7 oder 7a AEntG entstanden sind, soll durch gerichtlichen Vergleich möglich sein. Diese Regelung weicht insofern von § 4 Abs. 4 TVG ab. Danach ist ein Verzicht auf tarifliche Rechte nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig. Dies gilt auch für Rechte aus einem nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag.³⁴ Hintergrund der Regelung im TVG ist, dass die Tarifvertragsparteien die Herrschaft über die von ihnen geschaffenen Normen behalten sollen. Insofern ist diese Regelungsform unmittelbarer Ausdruck der Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie.

Wenn § 9 AEntG-E den Verzicht auch im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs zulässt, stellt dies einen erheblichen Eingriff in die Tarifautonomie dar. Art. 1 Abs. 1a der Änderungsrichtlinie stellt – in Übereinstimmung mit Art. 153 Abs. 5 AEUV – insoweit klar, dass die Richtlinie nationale Koalitionsrechte nicht berühren soll. Unionsrechtlich spräche also nichts dagegen, auch im Rahmen von § 9 AEntG den Tarifvertragsparteien die Hoheit über „ihre“ Tarifverträge zu lassen – und zwar auch dann, wenn diese mittels Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a AEntG erstreckt worden sind.

³² BT-Drs. 19/19371, S. 22.

³³ BT-Drs. 19/19371, S. 23.

³⁴ Vgl. etwa NK-GA/Bepler, § 4 TVG Rn. 133.

Darüber hinaus soll der Schutz vor Verzicht nur Mindestentgelte umfassen. Das entwertet die Erstreckung massiv. Es ist gerade die Errungenschaft des Tarifrechts gewesen, dass Tarifnormen zwingende Wirkung haben. Das 100-jährige Jubiläum dieser Errungenschaft haben wir im vergangenen Jahr gefeiert. Sie sollte nicht für die Arbeitsbedingungen außer Mindestentgelte zur Disposition gestellt werden. Das würde auch der Systematik und dem Zweck des AEntG und der Entsenderichtlinie, die gerade auf die Nicht-Dispositivität ausgelegt sind, widersprechen.

Nicht erwähnt sind in § 9 AEntG-E die Normen, die in einem Tarifvertrag nach § 5 TVG erstreckt worden sind. Die Formulierung der Entwurfsbegründung deutet an, dass diese nicht erfasst sein sollen:

„Die Änderungen konzentrieren den besonderen Schutz, den tarifvertragliche Entlohnungsbedingungen erfahren, auf die durch Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a erstreckten Tarifverträge“.³⁵

Es ist aber davon auszugehen, dass für solche Tarifnormen – auch im Falle der Auslandserstreckung – nach wie vor die Regelungen des TVG – und damit sowohl die zwingende Wirkung aus § 5 Abs. 4 TVG wie auch die Verichtsregelung aus § 4 Abs. 4 TVG – Anwendung finden. Denn diese Normen beziehen ihre Normwirkung aus § 5 TVG. Dafür spricht zudem, dass die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 4 TVG im AEntG-E nicht ausgeschlossen wird. Fraglich ist allerdings, ob die Formulierung des § 9 S. 1 Hs. 2 AEntG-E („im Übrigen ist ein Verzicht ausgeschlossen“), den Verzicht auch unter Zustimmung der Tarifvertragsparteien verbieten will. Sie deutet allerdings darauf hin, dass sie sich nur auf die Rechte aus einer Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a AEntG-E bezieht.

Um Missverständnisse auszuschließen, sollte Hinweis in die Norm aufgenommen werden, der ausdrücklich bestimmt, dass § 4 Abs. 4 TVG in Bezug auf Tarifnormen, die nach § 5 TVG allgemeinverbindlich erklärt sind, unberührt bleibt und ein Verzicht auf Ansprüche aus einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag daher nur nach Billigung durch die Tarifvertragsparteien zulässig ist.

4. Entsendedauer/Langzeit-Entsendung

Neu eingefügt werden soll der Abschnitt 4b in das AEntG, der für den Fall der Entsendedauer über zwölf (bzw. auf 18 Monate erweiterbar) die vollständige Anwendung der inländischen zwingenden Arbeitsbedingungen vorsieht. Im Fall der Langzeitentsendung sollen auch alle allgemeinverbindlich erklärten tarifvertraglichen Normen international zwingend gelten.³⁶ Auch diese Änderung beruht auf einer Anpassung der Änderungsrichtlinie durch den dort neu eingefügten Art. 3 Abs. 1a. Die praktische Relevanz dieser Bestimmung ist voraussichtlich überschaubar, da die Entsendedauer bspw. in der Bauwirtschaft in der weit überwiegenden Zahl von Fällen unter sechs Monaten liegt. Abzuwarten bleibt, wie sich die Zusammenrechnung von Entsendezeiten i.S.v. § 13c AEntG-E auswirkt. Sie macht missbräuchliche Rotationssysteme sicherlich unattraktiver, die praktische Handhabung wird allerdings schwierig. Erleichtert wird der Missbrauch allerdings dadurch, dass die Verlängerung der Kurzzeitentsendung von zwölf auf 18 Monate in § 13b Abs. 2 AEntG-E nur an minimale Voraussetzungen geknüpft ist. Selbst die erforderliche Begründung ist in keiner Weise definiert.

5. Auftraggeberhaftung

Ein ausgesprochen wichtiges Instrument für die effektive Durchsetzung des Entsenderechts in der Praxis ist die Auftraggeberhaftung nach § 14 AEntG. Im europäischen Vergleich zeigt sich, dass hierdurch

³⁵ BT-Drs. 19/19371, S. 28.

³⁶ BT-Drs. 19/19371, S. 14.

deutlich mehr Ansprüche durchgesetzt werden können, als in Ländern, in denen eine solche Auftraggeberhaftung nicht besteht. Insoweit verwundert es, dass der Entlohnungsbegriff des § 2 Nr. 1 AEntG-E hier nicht übernommen worden ist und nach wie vor nur auf Mindestentgelte abgestellt wird. Auch hier sollte einheitlich auf den Entlohnungsbegriff des § 2 Nr. 1 AEntG-E abgestellt werden.

Besonders wichtig für eine effektive Durchsetzung der Auftraggeberhaftung in der Praxis der Behörden und der gemeinsamen Einrichtungen von Tarifvertragsparteien ist es, die Daten der Auftraggeber und überhaupt zu kennen. Diese Informationen sind von der Meldepflicht in § 18 AEntG bislang aber nicht umfasst. Hier sollte das Gesetzgebungsverfahren zum Anlass genommen werden, diese Lücke zu schließen und die praktische Durchsetzung des Entsenderechts effektiv zu stärken.

6. Änderung des Mindestlohngesetzes

Bislang sieht § 1 Abs. 3 MiLoG vor, dass nach dem AEntG per Rechtsverordnung erstreckte tarifvertragliche Mindestlöhne Vorrang vor dem allgemeinen Mindestlohn erhalten, sofern diese höher sind. Für tarifliche Mindestlöhne, die nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt worden sind und die die Kriterien des § 4 AEntG erfüllt haben, gilt nach § 1 Abs. 2 Satz 2 MiLoG dieselbe Rechtsfolge. Letzteres soll nun durch den vorliegenden Gesetzesentwurf gestrichen werden. In den Erläuterungen wird dazu ausgeführt, es handele sich um eine Folgeänderung aufgrund der Anpassung der §§ 3-6, 8 und 9 AEntG-E.³⁷ Diese Streichung trägt den Besonderheiten der einzelnen Branchen nicht ausreichend Rechnung. So ist der Gesetzgeber ursprünglich davon ausgegangen, dass die Besonderheiten der Bauwirtschaft abweichende Regelungen (bspw. zur Fälligkeit) rechtfertigen.³⁸ Diese haben sich in den vergangenen sechs Jahren aber nicht verändert.

7. Informations- und Kontrollpflichten

Ein zentrales Problem des Entsenderechts ist das Auseinanderklaffen gesetzlicher Regelungen und der praktischen Anwendung. Für eine effektive Durchsetzung sind insbesondere Informationspflichten und Markttransparenz entscheidend. Insofern ist zu begrüßen, dass im Fall der Arbeitnehmerüberlassung zusätzliche Informationspflichten in § 15a AEntG-E vorgesehen sind.

Ebenso ist zu begrüßen, dass die Behörden der Zollverwaltung künftig auch Entgeltbestandteile oberhalb der Mindestentgeltsätze überprüfen müssen (§ 16 AEntG-E).³⁹ Dabei darf allerdings nicht vernachlässigt werden, dass dies eine erhebliche Herausforderung darstellt. Selbst dort, wo entsprechende Vorgaben bereits bestehen, können sie in der Praxis häufig nicht in ausreichendem Maß durchgeführt werden. Entscheidend ist daher, dass innerhalb der Zollbehörden zum einen das entsprechende Fachpersonal verfügbar ist, zum anderen aber auch die Zusammenarbeit mit anderen Stellen so weit wie möglich gefördert und forciert werden sollte, die im Bereich der Schwarzarbeitsbekämpfung aktiv sind. Dazu gehören insbesondere auch die gemeinsamen Einrichtungen von Tarifvertragsparteien. Beispielsweise könnte daran gedacht werden, diese Einrichtungen unmittelbar in die internationale Zusammenarbeit mit ausländischen und europäischen Behörden wie z.B. der ELA einzubinden und ihnen etwa einen Zugang zum Binnenmarktinformationssystem IMI zu verschaffen.

Wenn in der Entwurfsbegründung dagegen ausgeführt wird, dass „[d]ie Durchsetzung darüberhinausgehender arbeitsrechtlicher Zahlungsansprüche aufgrund anderer Rechtsgrundlagen [...] weiterhin

³⁷ BT-Drs. 19/19371, S. 38.

³⁸ Dazu NK-GA/Bepler, § 4 TVG Rn. 141.

³⁹ Vgl. auch BT-Drs. 19/19371, S. 25.

über die Arbeitsgerichtsbarkeit“ erfolgt,⁴⁰ trägt dies kaum zu einer effektiveren Durchsetzung des Entsenderechts bei. Sich in diesem Zusammenhang auf die individuelle Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche zu verlassen, ist blauäugig. Auch zeigen Studien, dass eine effektive Durchsetzung des Entsenderechts nur dort erfolgt, wo auch ein durchsetzungsstarker institutioneller Rahmen besteht.⁴¹

Hier spielt die sogenannte A1-Bescheinigung eine wesentliche Rolle. Ihren Einsatz einzuschränken wäre fatal. Vielmehr sollte sie in ihrer Aussagekraft gestärkt und ihre Missbrauchsanfälligkeit geschwächt werden. Hier kann eine verbesserte Zusammenarbeit im Rahmen der Europäischen Arbeitsagentur hilfreich sein. Gleichzeitig muss es für die Aufnahmestaaten einfacher werden, missbräuchliche oder betrügerisch erlangte A1-Bescheinigungen nicht anzuerkennen.

V. Abschließende Bewertung

Der Entwurf orientiert sich in vielen Bereichen eng an der Richtlinie, was durchaus sinnvoll ist. Allerdings nutzt er die durch die Änderungsrichtlinie neu geschaffenen Möglichkeiten nicht, die auch zu einer Stärkung der Tarifautonomie in Deutschland hätten führen können. Dies betrifft beispielsweise eine stärkere Berücksichtigung tarifvertraglicher Normen im Rahmen von öffentlichen Vergabeverfahren. Kompliziert und rechtspolitisch wenig überzeugend ist die Regelung zum Entlohnungsbegriff. Insbesondere schränkt sie die Tarifpolitik unnötig ein. Ebenso sollte die Verzichtregelung stärker im Sinne der Tarifautonomie gestaltet werden. Nicht im Einklang mit der Richtlinie steht die Einschränkung der Erstreckbarkeit von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf bundesweit einheitliche Tarifverträge.

⁴⁰ BT-Drs. 19/19371, S. 14.

⁴¹ Vgl. Rasnaca/Bernaciak, Posting of workers before national courts, Brüssel 2020, S. 239 ff.; für Deutschland auch Fechner, ebenda, S. 105, 106.

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 Tarifizensur 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

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Franz Josef Düwell, Weimar

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

Schriftliche Stellungnahme Professor Franz Josef Düwell

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020 zu den Vorlagen

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** 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** 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** 19/19231

A Vorbemerkung

Die 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 (revidierte Entsende-RL) will die Umsetzung und Durchsetzung der Grundsätze von Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit weiterentwickeln und zugleich gewährleisten, dass die Arbeitnehmerrechte geachtet sowie gleiche Bedingungen für inländische und ausländische Unternehmen gewährleistet werden. Mehr als zwanzig Jahre nach Erlass der Richtlinie 96/71/EG (Entsende-RL) hat der Unionsgesetzgeber bestimmt, das richtige Gleichgewicht zwischen der Notwendigkeit der Förderung der Dienstleistungsfreiheit und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen einerseits und der Notwendigkeit des Schutzes der Rechte entsandter Arbeitnehmer andererseits neu auszutarieren (Erwägungsgrund 4). Dazu sind in Art. 1 mit den Änderungen der Richtlinie 96/71/EG den Mitgliedsstaaten konkrete umzusetzende Vorgaben gemacht. In Artikel 3 ist der Bundesrepublik die Frist gesetzt, bis zum 30. Juli 2020 die zur Umsetzung erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (GE) und der bisherige Gang des Gesetzgebungsverfahrens lassen erwarten, dass die Umsetzung der revidierten Entsende-RL umfassend und zeitgerecht erfolgt. Allerdings besteht in einigen Punkten Nachbesserungsbedarf. Es sind, wie unter B aufgezeigt wird, vor allem Änderungen und Ergänzungen in § 3 AEntG E geboten. Deshalb beschränkt sich meine Stellung auf diese Vorschrift.

B Öffnung für regionale Tarifverträge

Bei der Novellierung des AEntG 2009 ist in § 3 Satz 1 AEntG ausdrücklich die Beschränkung auf die Rechtsnormen eines bundesweiten Tarifvertrags verankert worden. § 3 Abs. 1 Satz 2 AEntG lockert diese Beschränkung. Es ist danach keine bundeseinheitliche Festsetzung der Arbeitsbedingungen notwendig, sondern eine regionale Differenzierung zulässig, sofern diese Regelungen „zusammengefasst räumlich den gesamten Geltungsbereich dieses Gesetzes abdecken“ und ihrerseits für allgemeinverbindlich erklärt worden sind. Die gesetzliche Festschreibung des Kriteriums „bundesweit“ wird in der Gesetzesbegründung erläutert: „damit (wird) die bisherige Praxis fortgeschrieben.“¹ Das war auch zutreffend, weil der in § 4 AEntG aufgeführte Katalog der zugelassenen Branchen von der Nr.1 „Bauhauptgewerbe und Baunebengewerbe“ und dessen traditionellen Bundestarifen dominiert war. Das spiegelte sich auch im Sprachgebrauch wider, in dem das 1996 noch vor der RL 96/71/EG erlassene AEntG als ein „Anti-Dumping-Gesetz für die Bauwirtschaft“ bezeichnet wurde.² Die Tarifverträge des Baugewerbes sollten über die Arbeitgeberpflicht in § 8 Abs. 1 Satz 1 AEntG zur zwingenden Anwendung auf die grenzüberschreitenden Entsendungsfälle gebracht werden. Nach dem Änderungsbefehl zu § 8 Abs. 1 AEntG E sollen jetzt die Wörter „§ 4 Absatz 1 Nummer 1“ durch die Wörter „§ 3 Satz 1 Nummer 1“ ersetzt werden. Damit wird die Bezugnahme auf das in § 4 Absatz 1 Nummer 1 AEntG genannte „Bauhauptgewerbe und Baunebengewerbe“ entfallen. Konsequenterweise müssten damit auch die Beschränkungen auf „bundesweite(n)“ Geltung in § 3 Abs. 1 Satz 1 und auf „räumlich den gesamten Geltungsbereich dieses Gesetzes abdecken(d)“ in § 3 Abs. 1 Satz 2 AEntG entfallen. Möglich wäre es auch, eine dritte Variante für den Geltungsbereich ergänzend einzuführen, nach der zusätzlich zu den bisherigen zwei Varianten ein nicht das gesamte Bundesgebiet abdeckender „für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag“ anzuwenden ist, wenn er geeignet ist, die Gleichbehandlung von Entsendern mit Sitz im Inland und Entsendern Sitz im Ausland sicherzustellen.

Insoweit besteht Nachbesserungsbedarf; denn die beabsichtigte Änderung in § 3 Satz 1 AEntG E besteht lediglich darin, die in der Änderungsrichtlinie in Art. 3 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich enthaltene Streichung der branchenmäßigen Beschränkung auf die Bauwirtschaft³ nachzuvollziehen. Hier ist mehr zu tun. Es bedarf einer weiteren Änderung des § 3 Abs. 1 AEntG E. Diese weitere Änderung ist sowohl aus rechtlichen als auch aus rechtspolitischen Gründen erforderlich:

¹ BT-Drucksache 16/10486, S. 11, rechte Spalte.

² Däubler DB 1995, 726; Deinert in Schlachter/Heinig Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016 § 10 Rn. 40

³ Richtlinie 96/71/EG ANHANG: Die in Artikel 3 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich genannten Tätigkeiten umfassen alle Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriß von Bauwerken dienen...

1. Es sollte die Fortführung der derzeit bestehenden Benachteiligung der Arbeitgeber mit Sitz im Inland, sogenannte Inländerdiskriminierung, vermieden werden. Dazu unter a).
2. Unionsrechtliche Bedenken gegen die nicht vollständige Umsetzung der Richtlinie sollten ausgeräumt werden. Dazu unter b) und c).
3. Es sollte sowohl für Arbeitgeber mit Sitz im Inland als auch für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland eine stärkere Publizität der Rechtsnormen der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge sichergestellt werden. Dazu unter d).

a) Zur Ungleichbehandlung von Arbeitgebern mit Sitz im Inland.

Von der Beibehaltung der gegenwärtigen Rechtslage geht eine Benachteiligung aus, die besonders Inhaber von mittelständischen Betrieben trifft. Diese Benachteiligung wird an Hand des folgenden Beispielfalls aufgezeigt.

Fallstudie: Arbeitsort für einen als Steinmetz beschäftigten Arbeitnehmer ist Kiel in Schleswig-Holstein. Für den Arbeitsort gilt der Tarifvertrag zur Regelung der Löhne vom 18.01.2018, der mit räumlicher Wirkung für den Bereich des Landes Schleswig-Holstein mit Wirkung zum 30.01.2020 für allgemeinverbindlich erklärt worden ist.⁴

1. Arbeitgeber mit Sitz in SH beschäftigt an einem Arbeitsort in SH: Jeder tarifgebundene und auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber mit Betriebssitz in SH muss, weil der Betriebssitz und Arbeitsort seiner Arbeitnehmer in SH liegen, die tariflichen Arbeitsbedingungen, u. a. den Eck(stunden)lohn für Steinmetzen und Schrifthauer in Höhe von 16,72 EUR⁵, gewähren.

2. Arbeitgeber mit Sitz im Ausland entsendet nach SH: Da § 8 Abs. 1 Satz 1 AEntG auf den Beschäftigungsort abstellt, hat bei der grenzüberschreitenden Entsendung der Arbeitgeber mit Sitz im Ausland immer mindestens den Tariflohn zu gewähren, wenn dieser in einem bundesweit geltenden TV nach Maßgabe des § 3 Abs.1 AEntG enthalten ist. Liegt – wie hier – kein bundesweit geltender av TV nach § 3 AEntG vor, ist vom Entsender aus dem Ausland nur der gesetzliche Mindestlohn oder ein Mindestentgelt aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG zu gewähren. Das ist hier der Fall; denn in der Dritten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Steinmetz und Steinbildhauerhandwerk vom 29. August 2019⁶ ist im Tarifvertrag zur Regelung eines Mindestlohns im Steinmetz und Steinhauerhandwerk (TV Mindestlohn) vom 25. Februar 2019 zwingend ab 1. Mai 2020 ein Stundenentgelt von 12,20 EUR bestimmt. Hier zeigt sich der erhebliche Unterschied in der Vergütung des grenzüberschreitend entsandten Arbeitnehmers in Höhe von 12,20 EUR zu dem des in SH beschäftigten Arbeitnehmers mit 16,72 EUR pro Stunde. Dieser Unterschied stellt einen großen Wettbewerbsnachteil für den in SH beschäftigenden Arbeitgeber mit Sitz im Inland dar.

⁴ www.handwerk-mittelholstein.de/innungenbetriebe/ueberregional/steinmetz-und-steinbildhauer-schleswig-holstein.html Aufruf 10.06.2020

⁵ Wert nach Nr. 3 der Entgelttabelle zum LTV für SH

⁶ BAnz AT 30.08.2019 V1

Zwischenergebnis und Lösung: Die aufgezeigte Schlechterstellung der Arbeitgeber mit Sitz im Inland und damit deren Wettbewerbsnachteil kann aufgehoben werden, wenn die Arbeitgeberpflicht zur Gewährung der allgemeinverbindlichen Arbeitsbedingungen in § 8 Abs. 1 AEntG auf eine in § 3 Abs. 1 Satz 1 AEntG E einzufügende Erweiterung der Anwendbarkeit regionaler av Tve ausgeweitet wird. Dann muss auch vom Entsender mit dem Sitz im Ausland gleichermaßen wie von dem Arbeitgeber mit Sitz in SH der für allgemeinverbindlich erklärte Eck(stunden)lohn für Steinmetzen und Schrifthauer in Höhe von 16,72 EUR gezahlt werden.

b) Unionsrechtliche Bedenken

Im Schrifttum ist bereits nach der Neufassung des AEntG im Jahr 2009 beanstandet worden, dass die Anknüpfung an „bundesweit“ geltende Tarifverträge in § 8 Abs.1 iVm. § 3 Satz 1 AEntG unionswidrig sei.⁷ Mit Blick auf den Vollharmonisierungscharakter der revidierten Entsende-RL ist eine Pflicht des deutschen Gesetzgebers, bei der Umsetzung av regionale Tve einzubeziehen, festgestellt worden.⁸ Dafür spricht die Auslegung von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Entsende-RL. Dessen Wortlaut lässt einen Umkehrschluss mit dem Inhalt zu, dass der Richtlinienggeber keine Beschränkung auf allgemeinverbindliche Tarifverträge gewollt hat, die das gesamte nationale Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates abdecken. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Entsende-RL lautet:

Unter "für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen" sind Tarifverträge oder Schiedssprüche zu verstehen, die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind.

Es wird darauf abgestellt, dass die Tarifverträge von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden Unternehmen einzuhalten sind. Wäre unter geografischer Bereich das gesamte Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaats zu verstehen, hätte es nahe gelegen, dass auch so auszudrücken. Bezeichnend ist, dass weder in der deutschen noch in einer anderen Sprachfassung der Richtlinie eine Bezeichnung verwandt wird, die auf die Gesamtheit des Hoheitsgebietes abstellt. Allerdings ist einzuräumen, dass die Worte „in den jeweiligen geographischen Bereich fallend“ einen Bezug auf das gesamte Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats nicht zwingend ausschließen, sondern dass möglicherweise nur eine sprachlich ungeschickte Bezugnahme auf den geographischen Bereich vorliegt, den das Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedsstaates abdeckt.⁹

⁷ Rödl, Europarechtliche Rahmenbedingungen für eine Reform des Arbeitnehmer Entsendegesetzes, WSI Mitteilungen 2012, 517, 519;

⁸ Klein/Schneider, Die Umsetzung der Entsenderichtlinie, SR 2019, 72, 76, 77; Rödl, Europarechtliche Rahmenbedingungen für eine Reform des Arbeitnehmer - Entsendegesetzes, WSI Mitteilungen 2012, 517, 519; a. A. Franzen, Bundesweiter Tarifvertrag nach § 3 S. 1 AEntG und die geänderte Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71 EG, ZFA 2020, 30, 33, 34.

⁹ So im Ergebnis: Franzen, Bundesweiter Tarifvertrag nach § 3 S. 1 AEntG und die geänderte Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71 EG, ZFA 2020, 30, 33, 34.

Eindeutig wird der Wortlaut jedoch in dem Sinne, dass nicht das gesamte Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats gemeint sein kann, wenn die in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. und 2. Spstr. Entsende-RL für die Festlegung der unterschiedlichen Geltungsbereiche verwandten Formulierungen „in den jeweiligen geographischen Bereich fallend“ und „innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets“ in die Betrachtung einbezogen wird. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL lautet:

„Mangels eines Systems zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen oder Schiedssprüchen im Sinne des Unterabsatzes 1 oder zusätzlich zu einem solchen System können die Mitgliedstaaten auch beschließen, Folgendes zugrunde zu legen:

– die Tarifverträge oder Schiedssprüche, die für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind, und/oder

– die Tarifverträge, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen werden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen,

sofern deren Anwendung auf in Artikel 1 Absatz 1 genannte Unternehmen eine Gleichbehandlung dieser Unternehmen in Bezug auf die in Absatz 1 Unterabsatz 1 des vorliegenden Artikels genannten Aspekte und gegebenenfalls bezüglich der den entsandten Arbeitnehmern nach Absatz 1a des vorliegenden Artikels zu garantierenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen mit den im vorliegenden Unterabsatz genannten anderen Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, gewährleistet.“

Danach unterscheidet der Richtliniengeber zwischen den Tarifverträgen, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen wurden (zweiter Spiegelstrich) und anderen Tarifverträgen, die von den anderen Tarifvertragsparteien auf einer unterhalb der nationalen Ebene aufgestellt worden sind (erster Spiegelstrich). Nur für die vom zweiten Spiegelstrich erfassten Tarifverträge der nationalen Ebene ist als Anwendungsvoraussetzung Geltung „innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets“ aufgestellt. Auf nationaler Ebene geschlossene und unterhalb der nationalen Ebene geschlossene Tarifverträge sind als Antonyme zu verstehen. Folglich stehen auch die ihnen im ersten und zweiten Spiegelstrich zugeordneten unterschiedlichen Geltungsbereiche in einem Gegensatz. Folglich ist hier im Gegenschluss (argumentum e contrario) davon auszugehen, dass die Geltungsbereichsumschreibung „in den jeweiligen geographischen Bereich fallend“ nicht mit „innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets“ identisch ist. Deshalb ist der Auslegung von Klein/Schneider¹⁰ im Ergebnis zuzustimmen: Die Richtlinie sieht keine Einschränkung der Normenerstreckung auf TVE vor, die für das gesamte nationale Hoheitsgebiet Geltung beanspruchen.

Sieht somit die Richtlinie keine derartige Einschränkung auf bundesweite TVE vor, muss die Bundesrepublik bei der Umsetzung den Vorbehalt in § 3 Abs. 1 Satz 1 AEntG auf „Rechtsnormen eines bundesweiten Tarifvertrags“ fallen lassen. Das ergibt sich aus dem Unionsrecht. Art. 3 Abs. 1 der Entsende-RL bestimmt:

¹⁰ Klein/Schneider, Die Umsetzung der Entsenderichtlinie, SR 2019, 72, 76, 77.

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass... die Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern ...auf der Grundlage der Gleichbehandlung die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, festgelegt sind,

- durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder
- durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge“

Danach ist die Bundesrepublik als Mitgliedsstaat nicht frei, sondern vielmehr gegenüber der Union rechtlich verpflichtet, auch nicht bundesweit geltende av TVE zur Anwendung zu bringen.

Gegen die hier vertretene Auslegung wird vorgebracht, dass bislang die Kommission weder die Bundesrepublik zu einer Nachbesserung aufgefordert noch ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet habe. Dieser Einwand überzeugt nicht; denn das Schweigen der Kommission kann andere Gründe haben.

Bedeutsamer sind allerdings die Folgeprobleme, die insbesondere wegen des unionsrechtlichen Transparenzgebots (dazu unter d) gegen eine Öffnung des § 3 Satz 1 AEntG vorgebracht werden.¹¹

c) Gleichbehandlung der entsendenden Arbeitgebern mit Sitz im Ausland

Ein Folgeproblem bei der Öffnung für regionale av TVE stellt die notwendige Gleichbehandlung dar. Wird ein Arbeitnehmer von einem Arbeitgeber entsandt, hat der Arbeitgeber, gleich ob mit Sitz im In- oder Ausland, nach § 8 Abs. 1 Satz 1 AEntG mindestens die in einem allgemeinverbindlichen (av) Tarifvertrag (TV) vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren, die für den Beschäftigungsort des entsandten Arbeitnehmers bestimmt sind. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber an einen anderen TV gebunden ist. Diese Regelung ist unionsrechtlich zwingend. Sie ist geschaffen worden, um jede Benachteiligung von Arbeitgebern mit Sitz im EU-Ausland auszuschließen, die nach Art. 56 AEUV (ex-Artikel 49 EGV) als Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs verboten ist. Sie war erforderlich, weil der EuGH in der Sache *Portugaia Construções* erkannt hatte: „Es stellt eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar, wenn ein inländischer Arbeitgeber den in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn durch den Abschluss eines Firmentarifvertrags unterschreiten kann, während dies einem Arbeitgeber, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, nicht möglich ist.“¹² In den daran anschließenden Entscheidungen des Neunten¹³ und Zehnten Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAG)¹⁴ ist die damals entgegenstehende

¹¹ Dazu Franzen, Bundesweiter Tarifvertrag nach § 3 S.1 AEntG und die geänderte Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71 EG, ZFA 2020, 30, 39 ff

¹² EuGH, Urteil vom 24. Januar 2002 – C-164/99, NZA 2002, 207

¹³ Anfragebeschluss nach § 45 ArbGG zur Vermeidung der Anrufung des Großen Senats: BAG, Beschluss vom 09.09.2003 – 9 AZR 478/02 (A)

¹⁴ BAG, Beschluss vom 13.05.2004 - 10 AS 6/04, mit der der Zehnte Senat seine abweichende Rechtsprechung aufgegeben und sich der Auffassung des Neunten Senats angeschlossen hat.

Rechtsprechungslinie¹⁵ aufgegeben worden. Es ist seitdem Stand der Rechtsprechung: „Die allgemeinverbindlichen Rechtsnormen sind kraft Gesetzes ausnahmslos anzuwenden“.¹⁶

Gemessen an den oben dargestellten Grundsätzen führt die Einbeziehung der regionalen av Tve in § 8 Abs. 1 in Verbindung mit § 3 Satz 1 AEntG zu einer unionsrechtlichen Gleichstellung der entsendenden Arbeitgeber mit Sitz im Inland und Ausland. Das zeigt die Fortführung der Fallstudie zum Tarifvertrag zur Regelung der Löhne vom 18.01.2018, der mit räumlicher Wirkung für den Bereich des Landes Schleswig-Holstein für allgemeinverbindlich erklärt ist.

1. Arbeitgeber mit Sitz im Ausland entsendet an einen Arbeitsort in SH:

Der entsendende Arbeitgeber mit Sitz im Ausland hat, wenn – wie hier vorgeschlagen – durch Aufnahme der Anwendung regionaler av Tve die Fassung von § 3 Satz 1 AEntG geändert wird, die Arbeitsbedingungen aus dem Tarifvertrag zur Regelung der Löhne vom 18.01.2018 zu gewähren, der für den Bereich des Landes Schleswig-Holstein mit Wirkung zum 30.01.2020 für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Somit beträgt dann der zu zahlende Stundenlohn 16,72 EUR¹⁷.

2. Arbeitgeber im Inland entsendet vorübergehend an einen Arbeitsort in SH:

Der als Mitglied des AG-Verbandes Mecklenburg-Vorpommern (M-V) tarifgebundene Arbeitgeber mit inländischem Betriebsitz in M-V hat nach der gegenwärtigen Rechtslage, die ausschließlich auf einen bundesweiten TV abstellt, nach §§ 3, 4 TVG entsprechend dem Tarifvertrag zur Regelung der Löhne im Steinmetz und Steinbildhauerhandwerk vom 19. Dezember 2018¹⁸ den Lohn zu zahlen. Der dortige Eck(stunden)lohn beträgt seit dem 1. Mai 2019 14,50 EUR¹⁹. Er ist als mit mehr als zwei Euro Unterschied erheblich geringer als 16,72 EUR²⁰, die in SH zu zahlen sind. Der geringere Lohn ist zu zahlen, wenn der Betriebsinhaber aus M-V seine Arbeitnehmer nur vorübergehend zur Arbeit nach SH entsendet. Das ergibt sich aus dem Stand der Rechtsprechung und der Lehre. Hat nämlich ein Arbeitgeber seinen Betrieb außerhalb des geografischen Geltungsbereichs des für den Arbeitsort geltenden TV (hier: in M-V) und entsendet er für eine vorübergehende Zeit einen Arbeitnehmer in ein anderes Tarifgebiet (hier: nach SH), dann liegt der Schwerpunkt der Erfüllung weiterhin am Betriebsitz (hier: in M-V), so dass der für den geografischen Bereich des

¹⁵ BAG, Urteil vom 04.12.2002 - 10 AZR 113/02 - AP Nr 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz

¹⁶ BAG, Beschluss vom 09.09.2003 – 9 AZR 478/02 (A) – Rn. 13

¹⁷ Wert nach Nr. 3 der Lohntabelle für SH

¹⁸ Vgl. Ablichtung des LTV unter //steinmetz-innung-potsdam.de/2018%20Lohntarifvertrag_Verbund_Ost_und_Berlin.pdf Aufruf 11.6.2020

¹⁹ Lohntabelle für M-V zu § 2 LTV

²⁰ Wert nach Nr. 3 der Lohntabelle für SH

Betriebssitzes geltende TV anzuwenden ist.²¹ Dieses Schwerpunktkriterium hat das BAG in den nach der Herstellung der deutschen Einheit angefallenen Fällen der Entsendung aus dem Tarifgebiet West in das Tarifgebiet Ost das BAG bestätigt: „...entscheidend, wo sich der Schwerpunkt der Tätigkeit befindet“.²²

Die rechtliche Beurteilung ändert sich, wenn in § 3 AEntG aufgenommen wird, dass auch ein nicht bundesweiter av TV anzuwenden ist; denn dann sind nach 8 Abs. 1 Satz 1 AEntG auch vom inländischen Entsender die für den Beschäftigungsort für allgemeinverbindlich erklärten Arbeitbedingungen zu gewähren.

Zwischenergebnis und Lösung: Der Wegfall der Beschränkung auf Tarifverträge mit bundesweiter Geltung führt zur unionsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung der inländischen und grenzüberschreitenden Entsendung. Sie entspricht dem Prinzip der Dienstleistungsfreiheit. Voraussetzung ist jedoch, dass nur solche allgemeinverbindlichen Tarifverträge auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland angewendet werden, die gewährleisten, dass auch inländische Arbeitgeber erfasst sind, die aus anderen Regionen des Bundesgebiets Arbeitnehmer entsenden.

d) Transparenzgebot

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) fordert zu Art. 3 Abs. 1 der Entsende-RL, dass u.a. die Berechnung des Entgelts nach zwingenden und transparenten Vorschriften vorgenommen wird.²³ Diesem Gesichtspunkt muss auch hier Rechnung getragen werden. Zwar werden nach der vor einigen Jahren erfolgten Neufassung des § 5 Abs. 7 TVG auch die Rechtsnormen der av TVe im Bundesanzeiger veröffentlicht. Das reicht jedoch für das vom Gerichtshof geforderte hohe Maß an Transparenz nicht aus. Die Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, die sich erst mit dem Arbeitsrecht des Ziellandes vertraut machen müssen, sollen im Interesse der Dienstleistungsfreiheit rasch und sicher den Zugang zum Recht finden können. Deshalb ist es wichtig, dass es für sie ohne Weiteres erkennbar ist, ob ein regionaler av TV in gleicher Weise die grenzüberschreitende Entsendung durch Arbeitgeber mit Sitz im Ausland wie die innerdeutsche Entsendung durch Arbeitgeber mit Sitz im Inland erfasst, wenn diese aus anderen Regionen des Bundesgebiets Arbeitnehmer entsenden. Das ist ohne vertiefte Kenntnis des deutschen Tarifrechts nicht möglich. Dazu bedarf es

²¹ LAG Hamm 21.7.1971 – 5 Sa 135/71, DB 1971, 1822 (1823); LAG Nds 3.4.1981 – 9 Sa 134/80, BB 1981, 848; Berg/Kocher/Schumann/Berg § 4 TVG Rn 22; Deinert in Däubler, Tarifvertragsgesetz 4. Auflage 2016 Rn. 242 ff; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn 257; Löwisch-Rieble, TVG § 4 Rn. 163 f; Schaub Arb-Hdb/Treber § 203 Rn 7; Wiedemann/Wank TVG § 4 Rn 126; in der älteren Lehre ebenso: Nikisch, Arbeitsrecht II, § 78 II 3, S. 364; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, § 26 V 2 b, S. 510.

²² BAG, Urteil vom 25. Juni 1998 – 6 AZR 475/96 –Rn. 22, BAGE 89, 202.

²³ EuGH, Urteil vom 12. Februar 2015 – C-396/13 Rechtssache Sähköalojen ammattiliitto, NZA 2015, 345.

einer inhaltlichen Prüfung. Diese kann durch das für Arbeit zuständige Bundesministerium erfolgen. Das feststellende Ergebnis der Überprüfung ist amtlich bekannt zu machen. Die Bekanntmachung muss auch elektronisch abrufbar sein. Sie soll in einer Gesellschaft, die sich in der Transformation zur Arbeit 4.0 befindet, leicht auf einer amtlichen Internetpräsenz der obersten Arbeitsbehörde elektronisch auffindbar und einsehbar sein. Nur wenn für alle Entsender tagesaktuell erkennbar ist, welche Arbeitsbedingungen zu gewähren sind, wird den Transparenzanforderungen des Gerichtshofs genügt. Dazu bedarf es eines nach Branchen und geografischen Geltungsbereichen geordneten Verzeichnisses der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, wie es bis 2017 in der Internetpräsenz des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales veröffentlicht worden ist.²⁴ Die von den Zollbehörden, in deren Zuständigkeit für die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach 23 AEntG fällt, zur Verfügung gestellten Informationen zu den Bestimmungen über Mindestentgelte,²⁵ sind nicht ausreichend. Für alle Arbeitgeber mit Sitz im Inland und Ausland sowie den von ihnen beschäftigten Arbeitnehmern muss eine tagesaktuelle Information, damit sie die einzuhaltenden Arbeitsbedingungen erkennen können. Dazu muss bei dem von der Arbeitsbehörde nach § 6 TVG geführten Tarifregister der jeweilige Stand der für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge einsehbar sein. Dies folgt aus dem Publizitätsgebot für Rechtsnormen. Dieses Gebot ist für einen Rechtsstaat konstituierend. Dazu hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) festgestellt: „Die hinlängliche Publizität von allgemeinverbindlichen, mit Außenwirkung ausgestatteten Rechtsregeln ist ... geltendes rechtsstaatliches Erfordernis“.²⁶ In dieser vor 43 Jahren ergangenen Entscheidung sah das BVerfG die damalige Handhabung, im Tarifregister nur eine Sammlung zur Einsichtnahme bereitzuhalten äußerst wohlwollend als „dem Aspekt des Rechtsstaatsprinzips noch stand(haltend)“ an. Das Gericht gab jedoch auf, „zu prüfen..., welche Verbesserungen der Publizitätsvorschriften möglich und angezeigt sind, damit den berechtigten Bedürfnissen der Praxis mehr als bisher entsprochen werden kann.“²⁷ Die Frage, was „möglich und angezeigt ist“, muss dem heutigen Stand der Informationstechnik entsprechend beantwortet werden. Dieser vor 43 Jahren vom Verfassungsgericht erteilte Auftrag ist daran gemessen bislang noch nicht vollständig erfüllt. Zwar ist durch Art. 5 Nr. 1 Buchst. d G v. 11.8.2014 I 1348 mit Wirkung vom 16.08.2014 in § 5 Abs. 7 TVG der Satz 2eingefügt worden. Danach sind mit der Allgemeinverbindlicherklärung auch die erfassten Rechtsnormen bekanntzumachen. Angesichts von derzeit ca. 500 av Tve ist aber ohne ein laufend geführtes Verzeichnis auch dem Rechtskundigen kein Überblick möglich. Deshalb ist ein allgemein zugängliches

²⁴ www.bmas.de/DE/Themen/Arbeitsrecht/Tarifvertraege/tarifvertraege.html Aufruf 11.06.2020. Seit 2018 wird dort angezeigt: „Das Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge wird derzeit überarbeitet.“

²⁵ www.zoll.de/DE/Fachthemen/Arbeit/Mindestarbeitsbedingungen/Mindestlohn-AEntG-Lohnuntergrenze-AUeG/Branchen-Mindestlohn-Lohnuntergrenze/branchen-mindestlohn-lohnuntergrenze_node.html Aufruf 11.06.2020

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1977 – 2 BvL 11/74 –juris Rn. 79, BVerfGE 44, 322.

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1977 – 2 BvL 11/74 –juris Rn. 78, BVerfGE 44, 322.

elektronisches Tarifregister dringend erforderlich.²⁸ Das unionsrechtliche
Transparenzgebot erinnert an den noch aus 1977 zu erfüllenden
Verfassungsauftrag. Die Gelegenheit zur Nachbesserung sollte genutzt werden.

²⁸ Ebenso: Bepler, Gutachten B zum 70.Deutschen Juristentag Hannover 2014 unter B
27 und in These 2.3.

Information für den Ausschuss

Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e.V.

Unaufgeforderte Stellungnahme 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



**ZENTRALVERBAND
DEUTSCHES
BAUWERBE** **ZDB**

Stellungnahme

zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drucksache 19/19371

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

vom 2. Juni 2020

Vorbemerkung

Der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes (ZDB) vertritt bundesweit rund 35.000 überwiegend kleine und mittelständische Betriebe des Baugewerbes, in denen mehr als 70 % aller Arbeitnehmer und Auszubildende der Bauwirtschaft beschäftigt werden. In unseren überwiegend inhabergeführten Mitgliedsbetrieben werden die Bauleistungen überwiegend oder sogar ausschließlich mit eigenem Personal ausgeführt. Als mobiler Wirtschaftszweig mit ständig wechselnden Baustellen war und ist das Baugewerbe anfällig für unlautere Wettbewerbsbedingungen und soziale Verwerfungen, insbesondere durch die Entsendung von Arbeitnehmern aus sogenannten Niedriglohnländern.

Die Europäische Kommission erkannte bereits Ende der 80er Jahre, dass es im Zuge der Weiterentwicklung des europäischen Binnenmarktes im Rahmen der Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könne. Zur Sicherung eines fairen Wettbewerbs wurde schließlich am 16. Dezember 1996 die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie) erlassen. Der Regelungsansatz dieser Richtlinie lag darin, hinsichtlich eines „harten Kerns“ von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen das sogenannte „Arbeitsortsprinzip“ einzuführen. Damit sollten für vorübergehend entsandte Arbeitnehmer für die Zeit der Entsendung bestimmte Bedingungen des Staates zwingend gelten, in dem sie vorübergehend tätig werden. Die Richtlinie wurde schließlich mit dem „Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen“ (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) sowie durch die auf diesem Gesetz basierenden und für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohntarifverträge sowie verpflichtenden tarifvertraglichen Regelungen zur Abführung des Urlaubskassenbeitrages in das deutsche Recht umgesetzt.

Mit der Entsenderichtlinie und dem darauf basierenden Arbeitnehmer-Entsendegesetz ist rückblickend der richtige rechtliche Rahmen geschaffen worden. Allerdings müssen wir nach über 20 Jahren feststellen, dass weiterhin versucht wird, die gesetzlichen Regelungen durch Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung zu unterlaufen.

Nicht eine Überarbeitung der Entsenderichtlinie, sondern ihre bessere Durchsetzung in der Praxis wäre somit der bessere Ansatz gewesen. Die flächendeckende Umsetzung der Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“) (Durchsetzungsrichtlinie) wäre hierfür vorerst ausreichend gewesen. Unter anderem ermöglicht sie einen verbesserten Datenaustausch der Behörden in den EU-Mitgliedsstaaten untereinander, was einen weiteren Baustein in der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung darstellt.

Der nun vorliegende Gesetzesentwurf zur Änderung der Entsenderichtlinie auf Grundlage der Vorgaben des Europäischen Rechts ist nach unserer Einschätzung in weiten Teilen ausgewogen. Er führt allerdings in der Entwurfsfassung der Bundesregierung im Unterschied zum ursprünglichen Referentenentwurf zu einer nach Einschätzung des Bauhauptgewerbes vom Zoll nicht leistbaren Ausweitung der Kontrollpflichten des Zolls auf deutschen Baustellen.

Im Einzelnen:

1. Ausweitung des „harten Kerns“ von Mindestarbeitsbedingungen

a) Geplante Änderungen

Mit dem vorliegenden Referentenentwurf wird der „harte Kern“ der Mindestarbeitsbedingungen im deutschen Recht ausgeweitet. Zukünftig sollen insbesondere nicht nur die Pflicht zur Zahlung des Bau-Mindestlohns 1 und 2 sowie der Urlaubskassenbeiträge auf ausländische Arbeitgeber erstreckt werden, sondern u.a. auch

- die Entlohnung,
- die Anforderungen an die Unterkünfte von Arbeitnehmern, wenn sie vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer, die von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt eingesetzt werden, zur Verfügung gestellt werden sowie
- die Zulagen oder die Kostenerstattung zur Deckung der Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten für Arbeitnehmer, die aus beruflichen Gründen von ihrem Wohnort entfernt sind (§ 2 Abs. 1 AEntG n.F.).

Unter Entlohnung versteht der Gesetzgeber alle Bestandteile der Vergütung, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber in Geld oder als Sachleistung für die geleistete Arbeit erhält. Zur Entlohnung zählen insbesondere die Grundvergütung, einschließlich Differenzierungen nach Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung der Arbeitnehmer und nach Regionen sowie Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen, einschließlich Überstundenzusätze (§ 2a Satz 1 AEntG n.F.).

Diese Arbeitsbedingungen können in der Regel nur dann auf ausländische Arbeitsverhältnisse erstreckt werden, wenn sich diese Rechtsnormen in einem bundesweiten Tarifvertrag wiederfinden, der für allgemeinverbindlich erklärt worden ist oder eine Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a AEntG vorliegt (§ 3 Satz 1 AEntG n.F.).

b) Auswirkungen auf das Baugewerbe

Für das Baugewerbe bedeutet dies, dass bei der Entsendung von Arbeitnehmern nach Deutschland zukünftig die Regelungen des „Tarifvertrages zur Regelung von Mindestlöhnen im Baugewerbe“ sowie die Entlohnungsbestandteile des „Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe“ (BRTV) auch auf ausländische Arbeitsverhältnisse Anwendung finden. Damit müssen ausländische Arbeitgeber zukünftig nicht nur den Mindestlohn 1 oder 2 an ihre Arbeitnehmer zahlen oder Urlaubskassenbeiträge an die SOKA-BAU abführen, sondern auch Zulagen und Zuschläge der §§ 3, 6 BRTV (insbesondere Nachtarbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit sowie Erschwerungszuschläge) an ihre Arbeitnehmer abführen, wenn entsprechende Tätigkeiten ausgeführt werden.

Gleichzeitig muss der ausländische Betrieb ergänzend zu den ansonsten auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Rechtsvorschriften für die Zulagen und Kostenerstattungen zur Deckung von Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten, die die Reisen während der Beschäftigung im Aufnahmestaat betreffen, auch die entsprechenden Vorschriften eines bundesweiten allgemeinverbindlichen Tarifvertrages anwenden. Dies betraf im Baugewerbe auch die Fahrtkostenabgeltung sowie den Verpflegungszuschuss nach § 7 BRTV.

Der ZDB befürwortet, dass entsandte Arbeitnehmer zukünftig denselben allgemeinverbindlichen Entlohnungsbestandteilen sowie Zulagen/Kostenerstattungen zur Deckung der Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten unterliegen sollen wie heimische Bauunternehmen. Dies führt zu Wettbewerbsgleichheit auf deutschen Baustellen.

2. Konzentration der Kontrollen des Zolls auf ausgewählte Bestandteile

a) Geplante Änderungen

Auch zukünftig soll für die Prüfung der Einhaltung der Arbeitsbedingungen unter anderem nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-4 AEntG n.F. der Zoll zuständig sein. Dies gilt auch für die Mindestentgeltsätze nach §§ 7, 7a AEntG (Rechtsverordnung). Von der Prüfungskompetenz des Zolls erfasst sein sollen zukünftig auch weitere Entlohnungsbestandteile wie Erschwerniszuschläge und Zeitzuschläge nach einem für allgemeinverbindlich erklärten bundesweiten Tarifvertrag. Laut der Gesetzesbegründung will der Gesetzgeber damit die Zuständigkeit der Zollverwaltung auf alle Arbeitsbedingungen nach § 5 Satz 1 Nr. 1-4 AEntG n.F. ausweiten und nicht nur auf Mindestentgeltsätze aufgrund von Rechtsverordnungen nach §§ 7, 7a AEntG beschränken. Im Übrigen soll der Zoll zuständig bleiben für die Kontrolle sozialkassenrelevanter und sonstiger Mindesturlaubsbedingungen und der Unterkunftsbedingungen.

b) Auswirkungen auf das Baugewerbe

Bereits heute schon prüft der Zoll im Baugewerbe, ob der Mindestlohn 1 oder 2 an die Arbeitnehmer ausgezahlt wird. Ebenso kontrolliert er, ob die Urlaubskassenbeiträge abgeführt wurden. Hierbei soll es nach dem Willen des Gesetzgebers bleiben. Neu soll hingegen sein, dass auch Unterkunftsregelungen, die ein Arbeitgeber zur Verfügung stellt, bei einer Entsendung geprüft und sanktioniert werden können. Für deutsche Betriebe ergibt sich dies bereits heute schon aus § 5 Nr. 4, § 17 Satz 1 Nr. 3 AEntG a.F..

Der ZDB nimmt zur Kenntnis, dass sich der Zoll nicht mehr nur auf ausgewählte Lohnbestandteile konzentrieren wird, sondern nun auch prüfen soll, ob beispielsweise Zuschläge und Zulagen gezahlt wurden (§ 19 AEntG n.F.). Bereits in der Vergangenheit haben wir darauf hingewiesen, dass der Zoll schon heute mit den vorhandenen Mitteln nicht in der Lage ist unterschiedliche Mindestlöhne im Baugewerbe zu kontrollieren. Die Überprüfung der Einhaltung der unterschiedlichen Zulagen und Zuschläge in Tarifverträgen würde die Zollkontrollen noch mehr erschweren und damit einer effektiven Schwarzarbeitsbekämpfung entgegenstehen. Alleine der Blick in den § 6 des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe (als **Anlage** beigefügt) zeigt, dass dies den Zoll überfordern würde. So wünschenswert eine bessere Kontrolle auch wäre, so ist sie mit den vorhandenen Mitteln des Zolls nicht zu leisten. Müsste der Zoll noch mehr Positionen überprüfen, wäre eine effektive flächendeckende Kontrolle in der Baubranche überhaupt nicht mehr möglich. Dies könnte zu massiven Verwerfungen in unserer Branche führen. Angesichts der massiven Sanktionen, die bei Verstößen drohen - §§ 21 und 23 AEntG – und dem hohen Unsicherheitspotential, dass einigen Zuschlagsregelungen innewohnt (beispielsweise Zuschlag für „besonders gefährliche Abbrucharbeiten“ oder Zuschlag für „Tauchen unter erschwerten Umständen“) – sollte eine Kontrolle der Zuschlagsregelungen durch den Zoll überdacht werden. Der ZDB schlägt daher vor, dass nur einzelne Entgeltbestandteile, denen ein wesentlicher Stellenwert in der Branche zukommt - das sind in der Regel die Mindestentgeltsätze -, durch den Zoll überprüft werden sollen.

Nicht akzeptabel ist es, dass die neuen Kontrollbefugnisse des Zolls – und damit auch die Sanktionen bei festgestellten Verstößen gegen Aufzeichnungspflichten – siehe dazu nachfolgend Ziffer 3. – auch solche tarifvertraglichen Zulagen- und Zuschlagsregelungen erfassen soll, die bereits bei Inkrafttreten der Neuregelung des Arbeitnehmerentsendegesetzes allgemeinverbindlich sind. Während bisher der Verstoß gegen die Vorschriften lediglich zivilrechtlich verfolgt werden konnte durch entsprechende Leistungsklagen bzw. ggfs. nicht korrekter Berechnung und Abführung der Sozialversicherungsbeiträge ein Verstoß gegen § 266a StGB vorlag, würde nun erstmals bereits die Nichteinhaltung der insoweit neu eingeführten Aufzeichnungspflicht sanktioniert werden und könnte für das Bauunternehmen im Extremfall sogar mit einem Ausschluss von öffentlichen Aufträgen geahndet werden. Vor diesem Hintergrund muss den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit eingeräumt werden, die bestehenden Zulagen- und Zuschlagsregelungen zu überarbeiten, um ggfs. bestehende Unklarheiten ausräumen zu können. Von daher sollte durch eine Klarstellung im Gesetzestext sichergestellt werden, dass die neuen Verpflichtungen auch nur tarifliche Regelungen erfasst, die nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung mit Hilfe des Arbeitnehmerentsendegesetzes allgemeinverbindlich werden.

3. Bereithaltungspflichten nach § 19 AEntG

a) Geplante Änderungen

Nach § 19 Abs. 1, 2 n.F. AEntG ist der Arbeitgeber verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Arbeitnehmer und, soweit stundenbezogene Zuschläge zu gewähren sind, unter Angabe des jeweiligen Zuschlags Beginn, Ende und Dauer der Arbeitszeit, die einen Anspruch auf den Zuschlag begründet, aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre aufzubewahren. Gleichzeitig ist jeder Arbeitgeber verpflichtet, die für die Kontrolle von Arbeitsbedingungen, deren Einhaltung nach § 19 AEntG von den Behörden der Zollverwaltung kontrolliert wird, erforderlichen Unterlagen im Inland für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung der Arbeitnehmer in deutscher Sprache bereitzuhalten.

b) Auswirkungen auf das Baugewerbe

Damit sind ausländische Arbeitgeber zukünftig dazu verpflichtet neben den bereits heute für die Entgeltabrechnung erforderlichen Unterlagen wie Arbeitszeitaufzeichnungen, Arbeitsverträge oder Belege über Entgeltzahlungen auch Unterlagen bereit zu halten, um Unterkünfte zu überprüfen, in denen Arbeitnehmer untergebracht sind. Für deutsche Baubetriebe besteht diese Verpflichtung bereits heute schon, so dass es konsequent ist, die Bereithaltungspflichten auch auf ausländische Betriebe zu erstrecken, um die Kontrolle der Unterkünfte zu gewährleisten.

4. Begrenzung der Mindestentgeltsätze

a) Geplante Änderungen

Nach § 5 Nr. 1 AEntG n.F. sollen die Mindestentgeltsätze, die nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differieren und Gegenstand eines bundesweiten Tarifvertrages sein können, insgesamt bis zu drei Stufen umfassen.

b) Auswirkungen auf das Baugewerbe

Eine Festlegung auf drei Mindestentgeltstufen ist aus unserer Sicht nicht notwendig. Bereits heute schon existieren im Baugewerbe zwei Mindestlöhne, die der Zoll aber mit den heutigen Mitteln nicht eindeutig kontrollieren kann.

5. Anwendbarkeit zusätzlicher Arbeitsbedingungen am Arbeitsort nach Ablauf von 12 bzw. 18 Monaten

a) Geplante Änderungen

Nach § 13 b ff AEntG n.F. soll auf Arbeitnehmer, die länger als 12 bzw. 18 Monate nach Deutschland entsandt werden, mit wenigen Ausnahmen alle zwingenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmestaates Anwendung finden. Wird der Arbeitnehmer im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen im Inland beschäftigt, werden zur Berechnung der Beschäftigungsdauer im Inland alle Zeiten berücksichtigt, in denen er im Rahmen dieser Verträge im Inland beschäftigt wird. Laut Gesetzesbegründung ist der Begriff der „Beschäftigung“ weit zu verstehen. Erfasst werden zudem nur arbeitsrechtliche Vorschriften, nicht jedoch z.B. steuer- oder sozialversicherungsrechtliche Regelungen. Für Langzeitinlandsbeschäftigte gelten somit nach Ablauf der 12 bzw. 18 Monate alle nach § 5 TVG allgemeinverbindlichen Tarifverträge unabhängig von ihrer bundesweiten Geltung.

b) Auswirkungen auf das Baugewerbe

Der ZDB hat sich in der Vergangenheit dafür eingesetzt, dass entsandte Betriebe zu denselben Lohnkosten auf deutschen Baustellen tätig werden wie heimische Facharbeiter. Dies wird nach unserer Auffassung durch den vorliegenden Vorschlag gefördert.

6. Ergänzende Vorschläge des ZDB

Der ZDB schlägt vor, die Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auch zum Anlass zu nehmen, das vorhandene Gesetz an zwei Stellen nachzubessern.

a) Erstreckungsmöglichkeit von tariflichen Regelungen zur Kontrolle von Entlohnungsbedingungen

Das AEntG sieht in § 14 die Auftraggeberhaftung vor. Vor diesem Hintergrund besteht einerseits das Bedürfnis der Auftraggeber, sich zu vergewissern, dass die Auftragnehmer ihren Arbeitnehmern das Mindestentgelt gewähren. Angesichts der aufgrund der personellen Kapazitäten nur eingeschränkten Kontrollmöglichkeiten des Zolls besteht auch ein Interesse der Arbeitnehmer daran, dass eine Überprüfung der Mindestentgelte durch den Auftraggeber stattfindet und so der Druck auf die Auftragnehmer hin zu einer gesetzeskonformen Entlohnung erhöht wird. Zu diesem Zweck haben die Bau-Tarifvertragsparteien in den aktuellen § 2 Absatz 7 TV Mindestlohn Bau eine Regelung eingefügt, die dem Auftraggeber eine Entsprechende Kontrolle beispielsweise durch eine Übersendung der Lohnlisten ermöglicht. Die Tarifvertragsparteien greifen dabei auf die Möglichkeiten des Art. 88 Datenschutzgrundverordnung und

des § 26 Bundesdatenschutzgesetz zurück, die eine Einwilligung in die Verarbeitung und Übertragung personenbezogener Daten auch durch kollektivrechtliche Vereinbarungen ermöglichen.

Das Bundesarbeitsministerium sieht jedoch aktuell keine Möglichkeit, diese tarifliche Regelung im Rahmen einer Rechtsverordnung nach dem AEntG zu erstrecken, da derartige tarifliche Regelungen vom Katalog des § 5 AEntG weder in der aktuellen noch in der vorgesehenen neuen Fassung erfasst seien.

Artikel 5 der Entsenderichtlinie führt jedoch aus: *„Die Mitgliedstaaten stellen insbesondere sicher, dass den Arbeitnehmern und/oder den Arbeitnehmervertretern für die Durchsetzung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen geeignete Verfahren zur Verfügung stehen.“* Der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung EuGH, Urteil vom 12. 10. 2004 – C-60/03 zu Artikel 5 der Entsenderichtlinie folgendes ausgeführt: *„Nach Artikel 5 der Richtlinie 96/71 sehen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie vor. Sie stellen insbesondere sicher, dass den Arbeitnehmern und/oder ihren Vertretern für die Durchsetzung der sich aus dieser Richtlinie ergebenden Verpflichtungen geeignete Verfahren zur Verfügung stehen. Zu diesen Verpflichtungen gehört nach Artikel 3 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich Buchstabe c der Richtlinie die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass die Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern die Zahlung des Mindestlohns garantieren. Infolgedessen müssen die Mitgliedstaaten insbesondere dafür sorgen, dass den entsandten Arbeitnehmern geeignete Verfahren zur Verfügung stehen, damit sie den Mindestlohn tatsächlich erhalten. Wie sich aus Artikel 5 der Richtlinie 96/71 ergibt, verfügen die Mitgliedstaaten über ein weites Ermessen bei der Festlegung der Form und der Art und Weise der geeigneten Verfahren im Sinne des zweiten Absatzes dieser Bestimmung“.*

Von daher liefert die Entsende-Richtlinie bereits in ihrer aktuellen Fassung eine Rechtsgrundlage für eine entsprechende Erweiterung des Katalogs des § 5 AEntG. Der ZDB schlägt dazu folgende Gesetzesänderung in § 5 Satz 2 AEntG a.F. vor:

*„Die Arbeitsbedingungen nach Satz 1 Nummer 1 bis 3 umfassen auch Regelungen zur **Kontrolle und** Fälligkeit entsprechender Ansprüche einschließlich hierzu vereinbarter Ausnahmen und deren Voraussetzungen.“*

b) Repräsentativitätsprüfung in § 7 Abs. 2 AEntG

§ 7 Abs. 2 AEntG regelt die Frage, wie mit konkurrierenden Tarifverträgen umzugehen ist. Die Vorschrift stellt Kriterien auf, nach denen die Repräsentativität der Tarifverträge zu ermitteln wäre. Die Regelung ist allerdings unklar gefasst. Schon der Blick in die Kommentarliteratur zeigt, dass sie vielfältig ausgelegt werden kann und ausgelegt wird.

Von daher ist anzuraten, sie klarer zu fassen. Der Gesetzgeber sollte sich für eine der in der Kommentarliteratur genannten Auslegungsmöglichkeit klar entscheiden, da andernfalls die Ergebnisse nicht mehr kalkulierbar wären und dem Zufall überlassen bleiben. Angesichts einer Materie mit derartiger Bisanz, bei der die Anfechtung einer Rechtsverordnung zu erheblichen finanziellen Schäden für die betroffenen Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung führen kann – wie dies beispielhaft die Diskussion um das Sozialkassenverfahrensicherungsgesetz gezeigt hat – ist eine präzisere Formulierung unbedingt erforderlich.

Zentralverband des Deutschen Baugewerbes
Geschäftsbereich Sozial- und Tarifpolitik

Anlage:**Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe i.d.F. vom 28. September 2018****§ 6
Erschwerniszuschläge****1. Anspruchsgrundlage**

Der Arbeitnehmer hat für die Zeit, in der er mit einer der folgenden Arbeiten beschäftigt wird, Anspruch auf den nachstehend jeweils aufgeführten Erschwerniszuschlag, wenn die einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften eingehalten und die nach den Unfallverhütungsvorschriften zu stellenden persönlichen Schutzausrüstungen benutzt werden.

1.1 Arbeiten mit persönlicher Schutzausrüstung je Stunde**1.11 Arbeiten mit Schutzkleidung**

Arbeiten, bei denen ein luftundurchlässiger Einwegschutzanzug getragen wird 0,40 €

Arbeiten, bei denen ein Chemikalienschutzanzug ohne Gesichtsschutz (Form B) oder ein Kontaminationsschutzanzug getragen wird 0,90 €

Arbeiten, bei denen ein Chemikalienschutzanzug mit Gesichts- und Atemschutz (Vollschutzanzug Form C), eine Schutzkleidung gegen Wärmestrahlung oder ein Schallschutzanzug getragen wird 4,10 €

Neben diesem Zuschlag wird ein Zuschlag für Arbeiten mit Atemschutzgeräten nach Nr. 1.12 nicht gezahlt.

1.12 Arbeiten mit Atemschutzgeräten

Arbeiten, bei denen eine filtrierende Halbmaske verwendet wird (keine "Hunde-schnauze") 0,65 €

Arbeiten, bei denen eine Halbmaske mit austauschbarem Filter verwendet wird 1,30 €

Arbeiten, bei denen eine Vollmaske mit austauschbarem Filter verwendet wird 1,80 €

Arbeiten, bei denen ein Frischluft-Druckschlauchgerät verwendet wird 1,30 €

Arbeiten, bei denen ein Frischluft-Saugschlauchgerät, ein Druckluft-Schlauchgerät (Pressluftatmer) oder ein Regenerationsgerät verwendet wird 2,05 €

1.2 Schmutzarbeiten

1.21 Arbeiten, die im Verhältnis zu den für den Gewerbebezweig und das Fach des Arbeiters typischen Arbeiten außergewöhnlich schmutzig sind 0,80 €

1.22 Arbeiten in im Betrieb befindlichen Abort- und Kläranlagen, wenn der Arbeitnehmer mit Schmutzwasser in Berührung kommt 3,70 €

Neben dem Zuschlag nach Nr. 1.22 wird kein weiterer Zuschlag gezahlt.

1.3 Wasserarbeiten

1.31 Arbeiten in Schaftstiefeln 0,35 €

1.32	Arbeiten in Wathosen, Kanallatzhosen	1,70 €
1.33	Arbeiten in Watanzügen oder in Taucheranzügen ohne Helm	4,85 €
1.4	Hohe Arbeiten	
1.41	Herstellung und Beseitigung von Gerüsten; Arbeiten auf Rüstungen, deren Belagfläche weniger als 90 cm breit ist; Richten und Aufstellen von Türmen; Abbrucharbeiten an Schornsteinen; Mitfahren auf dem Betonkübel, an dem Einrichtungen für die Personenaufnahme vorhanden sind, am Kran; Arbeiten von Arbeitskörben aus bei einer Höhe von	
	- mehr als 20 m	1,45 €
	- mehr als 30 m	1,70 €
	- mehr als 50 m	2,00 €
1.42	Der Zuschlag für besonders gefährliche Abbrucharbeiten muss frei vereinbart werden. Er beträgt mindestens	1,70 €
1.5	Heiße Arbeiten	
	Arbeiten in Räumen, in denen eine Temperatur von 40 bis 50 Grad Celsius herrscht,	1,10 €
	jedoch bei einer Temperatur von mehr als 50 Grad Celsius	1,70 €
1.6	Erschütterungsarbeiten	
1.61	Bedienung von handgeführten Bohr- und Schlaghämmern, die vom Hersteller nicht als schwingungsgedämpft gekennzeichnet sind, mit einem Eigengewicht von 13 kg und mehr	1,00 €
1.62	Fahren und Mitfahren auf Baumaschinen einschließlich Anbaugeräten und Fahrzeugen, die vom Hersteller nicht als schwingungsgedämpft gekennzeichnet sind	0,30 €
1.63	Handarbeiten mit den Pistolen der Höchstdruckgeräte von 500 bar und einer Wasserdurchflussmenge von mehr als 30 l/min	1,30 €
1.7	Schacht- und Tunnelarbeiten	
1.71	Unterfangungsarbeiten unter den zu unterfangenden Bauteilen	
	Arbeiten in Schächten, die einen Querschnitt von weniger als 4 qm und mehr als 3,60 m Tiefe haben	0,70 €
	Arbeiten in Tunneln mit einer lichten Höhe von weniger als 2,20 m beim Rohrvortrieb, im Schildvortrieb bis zur Erstellung eines stationären Stütztragewerkes, im Ausbau und in Felstunneln	0,70 €
	Bei einer lichten Höhe von weniger als 1,60 m erhöhen sich die Zuschläge um	1,55 €
	Bei einer lichten Höhe von weniger als 1,20 m erhöhen sich die Zuschläge um	2,40 €
1.72	Kanalarbeiten	
	Arbeiten ohne Maschineneinsatz in offenen Baugruben und unter 1 m Grabenbreite und über 3,60 m Tiefe	1,00 €

Arbeiten in geschlossenen Kanälen	1,05 €
-----------------------------------	--------

1.73 Arbeiten in Bergwerken

Arbeiten in Bergwerken unter Tage	1,00 €
-----------------------------------	--------

Neben diesem Zuschlag wird der Zuschlag für die in Nr. 1.71 genannten Arbeiten nicht gezahlt.

1.8 Druckluftarbeiten

- bis 100 kPA Überdruck	1,70 €
- bis 150 kPA Überdruck	2,45 €
- bis 200 kPA Überdruck	3,90 €
- bis 250 kPA Überdruck	5,75 €
- bis 300 kPA Überdruck	8,50 €
- bis 370 kPA Überdruck	12,05 €

1.9 Taucherarbeiten

Bei einer Tauchtiefe

- bis zu 5 m	18,10 €
- bis zu 10 m	24,15 €
- bis zu 15 m	33,20 €
- bis zu 20 m	48,60 €
- bis zu 25 m	58,80 €
- bis zu 30 m	71,60 €

Bei größeren Tauchtiefen und bei Tauchen unter erschwerten Umständen (Schlick, Moor, starke Strömung und nötigenfalls im Winter) sind entsprechende Zuschläge betrieblich festzusetzen.

Als Tauchzeit gilt die Zeit, während der die Tauchausrüstung geschlossen ist.

2. Fortfall von Erschwerniszuschlägen

2.1 Der Anspruch nach Nrn. 1.11, 1.12 und 1.3 schließt den Anspruch nach Nr. 1.21 aus.

2.2 Für die Arbeitnehmer des Schacht- und Tunnelbaues, Fachwerker, Schlepper (Werker) entfallen die unter Nr. 1.6 und 1.72 vorgesehenen Zuschläge.

Für die Zeit, in der der Werker im Tunnel- oder Stollenbau Pressluftgeräte bedient, erhält er als Zulage den Unterschiedsbetrag zwischen seinem Lohn und dem Lohn der nächsthöheren Lohngruppe im Tunnel- und Stollenbau. Dies gilt nicht für Werker, die in Bergwerken unter Tage beschäftigt werden; diese erhalten abweichend von Nr. 2.2 den Zuschlag für Erschütterungsarbeiten, wenn die Voraussetzungen der Nr. 1.6 vorliegen.

Information für den Ausschuss

BAUINDUSTRIE - Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V.

Unaufgeforderte Stellungnahme 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

Berlin, 08.06.2020

Umsetzung der Entsenderichtlinie – Anhörung am 15.06.2020

Sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

am 15.06.2020 findet die Ausschussanhörung zu dem „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 sowie weitere Anträge“ statt.

Gern möchten wir Sie auf ein für die bauindustriellen Unternehmen sehr dringliches Anliegen aufmerksam machen und um eine sachgerechte Lösung im laufenden Gesetzgebungsverfahren bitten.

Die Behörden der Zollverwaltung sollen - **neu** - künftig auch zu prüfen haben, ob Arbeitgeber die nach allgemeinverbindlichen Tarifverträgen geschuldeten **Zulagen und Zuschläge** zahlen. Im Baugewerbe sind dies beispielsweise die Erschwerniszuschläge nach § 6 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV, **Anlage 1, Auszug**). Um deren Überprüfbarkeit theoretisch zu ermöglichen, sieht der Gesetzgeber erstmals eine an den Arbeitgeber gerichtete **Aufzeichnungspflicht** über Beginn, Ende und Dauer der betreffenden Tätigkeiten und deren anspruchsbegründenden Tatsachen vor (§ 19 Abs. 1 Satz 1 AEntG-E). § 23 AEntG soll sodann um die entsprechende bußgeldrechtliche Formulierung ergänzt werden. Eine „erschwernistätigkeitsnahe“ Aufzeichnungspflicht führte leider künftig zu prozessaufwändigen neuen Dokumentationspflichten, die heute durch betriebliche und pauschalierende Lösungen typischerweise vermieden werden und zur Zufriedenheit im Arbeitsverhältnis führen. Die neu in den Gesetzentwurf aufgenommenen Regelungen zu der Kontrolle von Zulagen und Zuschlägen änderten den rechtlichen Charakter gravierend - **aus Arbeitsrecht würde Strafrecht werden**.

Wir befürchten sehr, dass dies zugleich die **Personalressourcen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit** und der Justiz in einer Weise **binden** könnte, die eine effektive und möglichst flächendeckende Durchsetzung des Mindestlohns und Urlaubskassenverfahrens konterkarieren würde. Denn die Kontrolle einer inhaltlich korrekten Aufzeichnung von Erschwernistatbeständen (vgl. Anlage 1, Seiten

3 bis 5) setze **neu aufzubauende Zollkompetenz** voraus und die **Prüfung** von Zulagen und Zuschlägen wäre **erheblich zeitintensiver als eine Mindestlohnprüfung**.

Die **Tarifvertragsparteien konnten** zum Zeitpunkt der Beantragung der aktuell geltenden Allgemeinverbindlicherklärung (Bundesanzeiger AT 17.05.2019 B2 vom 17.05.2019) des BRTV vom 28.09.2018 (Antrag vom 26.10.2018) die nun intendierten **strafrechtlichen Erweiterungen nicht absehen und diese wurden im 2018 nur redaktionell angepassten Tarifvertragstext nicht berücksichtigt**. Die skizzierten Folgen waren bei dem Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung jedenfalls seitens der Bauindustrie nicht gewollt.

Kurzfristige **Anpassungen im betroffenen BRTV** sind wegen der tarifpolitischen Vorgänge und des zeitaufwändigen Verfahrens einer Allgemeinverbindlicherklärung **nicht realisierbar**. Eine ordentliche Kündigung des BRTV wäre nur mit einer Frist von sechs Monaten jeweils zum 31.12. möglich (vgl. auch Anlage 1, Seite 1), eine außerordentliche Kündigung brächte - ungewollt - auch das entsenderechtliche Urlaubskassenverfahren zu Fall.

Die revidierte Entsenderichtlinie macht jedoch keine Vorgaben hinsichtlich einer primär zivilrechtlichen (Arbeitsrecht) oder strafrechtlichen (Ordnungswidrigkeit) Durchsetzung neuer Entlohnungsbestandteile, so dass die noch im Referentenentwurf vorgeschlagene Umsetzung ohne Transformation ins Strafrecht juristisch möglich und auch sinnvoll ist.

Wir möchten Sie daher dringend darum bitten, insoweit entweder die Systematik des Referentenentwurfs zu übernehmen oder **zumindest die strafrechtliche Wirkung** betreffend Zulagen und Zuschläge nicht für alte - also vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bereits geltende - allgemeinverbindliche Tarifverträge vorzusehen. Eine Geltung **erst für kommende**, nach Inkrafttreten erfolgende **Allgemeinverbindlicherklärungen** würde es uns und unseren Sozialpartnern ermöglichen, über die Ausgestaltung der Regelungen im Lichte von neuen Aufzeichnungspflichten und Bußgeldtabeständen zu verhandeln und auf die neue Situation zugeschnittene Tarifnormen zu vereinbaren.

Unsere ausführliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf vom 12.02.2020 fügen wir bei (**Anlage 2**).

Für Rückfragen oder ein persönliches Gespräch stehen wir selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



RA Stefan Brettschneider
Tarif- und Sozialpolitik, Fachkräfte

Anlagen



Bundesministerium für Arbeit und Soziales

Bekanntmachung über die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV)

Vom 7. Mai 2019

Auf Grund des § 5 Absatz 1 in Verbindung mit den Absätzen 2 und 7 des Tarifvertragsgesetzes, dessen Absatz 1 und Absatz 7 durch Artikel 5 Nummer 1 Buchstabe a und d des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist, wird auf gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien und im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) vom 28. September 2018

– kündbar mit Frist von 6 Monaten jeweils zum 31. Dezember –

abgeschlossen zwischen der Industriegewerkschaft Bauen – Agrar – Umwelt, Bundesvorstand, Olof-Palme-Straße 19, 60439 Frankfurt am Main, einerseits, sowie dem Zentralverband des Deutschen Baugewerbes e. V., Kronenstraße 55 – 58, 10117 Berlin, und dem Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e. V., Kurfürstenstraße 129, 10785 Berlin, andererseits,

mit Wirkung vom 1. Januar 2019

mit den unten näher bezeichneten Einschränkungen und dem dort aufgeführten Hinweis für allgemeinverbindlich erklärt.

Geltungsbereich des Tarifvertrags:

räumlich: das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland;

betrieblich: der betriebliche Geltungsbereich ist in der Anlage abgedruckt (§ 1 Absatz 2 des Tarifvertrags);

persönlich: Gewerbliche Arbeitnehmer (Arbeiter), die eine nach den Vorschriften des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Rentenversicherung – (SGB VI) versicherungspflichtige Tätigkeit ausüben.

Die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags ergeht mit folgenden Einschränkungen und Hinweis:

1. Einschränkung der Allgemeinverbindlicherklärung auf Antrag

Die Allgemeinverbindlicherklärung wird gemäß den Maßgaben in der Bekanntmachung über die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags für das Baugewerbe (VTV) vom 7. Mai 2019 (BAnz AT 17.05.2019 B1) eingeschränkt.

2. Weitere Einschränkungen der Allgemeinverbindlicherklärung

Soweit Bestimmungen des Tarifvertrags auf Bestimmungen anderer Tarifverträge verweisen, erfasst die Allgemeinverbindlicherklärung die verweisenden Bestimmungen nur, wenn und soweit die in Bezug genommenen tariflichen Regelungen ihrerseits für allgemeinverbindlich erklärt sind.

3. Die Allgemeinverbindlicherklärung ergeht mit dem Hinweis

§ 8 Nummer 16 des Tarifvertrags schließt nicht die Möglichkeit aus, gegebenenfalls gemäß der Verordnung (EU) Nummer 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen in einem anderen Staat Klage zu erheben.

Der Tarifvertrag ist in der Anlage abgedruckt.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer, für die der Tarifvertrag infolge der Allgemeinverbindlicherklärung verbindlich ist, können von einer der Tarifvertragsparteien eine Abschrift des Tarifvertrags gegen Erstattung der Selbstkosten (Papier- und Vervielfältigungs- oder Druckkosten sowie das Übersendungsporto) verlangen.

Berlin, den 7. Mai 2019

IIIa 6 - 31241 - Ü - 14 b/78

Der Bundesminister
für Arbeit und Soziales

Hubertus Heil



**Rechtsnormen
des Bundesrahmentarifvertrags für das Baugewerbe (BRTV)
vom 28. September 2018**

Inhaltsverzeichnis

- § 1 Geltungsbereich
- § 2 Einstellungsbedingungen
- § 3 Arbeitszeit
- § 4 Arbeitsversäumnis und Arbeitsausfall
- § 5 Lohn
- § 6 Erschwerniszuschläge
- § 7 Fahrtkostenabgeltung, Verpflegungszuschuss und Unterkunft
- § 8 Urlaub
- § 9 Freistellung zu Arbeitsgemeinschaften
- § 10 Sterbegeld
- § 11 Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- § 12 Zutritt zu den Unterkünften
- § 13 Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz
- § 14 Ausschlussfristen
- § 15 Besondere Lohn- und Arbeitsbedingungen für Spezialgewerbebezüge
- § 16 Durchführung des Vertrags
- § 17 Inkrafttreten und Laufdauer

[...]



[...]

§ 6

Erschwerniszuschläge

1 Anspruchsgrundlage

Der Arbeitnehmer hat für die Zeit, in der er mit einer der folgenden Arbeiten beschäftigt wird, Anspruch auf den nachstehend jeweils aufgeführten Erschwerniszuschlag, wenn die einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften eingehalten und die nach den Unfallverhütungsvorschriften zu stellenden persönlichen Schutzausrüstungen benutzt werden.

	je Stunde
1.1 Arbeiten mit persönlicher Schutzausrüstung	
1.1.1 Arbeiten mit Schutzkleidung	
Arbeiten, bei denen ein luftundurchlässiger Einwegschutzanzug getragen wird	0,40 €
Arbeiten, bei denen ein Chemikalienschutzanzug ohne Gesichtsschutz (Form B) oder ein Kontaminationschutzanzug getragen wird	0,90 €
Arbeiten, bei denen ein Chemikalienschutzanzug mit Gesichts- und Atemschutz (Vollschutzanzug Form C), eine Schutzkleidung gegen Wärmestrahlung oder ein Schallschutzanzug getragen wird	4,10 €

Neben diesem Zuschlag wird ein Zuschlag für Arbeiten mit Atemschutzgeräten nach Nummer 1.1.2 nicht gezahlt.



1.1.2 Arbeiten mit Atemschutzgeräten	
Arbeiten, bei denen eine filtrierende Halbmaske verwendet wird (keine „Hundeschnauze“)	0,65 €
Arbeiten, bei denen eine Halbmaske mit austauschbarem Filter verwendet wird	1,30 €
Arbeiten, bei denen eine Vollmaske mit austauschbarem Filter verwendet wird	1,80 €
Arbeiten, bei denen ein Frischluft-Druckschlauchgerät verwendet wird	1,30 €
Arbeiten, bei denen ein Frischluft-Saugschlauchgerät, ein Druckluft-Schlauchgerät (Pressluftatmer) oder ein Regenerationsgerät verwendet wird	2,05 €
1.2 Schmutzarbeiten	
1.2.1 Arbeiten, die im Verhältnis zu den für den Gewerbebezweig und das Fach des Arbeiters typischen Arbeiten außergewöhnlich schmutzig sind	0,80 €
1.2.2 Arbeiten in im Betrieb befindlichen Abort- und Kläranlagen, wenn der Arbeitnehmer mit Schmutzwasser in Berührung kommt	3,70 €
Neben dem Zuschlag nach Nummer 1.2.2 wird kein weiterer Zuschlag gezahlt.	
1.3 Wasserarbeiten	
1.3.1 Arbeiten in Schaffstiefeln	0,35 €
1.3.2 Arbeiten in Wathosen, Kanallatzhosen	1,70 €
1.3.3 Arbeiten in Watanzügen oder in Taucheranzügen ohne Helm	4,85 €
1.4 Hohe Arbeiten	
1.4.1 Herstellung und Beseitigung von Gerüsten; Arbeiten auf Rüstungen, deren Belagfläche weniger als 90 cm breit ist; Richten und Aufstellen von Türmen; Abbrucharbeiten an Schornsteinen; Mitfahren auf dem Betonkübel, an dem Einrichtungen für die Personenaufnahme vorhanden sind, am Kran; Arbeiten von Arbeitskörben aus bei einer Höhe von	
– mehr als 20 m	1,45 €
– mehr als 30 m	1,70 €
– mehr als 50 m	2,00 €
1.4.2 Der Zuschlag für besonders gefährliche Abbrucharbeiten muss frei vereinbart werden.	
Er beträgt mindestens	1,70 €
1.5 Heiße Arbeiten	
Arbeiten in Räumen, in denen eine Temperatur von 40 bis 50 Grad Celsius herrscht,	1,10 €
jedoch bei einer Temperatur von mehr als 50 Grad Celsius	1,70 €
1.6 Erschütterungsarbeiten	
1.6.1 Bedienung von handgeführten Bohr- und Schlaghämmern, die vom Hersteller nicht als schwingungsgedämpft gekennzeichnet sind, mit einem Eigengewicht von 13 kg und mehr	1,00 €
1.6.2 Fahren und Mitfahren auf Baumaschinen einschließlich Anbaugeräten und Fahrzeugen, die vom Hersteller nicht als schwingungsgedämpft gekennzeichnet sind	0,30 €
1.6.3 Handarbeiten mit den Pistolen der Höchstdruckgeräte von 500 bar und einer Wasserdurchflussmenge von mehr als 30 l/min	1,30 €
1.7 Schacht- und Tunnelarbeiten	
1.7.1 Unterfangungsarbeiten unter den zu unterfangenden Bauteilen	
Arbeiten in Schächten, die einen Querschnitt von weniger als 4 qm und mehr als 3,60 m Tiefe haben	0,70 €
Arbeiten in Tunneln mit einer lichten Höhe von weniger als 2,20 m beim Rohrvortrieb, im Schildvortrieb bis zur Erstellung eines stationären Stütztragewerks, im Ausbau und in Felstunneln	0,70 €
Bei einer lichten Höhe von weniger als 1,60 m erhöhen sich die Zuschläge um	1,55 €
Bei einer lichten Höhe von weniger als 1,20 m erhöhen sich die Zuschläge um	2,40 €
1.7.2 Kanalarbeiten	
Arbeiten ohne Maschineneinsatz in offenen Baugruben und unter 1 m Grabenbreite und über 3,60 m Tiefe	1,00 €
Arbeiten in geschlossenen Kanälen	1,05 €
1.7.3 Arbeiten in Bergwerken	
Arbeiten in Bergwerken unter Tage	1,00 €
Neben diesem Zuschlag wird der Zuschlag für die in Nummer 1.7.1 genannten Arbeiten nicht gezahlt.	
1.8 Druckluftarbeiten	
– bis 100 kPA Überdruck	1,70 €
– bis 150 kPA Überdruck	2,45 €
– bis 200 kPA Überdruck	3,90 €



– bis 250 kPA Überdruck	5,75 €
– bis 300 kPA Überdruck	8,50 €
– bis 370 kPA Überdruck	12,05 €

1.9 Taucherarbeiten

Bei einer Tauchtiefe

– bis zu 5 m	18,10 €
– bis zu 10 m	24,15 €
– bis zu 15 m	33,20 €
– bis zu 20 m	48,60 €
– bis zu 25 m	58,80 €
– bis zu 30 m	71,60 €

Bei größeren Tauchtiefen und bei Tauchen unter erschwerten Umständen (Schlick, Moor, starke Strömung und nötigenfalls im Winter) sind entsprechende Zuschläge betrieblich festzusetzen.

Als Tauchzeit gilt die Zeit, während der die Tauchausrüstung geschlossen ist.

2 Fortfall von Erschwerniszuschlägen

2.1 Der Anspruch nach den Nummern 1.1.1, 1.1.2 und 1.3 schließt den Anspruch nach Nummer 1.2.1 aus.

2.2 Für die Arbeitnehmer des Schacht- und Tunnelbaus, Fachwerker, Schlepper (Werker) entfallen die in den Nummern 1.6 und 1.7.2 vorgesehenen Zuschläge.

Für die Zeit, in der der Werker im Tunnel- oder Stollenbau Pressluftgeräte bedient, erhält er als Zulage den Unterschiedsbetrag zwischen seinem Lohn und dem Lohn der nächsthöheren Lohngruppe im Tunnel- und Stollenbau. Dies gilt nicht für Werker, die in Bergwerken unter Tage beschäftigt werden; diese erhalten abweichend von Nummer 2.2 den Zuschlag für Erschütterungsarbeiten, wenn die Voraussetzungen der Nummer 1.6 vorliegen.

3 Einschaltung der Tarifvertragsparteien bei Meinungsverschiedenheiten

Bei Meinungsverschiedenheiten über die Anspruchsberechtigung auf Erschwerniszuschläge können die bezirklichen Organisationsvertreter der Tarifvertragsparteien zur Klärung hinzugezogen werden.

[...]



Stellungnahme

zu dem 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

Der am 12. Februar 2020 vorgelegte Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der revidierten Entsende-Richtlinie (AEntG-E) verschärft die Regelungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) entsprechend der Vorgaben des europäischen Gesetzgebers. Der Gesetzesentwurf ist in weiten Teilen ausgewogen, enthält jedoch gegenüber dem Referentenentwurf eine aus bauindustrieller Sicht hochproblematische Regelung.

Der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie repräsentiert mit seinen 10 Landesverbänden und 6 Fachverbänden ca. 2.000 große und mittelständische Bauunternehmen, die überwiegend im Bauhauptgewerbe tätig sind. Alle Unternehmen des Bauhauptgewerbes erwirtschaften einen Umsatz von 114 Mrd. Euro und beschäftigen 812.000 Mitarbeiter.

Der Binnenmarkt ist eine der wichtigsten Errungenschaften der europäischen Integration und eine tragende Säule der Europäischen Union. Der freie Verkehr von Personen, Waren, Dienstleistungen und Kapital – die vier Grundfreiheiten der Europäischen Union – bilden das Fundament für erfolgreiches Wirtschaften im größten Binnenmarkt der Welt. Es ist daher unerlässlich, praktikable Regelungen für einen möglichst reibungslosen länderübergreifenden Austausch von Dienstleistungen zu schaffen, ohne dabei den Ausgleich zwischen einem fairen Wettbewerb und Arbeitnehmerschutzinteressen aus den Augen zu verlieren.

Zu den Änderungen im Einzelnen:

1. § 2 AEntG-E – Allgemeine Arbeitsbedingungen / § 5 AEntG-E – Arbeitsbedingungen

§ 2 AEntG-E beinhaltet einen Katalog an in Rechts- und Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über Arbeitsbedingungen, die auch von Arbeitgebern, die im Ausland ansässig sind, beachtet werden müssen, wenn Arbeitnehmer entsandt und im Inland beschäftigt werden. § 5 AEntG-E, der die durch Tarifvertrag regelbaren Punkte benennt, nimmt darauf Bezug. Der bisherige Begriff der „Mindestentgeltsätze“ in § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEntG wird erweitert auf den Terminus „Entlohnung“. Eine nähere Definition dazu findet sich in § 2a AEntG-E. Der nicht abschließende Katalog zählt beispielhaft die Grundvergütung sowie Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen einschließlich Überstundensätze auf. Neu erfasst nach dem AEntG-E werden damit künftig die im Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) geregelten Nachtarbeitszuschläge (§ 3 Nr. 5.2 i.V.m. § 3 Nr. 6 BRTV), Sonn- und Feiertagszuschläge (§ 3 Nr. 5.3 i.V.m. § 3 Nr. 6 BRTV) sowie Erschwerniszuschläge (§ 6 BRTV).

§ 2 Abs. 1 Nr. 5 AEntG-E stellt klar, dass Arbeitgeber die Anforderungen erfüllen müssen, die für vom Arbeitgeber gestellte Unterkünfte gelten. Wie § 7 Nr. 4.2 Satz 2 BRTV deklaratorisch bereits benennt, ist dabei die Arbeitsstättenverordnung zu beachten.

In dem neu eingefügten § 2 Abs. 1 Nr. 8 AEntG-E werden ferner erstmals „Zulagen oder die Kostenerstattung zur Deckung der Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten“ benannt. Im BRTV sind davon die Fahrtkostenabgeltung (§ 7 Nr. 3.1 BRTV), die Kosten der An- und Abreise (§ 7 Nr. 4.3 BRTV), die Kosten der Wochenendheimfahrten (§ 7 Nr. 4.4 BRTV) und der Verpflegungszuschuss (§ 7 Nr. 3.2, Nr. 4.2 BRTV) betroffen.

Dabei gilt grundsätzlich das Recht des Herkunftsstaates, ergänzt um die Vorschriften des Aufnahmestaates (§ 2 Abs. Nr. 8 AEntG-E). Es gilt das Günstigkeitsprinzip. Für die Einschlägigkeit der Regelungen ist keine Auswärtsübernachtung des Arbeitnehmers erforderlich. Es genügt, wenn dieser sich aus beruflichen Gründen an einen anderen Ort als seinen Wohnort begibt.

§ 2 Abs. 3 AEntG-E führt dazu weiter aus, dass für die Reisekosten ein Inlandsbezug gegeben sein muss. Die vorliegende Formulierung enthält – insbesondere in Zusammenschau mit der Begründung – aus unserer Sicht keine ausreichende Rechtssicherheit. Auch unter Berücksichtigung der Erläuterungen wird nicht hinreichend deutlich, ob tatsächlich nur im Inland anfallende Kosten („ab Grenzübertritt“) oder die Gesamtkosten für An- und Abreisen/Wochenendheimfahrten gemeint sind. Verkürzt besagt § 2 Abs. 3 Nr. 1 AEntG-E, dass die Kosten vom Arbeitgeber mit Sitz im Ausland für seinen Arbeitnehmer übernommen werden müssen, die entstehen, wenn er „zu oder von seinem regelmäßigen Arbeitsort im Inland reisen muss“. Dies klingt zunächst wie ein Fall der klassischen An- und Abreise (§ 7 Nr. 4.3 BRTV). Nicht ersichtlich ist hier, ob dabei nur die Kosten der Inlandsstrecke ab Grenzübertritt oder die gesamte Wegstrecke (nach den Inlandskonditionen, dem Günstigkeitsprinzip oder geteilt nach dem jeweiligen nationalen Recht?) gemeint sind. Zieht man die Begründung heran, so heißt es auf S. 26 „In diesen Fällen sind alle dienstlichen Reisen innerhalb Deutschlands erfasst“. Dies könnte für einen reinen Inlandsbezug ab Grenzübertritt sprechen. Der Gesetzgeber sollte den Gesetzestext präzise formulieren und keine rechtlichen Unklarheiten zulassen. Eine gesetzgeberische Klarstellung ist aus unserer Sicht dringend geboten. Die damit einhergehenden Fragestellungen sind für unsere Unternehmen aus Gründen der Rechtssicherheit und auch aus kalkulatorischer Sicht von Bedeutung.

2. § 5 Nr. 1 AEntG-E – Arbeitsbedingungen

§ 5 Nr. 1 AEntG-E sieht vor, dass tarifvertraglich festgelegte Mindestentgeltsätze nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Regionen differieren können, wobei die Differenzierung nach Art der Tätigkeit und Qualifikation insgesamt bis zu drei Stufen umfassen kann.

Mit Blick auf die bisher geübte Praxis, nicht mehr als zwei Mindestlöhne für allgemeinverbindlich zu erklären, sprechen wir uns klar gegen eine Differenzierung auf insgesamt bis zu drei Stufen (§ 5 Nr. 1 AEntG-E) aus. Bisher ist anerkannt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung „ganzer Lohngründer“ nicht möglich sein soll. Die in der Begründung als „Begrenzung“ dargestellte Möglichkeit dreier Lohnstufen verkennt, dass in der Praxis bislang bis zu zwei Lohnstufen üblich sind. Bereits heute ist für die Behörden der Zollverwaltung eine Kontrolle von zwei Mindestlöhnen kaum nachhaltig leistbar.

3. § 19 AEntG-E – Erstellen und Bereithalten von Dokumenten / § 23 AEntG-E – Bußgeldvorschriften

Die Behörden der Zollverwaltung sollen – neu – künftig auch prüfen dürfen, ob Arbeitgeber die nach allgemeinverbindlichen Tarifverträgen geschuldeten Zulagen und Zuschläge gezahlt haben. Im Baugewerbe sind dies beispielsweise die Erschwerniszuschläge nach § 6 BRTV. Um deren Überprüfbarkeit gewährleisten zu können, sieht der Gesetzgeber darüber hinaus eine an den Arbeitgeber gerichtete Aufzeichnungspflicht über Beginn, Ende und Dauer der betreffenden Tätigkeiten und deren anspruchsbegründenden Tatsachen erstmals vor (§ 19 Abs. 1 Satz 1 AEntG-E). § 23 AEntG wird sodann um die entsprechende bußgeldrechtliche Formulierung ergänzt.

Ohne Not hat die Bundesregierung hier ihre Linie des Referentenentwurfs aufgegeben und in der Praxis kaum gerecht kontrollierbare Verschärfungen vorgenommen. Die revidierte Entsenderichtlinie macht keine Vorgaben hinsichtlich der Prüfdichte der nach der Entsenderichtlinie beschlossenen neuen Entlohnungsbestandteile. Während die ursprüngliche Fassung im Rahmen des europarechtlichen Umsetzungsbedarfs mit Augenmaß konzipiert war, nimmt der nun im Kabinett beschlossene Gesetzentwurf ein „Goldplating“ vor. Dieses wird Personalressourcen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) und der Justiz in einer Weise binden, dass eine effektive Durchsetzung nahezu unmöglich wird! Für eine Gleichbehandlung aller Arbeitgeber kann die dafür erforderliche Breitenwirkung nicht erreicht werden. Die Gesetzesbegründung selbst führt auf Seite 18 die „komplexe Prüftiefe“ und den „entsprechenden zeitlichen Mehraufwand“ an. Schon heute werden seitens des Zolls Schwierigkeiten bei der Prüfung von zwei Mindestlöhnen im Baugewerbe vorgetragen – das Hinzutreten weiterer komplexer Sachverhalte ist für das Ziel einer ernsthaften und effektiven Schwarzarbeitsbekämpfung eine totale Fehlentwicklung. Statt die echten schwarzen Schafe und illegalen Praktiken konsequent zu verfolgen und aufzudecken, wird sich die FKS künftig im Klein-Klein ihrer Prüfungen verlieren. Abgesehen davon wird sich kurz- bis mittelfristig der auf Seite 17 ausgewiesene, wohl äußerst knapp bemessene, Personalmehrbedarf von 939 Arbeitskräften in absehbarer Zeit nicht aufbauen lassen. Alle neu in das AEntG aufzunehmenden Mindestarbeitsbedingungen unterliegen auch ohne die Einbindung in die Befugnisse der FKS einer arbeitsgerichtlichen Durchsetzbarkeit, sind also keineswegs wirkungslos.

Der Gesetzentwurf geht in der Analyse des Erfüllungsaufwands für die Wirtschaft von einer Mehrbelastung von täglich zwei Minuten pro Arbeitnehmer aus, da das Aufzeichnen der Daten einfacher sei als das Ausfüllen eines Formulars und lediglich rund zehn Prozent der Arbeitnehmer entsprechende Zuschlagsansprüche haben (Seite 21). Zudem betont der Gesetzgeber, dass Arbeitgeber mit Sitz im Inland bereits heute jene Zeiten, in denen Erschwerniszuschläge zu zahlen seien, für die Lohnabrechnung erfassen müssen (Seite 20) und insofern die Aufzeichnungsobliegenheiten nicht neu seien. Er verkennt dabei jedoch, dass es sehr wohl einen großen Unterschied zwischen einer arbeitsrechtlich möglicherweise sinnvollen Notwendigkeit und einer bußgeldbewehrten flächendeckenden Verpflichtung gibt.

Die Tarifvertragsparteien konnten die zum Zeitpunkt der Beantragung der aktuell geltenden Allgemeinverbindlicherklärung des hier relevanten BRTV die nun intendierten strafrechtlichen Folgen einer veränderten Gesetzeslage nicht absehen. Eine Bewertung konnte zum damaligen Zeitpunkt nicht vorgenommen und in die Entscheidung über den Tarifabschluss und Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung nicht einbezogen werden. Ganz sicher sind die nun im Raum stehenden Konsequenzen arbeitgeberseitig zu keinem Zeitpunkt gewollt worden. Der auf Wunsch der Tarifvertragsparteien gestellte Antrag darf durch eine geänderte Gesetzeslage nicht zu deren Lasten wirken. Sollten in diesem Punkt keine Änderungen erfolgen könnten sich die Arbeitgeber

gezwungen sehen, den BRTV außerordentlich zu kündigen. Das hätte voraussichtlich eine Lücke beim europarechtlich bewährten Urlaubskassenverfahren zur Folge.

Wir fordern die Politik daher nachdrücklich auf, zu der Fassung des Referentenentwurfs zurückzukehren und auf eine Kontrolle von Zulagen und Zuschlägen durch die Behörden der Zollverwaltung sowie eine darauf gerichtete Aufzeichnungspflicht zu verzichten, mindestens jedoch eine Geltung der neuen Regelungen erst ab dem ersten Inkrafttreten einer neuen Allgemeinverbindlicherklärung vorzusehen. Nur so könnten sich Sozialpartner ggf. bewusst dafür entscheiden, bisher rein arbeitsrechtlich geltende Zulagen und Zuschläge auch als strafrechtlich (d.h. als Ordnungswidrigkeit mit möglichen Zollkontrollen) relevant zu erklären.

4. § 24 AEntG-E - Sonderregeln

§ 24 Abs. 1 AEntG-E sieht für Erstmontage- oder Einbauarbeiten, die Bestandteil eines Liefervertrages sind, eine Ausnahme von den Regelungen des AEntG vor, wenn die Dauer der Beschäftigung acht Tage innerhalb eines Kalenderjahres nicht übersteigt. Für die in § 24 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 AEntG-E benannten Fälle von klassischen Dienstreisen soll eine Dauer von ununterbrochenen 14 Tagen bzw. nicht mehr als 30 Tagen innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Monaten maßgeblich sein. Diese zeitlichen Begrenzungen der Sonderregeln in § 24 AEntG-E sind gegriffen und lassen keinen Sachgrund erkennen. Eine rechtliche Grundlage in der Entsenderichtlinie findet sich ebenfalls nicht.

5. § 25 AEntG-E – Übergangsbestimmungen für Langzeitentsendungen

§ 25 i.V.m. § 13b Abs. 1 AEntG-E sieht im Falle einer Langzeitentsendung vor, dass Beschäftigungszeiten vor dem 20.07.2020 bei der Ermittlung der Langzeitdauer mitzählen sollen. Dies halten wir für problematisch, da insbesondere für Arbeitnehmer, die bereits zu einem Zeitpunkt entsandt waren, an dem die neue Gesetzeslage noch nicht absehbar feststand (z.B. zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Referentenentwurfs), sehr viel schneller unter die Definition der Langzeitentsendung fallen als dies kalkulatorisch von den Unternehmen und den Auftraggebern vorhergesehen werden konnte. Aus Gründen der Planungssicherheit sprechen wir uns daher für einen Stichtag mit Inkrafttreten der neuen Regelungen aus.

Stand: 24.03.2020

Information für den Ausschuss

Zentralverband des Deutschen Handwerks e.V.

Unaufgeforderte Stellungnahme 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

Stellungnahme

zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen

Berlin, 3. Juni 2020
Abteilung Arbeitsmarkt, Tarifpolitik und Arbeitsrecht

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen

A. Einleitung

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat am 20. Mai 2020 den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juli 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vorgelegt.

Der Gesetzentwurf dient der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 (Änderungsrichtlinie) in nationales Recht. Ziel ist es, das mit der Änderungsrichtlinie angestrebte Gleichgewicht zwischen der unionsrechtlich geschützten Dienstleistungsfreiheit und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen einerseits und dem Schutz der Rechte der im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit von ihrem Arbeitgeber grenzüberschreitend entsandten Arbeitnehmern andererseits neu auszubalancieren.

Diese Zielsetzung wird mit dem vorliegenden Gesetzentwurf des BMAS aus Sicht des Handwerks erfolgreich umgesetzt. Den Maßgaben der Änderungsrichtlinie folgend, beinhaltet der Entwurf zahlreiche Vorschriften, die eine möglichst zeitnahe Übernahme der in Deutschland zwingend geltenden allgemeinen Arbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer vorsehen, wobei unbeachtlich ist, ob es sich um Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder um Regelungen auf der Grundlage allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge handelt. Dies stellt jedenfalls auf arbeitsrechtlicher Ebene eine weitgehende Wettbewerbsgleichheit zwischen den

inländischen Handwerksbetrieben und den entsendenden Betrieben aus den europäischen Mitgliedstaaten her und verhindert ein Unterlaufen zwingender nationaler Bestimmungen.

Zu berücksichtigen ist dabei allerdings auch, dass die Umsetzung der Änderungsrichtlinie nicht dazu genutzt werden darf, die Dienstleistungsfreiheit und die Entsendung von Arbeitnehmern aus EU-Mitgliedstaaten unverhältnismäßig zu erschweren. Die Kooperation mit ausländischen Subunternehmen ist für viele Handwerksbetriebe ein wichtiges Mittel, um den hiesigen Fachkräftemangel entgegenzuwirken.

B. Zu den Vorschlägen im Einzelnen

Zum BMAS-Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (AEntG-E) nimmt das Handwerk wie folgt Stellung:

I. Einrichtung einer „einzigen offiziellen nationalen Website“ ist begrüßenswert

Positiv sieht das Handwerk die vom BMAS in der Begründung des Gesetzentwurfs in Aussicht gestellte Einrichtung einer „einzigen offiziellen nationalen Website im Sinne von Artikel 5 Richtlinie 2014/67/EU“. Auf dieser sollen die nach § 2 AEntG-E einzuhaltenden Arbeitsbedingungen dargestellt werden. Es ist zu hoffen, dass damit an zentraler Stelle alle national verbindlich geltenden Beschäftigungsbedingungen in

transparenter und rechtsverbindlicher Weise dargestellt und eine individuelle Berechnung der Entlohnung unter Einschluss der jeweiligen national verbindlichen Entgeltbestandteile ermöglicht wird. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund bedeutsam, dass in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedliche Lohnbestandteile geleistet und diese miteinander verglichen werden müssen.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, warum die auf der Website aufgeführten Arbeitsbedingungen lediglich dem europäischen Dreisprachenregime entsprechend in deutscher, englischer und französischer Sprache zur Verfügung stehen sollen. Dabei wird nicht hinreichend bedacht, dass das Gros der entsandten Arbeitnehmer aus den osteuropäischen Mitgliedstaaten stammt.

Um einem Unterlaufen der in Deutschland geltenden komplexen Mindestarbeitsbedingungen zumindest vorzubeugen, sollten daher auf der Website ebenso Übersetzungen aus den in diesen Mitgliedstaaten gebräuchlichen Sprachen angeboten und die einzelnen rechtlichen Begrifflichkeiten näher erläutert werden. Schon allein durch die in § 2 Nr. 1 AEntG-E vorgesehene Ersetzung des Begriffs „Mindestentgeltsätze“ durch „Entlohnung“ drohen erhebliche Rechtsunsicherheiten für die entsendenden Betriebe. Welche Bestandteile den sehr weiten Begriff der „Entlohnung“ ausmachen, erschließt sich für die Entsendebetriebe oftmals nicht, da dieser Terminus den unterschiedlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten der einzelnen Mitgliedstaaten unterliegt und zudem sehr komplex ist. Gleiches gilt für die zahlreichen Zulagen und Zuschläge, deren Gewährung teilweise von sehr komplexen, und zuweilen auch für inländische Arbeitgeber erläuterungsbedürftigen Voraussetzungen abhängt.

Sind den entsendenden Betrieben die zwingenden Arbeitsbedingungen in Deutschland bekannt und verständlich gemacht, könnte das Ziel der Änderungsrichtlinie, gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen Unternehmen des Aufnahmesstaates und denen des Entsendestaates zu garantieren, schneller erreicht werden. Es könnten zudem zu weniger Fehlerquellen beim Einsatz entsandter Arbeitnehmer entstehen und somit auch der Prüf- und Arbeitsaufwand der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) reduziert werden.

II. Übergangsregelungen sorgen für schnelle Umsetzung gleicher Arbeitsbedingungen

Die Übergangsbestimmungen für Langzeitentsendungen gemäß § 25 AEntG-E sind im Grundsatz zu begrüßen. Die Regelung des § 25 AEntG-E sieht vor, dass die nach § 13b Abs. 1 AEntG-E vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen frühestens ab dem Inkrafttreten des neuen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes zum 30. Juli 2020 Anwendung finden. Dabei sollen für die Berechnung der Beschäftigungsdauer nach § 13c Abs. 1 AEntG-E die Zeiten der Beschäftigung im Inland, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes absolviert wurden, mitgezählt werden (vgl. § 25 S. 2 AEntG-E).

Dies hat zur Folge, dass für entsandte Arbeitnehmer, die sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes bereits mehr als 18 Monate zur Dienstleistungserbringung in Deutschland aufgehalten haben, sofort die hiesigen zwingenden Arbeitsbedingungen zu gewähren sind. Das ist begrüßenswert, da auf diese Weise Wettbewerbsverzerrungen zwischen Entsendebetrieben und deutschen Handwerksbetrieben verhindert werden.

Zu bedenken ist allerdings, dass die Anrechnungsvorschrift des § 25 S. 2 AEntG-E über die Vorgaben der Änderungsrichtlinie hinausgeht und zudem eine unzulässige Rückwirkung des Gesetzes bewirkt. Vor allem Handwerksunternehmen, die als Generalunternehmer agieren, laufen Gefahr, dass ausländische Subunternehmen ihre entsandten Arbeitnehmer aufgrund des Erreichens der Höchstbeschäftigungsdauer aus Deutschland abziehen, weil sie das plötzlich eintretende und nicht vorhersehbare Kostenrisiko nicht tragen wollen. Für die Generalunternehmer bedeutet dies, dass sie ihre Aufträge nicht mehr in der vereinbarten Form, d. h. nicht mehr auf Grundlage der verabredeten Kalkulationsgrundlage und auch nicht mehr in der vorgesehenen Zeit, durchführen können. Dass der Generalunternehmer in der Kürze der verbleibenden Zeit adäquaten Ersatz für den Ausfall der entsandten Arbeitnehmer des Subunternehmens findet, ist nahezu ausgeschlossen, zumal auch der Austausch (Rotation) entsandter Arbeitnehmer seitens des Subunternehmens nicht möglich ist (vgl. dazu § 13c Abs. 7 AEntG-E). Hier sind Schadensersatzforderungen der Bauträger gegenüber dem Generalunternehmer wegen Bauverzugs geradezu vorprogrammiert.

III. Vermutungsregelung zur Entsendezulage ist verfehlt

Abzulehnen ist ferner die Regelung des § 2b AEntG-E, wonach für den Fall, dass der Zweck der Entsendezulage nicht näher bestimmt ist, gesetzlich unwiderlegbar vermutet wird, dass die gesamte Entsendezulage als Erstattung von Entsendekosten bezahlt wird und eine Anrechnung auf die Entlohnung entfällt. Wie ein Verweis in § 5 S. 1 Nr. 1a AEntG-E zeigt, soll dies auch in Bezug auf tarifvertragliche Entlohnungsbedingungen gelten.

Die EU-Entsenderichtlinie verlangt keine derartige unwiderlegbare Vermutung. Vielmehr wird sie mit der in § 2b AEntG-E normierten Vorgabe überdehnt. Es sollte daher im Gesetzestext des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes selbst festgelegt werden, dass der Arbeitgeber der Vermutung entgegentreten und den Nachweis der Zweckbestimmung der Zulage auch noch zu einem späteren Zeitpunkt erbringen kann.

IV. Berechnung der Beschäftigungsdauer ist nachbesserungsbedürftig

Unklar ist die Vorschrift des § 13c Abs. 5 AEntG-E, die Angaben zur Berechnung der maßgeblichen Beschäftigungsdauer entsandter Arbeitnehmer in Deutschland enthält. Gemäß dieser Norm sollen Beschäftigungszeiten zusammengerechnet werden, die ein entsandter Arbeitnehmer im „unmittelbaren Anschluss“ an eine Beschäftigung im Rahmen des § 13c Abs. 1 bis 3 AEntG-E im Inland gemäß § 13c Abs. 1 bis 3 AEntG-E absolviert.

Offen ist hier, welcher Zeitraum zwischen den einzelnen Entsendezeiten liegen muss, um eine Anrechnung mit einer eventuell bereits erfolgten Vorbeschäftigung zu vermeiden. Welcher Zeitraum mit der Begrifflichkeit „unmittelbarer Anschluss“ gemeint ist, erschließt sich nicht und birgt daher für Entsendebetriebe eine große Fehlerquelle. Überdies werden entsandte Arbeitnehmer im Laufe eines Jahres regelmäßig im Rahmen mehrerer Dienst- bzw. Werkverträge im Inland tätig. Würden deren Beschäftigungszeiten im Inland selbst dann zusammengerechnet werden, wenn zwischen den Aufträgen mehrere Wochen bzw. Monate liegen, wäre die Beschäftigungsdauer von 12 bzw. 18 Monaten schnell erreicht. Dies kann nicht im Sinne der freien Dienstleistungserbringung und der Arbeitnehmerfreizügigkeit im europäischen Wirtschaftsraum sein.

V. Günstigkeitsvergleich stellt große Hürde für Entsendebetriebe dar

Nach § 13b Abs. 1 und 2 AEntG-E sind Arbeitgeber mit Sitz im Ausland verpflichtet, ihren mehr als 12 bzw. 18 Monate entsandten Arbeitnehmern neben den Arbeitsbedingungen nach § 2 AEntG-E auch die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die in Deutschland in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgelegt sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 13b Abs. 1 AEntG-E sind von den Entsendebetrieben damit auch die nach § 5 Tarifvertragsgesetz allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge einzuhalten, unabhängig von ihrer bundesweiten Geltung und auch über den Katalog der Arbeitsbedingungen in § 5 AEntG-E hinaus.

Von dieser Regelung ausgenommen sind lediglich die Arbeitsbedingungen für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen und die zur betrieblichen Altersversorgung. Durch die Regelung des § 13b AEntG-E, die ab dem 18. Entsendemonat einen Günstigkeitsvergleich der Arbeitsbedingungen erfordert, wird die Entsendung der Arbeitnehmer über diesen Zeitraum erheblich erschwert. Für die Entsendebetriebe wird es kaum zu bewerkstelligen sein, diesen Vergleich der Arbeitsbedingungen, der vertiefte Rechtskenntnisse von zwei unterschiedlichen Rechtsordnungen zwingend erfordert, rechtssicher durchführen zu können – eine Aufgabe, die selbst für Experten eine Herausforderung darstellt.

VI. Kontrollen der FKS werden durch unübersichtliches Geflecht von Entlohnungsregeln erschwert

Kritisch zu betrachten ist des Weiteren die zunehmende Ausweitung und Komplexität der Prüfungstätigkeiten durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS), ohne dass deren ohnehin

knappe finanzielle und personelle Ressourcen aufgestockt werden.

Schon im europäischen Rechtssetzungsverfahren hatte der ZDH die Befürchtung geäußert, dass die Ausweitung der zu kontrollierenden Arbeits- und Entgeltbedingungen zu einer Überlastung der Vollzugsbehörden führen würde. Tatsächlich konkretisiert sich diese Befürchtung mit dem vorliegenden Gesetzentwurf.

Im Zuge der Umsetzung der EU-Änderungsrichtlinie wird der „harte Kern“ der einzuhaltenden Mindestarbeitsbedingungen verlassen. Künftig müssen Entsendebetriebe nicht nur die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze sowie Urlaubskassenbeiträge leisten. Die Verpflichtung bezieht sich zukünftig auch auf die in § 2a AEntG-E näher definierte „Entlohnung“, die Zahlung von Zuschlägen und Zulagen gemäß der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge sowie der Kostenerstattungen zur Deckung der Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten für Arbeitnehmer, die aus beruflichen Gründen von ihrem Wohnort entfernt sind (vgl. § 2 Abs. 1 AEntG-E). Ebenso werden die Anforderungen an die Unterkünfte, die Arbeitgebern ihren Arbeitnehmern im Entsendefall zur Verfügung stellen, auf Entsendebetriebe übertragen (vgl. ebd.).

Damit gelten für entsendende Betriebe erfreulicher Weise – genauso wie für heimische Betriebe – beispielsweise zukünftig auch eventuelle Fahrtkostenabgeltungen und Verpflegungzuschüsse aus allgemeinverbindlichen Tarifverträgen. Auch sind gleichermaßen Zuschläge und Zulagen, wie etwa Sonn-, Feiertags- oder Erschwerniszulagen, zu gewähren.

Das trägt auf den ersten Blick zu einer stärkeren Wettbewerbsgleichheit zwischen heimischen und Entsendebetrieben bei. Ob diese allerdings erreicht werden kann, ist angesichts der mit dem

Gesetzesentwurf einhergehenden Ausweitung der Prüfständigkeiten des Zolls zumindest fraglich. Denn mit den zusätzlichen Verpflichtungen der Entsendebetriebe gehen auch neue Prüfständigkeiten der FKS einher. Diese ist zukünftig nicht mehr nur für die Überprüfung der Mindestlohnsätze und die Kontrolle sozialkassenrelevanter und sonstiger Urlaubsbedingungen sowie der Unterkunftsbedingungen zuständig. Vielmehr hat die FKS auch die Einhaltung weiterer Entlohnungsbedingungen, die in den nach § 3 AEntG-E anwendbaren bundesweiten allgemeinverbindlichen Tarifverträgen zu überwachen. Neu ist zudem, dass die Zuständigkeit der FKS auch Unterkunftsregelungen, die ein Entsendeunternehmen seinen entsandten Arbeitnehmern gewährt sowie Entsendekosten, erfassen soll (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 5 und 8 AEntG-E).

Diese weiteren Aufgabenzuweisungen an die FKS sowie deren neue Zuständigkeit zur Überprüfung von Zulagen und Zuschlägen aus allgemeinverbindlichen Tarifverträgen erweisen sich insoweit als problematisch, als der damit verbundene zunehmende Prüfungsumfang nicht mit dem dafür erforderlichen Personalaufbau einhergeht. Bereits mit Inkrafttreten des neu gefassten Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes zum 18. Juli 2019 ist es zu einer Aufgaben- und Befugnisserweiterung der FKS gekommen, wie etwa die Bekämpfung von Sozialleistungsbetrug und Kindergeldmissbrauch sowie die Schaffung einer Prüfungs- und Ermittlungskompetenz im Hinblick auf die tarifvertraglich vereinbarte Unterkunftsbereitstellung und -bedingungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, ohne dass dies mit einer finanziellen oder personellen Aufstockung der FKS verbunden gewesen wäre.

Die stetige Ausweitung der Kontrollaufgaben der FKS darf sich im Zuge der Umsetzung der EU-Änderungsrichtlinie nicht fortsetzen. Es ist aus Sicht des Handwerks zu befürchten, dass aufgrund dieser Entwicklung die FKS ihre

Kontrollaktivitäten noch stärker auf Großbaustellen bzw. Großobjekte konzentrieren wird, da die Überprüfung kleiner Betriebe den dafür nötigen Aufwand nicht lohnt und zu hohe finanzielle und personelle Kapazitäten bindet. Zusätzliche Aufgaben erfordern zusätzliche Personalressourcen. Da ein weiterer Personalaufbau bei der FKS in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist, droht die FKS ihre Kernkompetenzen, vor allem die Durchführung von Mindestlohnkontrollen und die Kontrolle der Zahlung von Sozialkassenbeiträgen, in Zukunft nicht mehr flächendeckend und effektiv wahrnehmen zu können. Dabei ist bereits gegenwärtig festzustellen, dass der Zoll nur eingeschränkt in der Lage ist, die unterschiedlichen Mindestlöhne im Baugewerbe zu kontrollieren. Die Überprüfung der Einhaltung der unterschiedlichen tarifvertraglichen sehr komplexen Zulagen- und Zuschlagsregelungen würde die Zollkontrollen noch mehr erschweren und einer wirksamen Schwarzarbeitsbekämpfung entgegenstehen. Dies wird sich insbesondere zu Lasten der inländischen Handwerksbetriebe und der nationalen Sozialversicherungssysteme auswirken. Vor diesem Hintergrund sollte überdacht werden, inwiefern insbesondere die Gewährung von Zuschlägen der Kontrolle der FKS unterworfen werden sollte. Es sollte ausreichend sein, wenn nur einzelne Entgeltbestandteile, denen ein wesentlicher Stellenwert in den jeweiligen Branchen zukommt, das sind in der Regel die tariflichen Mindestentgeltsätze, einer Überprüfung durch die FKS unterliegen.

VII. Möglichkeit zur Erstreckung von tariflichen Regelungen zur Kontrolle von Entlohnungsbedingungen

Das AEntG sieht in § 14 weiterhin eine Auftragsübernahme vor. Diese verlangt von den Auftraggebern mitunter, sich zu vergewissern, dass die Auftragnehmer ihren Arbeitnehmern das Mindestentgelt gewähren. Mit Blick auf die Personalkapazitäten des Zolls und die damit einhergehenden

den nur eingeschränkten Kontrollmöglichkeiten, ist es auch im Interesse der Arbeitnehmer, dass eine Überprüfung der Mindestentgelte durch den Auftraggeber stattfindet und somit der Druck auf die Auftragnehmer, ihre Arbeitnehmer gesetzeskonform zu entlohnen, erhöht wird.

Zu diesem Zweck haben die Tarifvertragsparteien des Bauhauptgewerbes in ihrem aktuellen Mindestlohn-Tarifvertrag Bau (dort § 2 Abs. 7 TV Mindestlohn Bau) eine Regelung eingefügt, die dem Auftraggeber eine entsprechende Kontrolle, wie beispielsweise durch eine Übersendung der Lohnliste, ermöglicht. Eine Erstreckung dieser Regelung im Rahmen einer Rechtsverordnung nach dem AEntG steht das Bundesministerium für Arbeit und Soziales derzeit noch kritisch gegenüber. Dabei hat bereits der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 12. Oktober 2004 (Az.: C-60/03) mit Blick auf Art. 5 der EU-Entsenderichtlinie unter anderem ausgeführt, dass die Mitgliedstaaten geeignete Verfahren zur Verfügung zu stellen haben, damit die Arbeitnehmer den Mindestlohn tatsächlich erhalten. Insoweit stellt die Richtlinie bereits in ihrer aktuellen Fassung eine ausreichende Grundlage für eine entsprechende Erweiterung des Katalogs des § 5 S: 2 AEntG a.F., die wie folgt lauten könnte: „Die Arbeitsbedingungen nach Satz 1 Nummer 1 bis 3 umfassen auch Regelungen zur *Kontrolle und Fälligkeit* entsprechender Ansprüche einschließlich hierzu vereinbarter Ausnahmen und deren Voraussetzungen.“

VIII. Verbesserung der innerbehördlichen Kommunikationskanäle

Das Handwerk spricht sich dafür aus, dass die Behörden der Mitgliedstaaten untereinander zu Regelungen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung noch stärker kommunizieren und zusammenarbeiten. Denkbar wären hier eGovernment-Lösungen, wie beispielsweise eine

Fortentwicklung des Binnenmarktinformationssystems IMI oder die Einheitlichen Europäischen Ansprechpartner. Diese Systeme sollten noch stärker dazu genutzt werden, die grenzüberschreitende Vernetzung zwischen den Behörden voranzutreiben. Die gilt insbesondere für das IMI, das bereits etabliert und grenzübergreifend genutzt wird. Das IMI könnte zudem um eine Option zur Einreichung allgemeiner Fragen rund um die Dienstleistungserbringung in anderen Mitgliedstaaten erweitert werden. Die aktuell bestehende Auswahl vorgefertigter Fragestellungen reicht nicht aus, um den wachsenden Informationsbedarf der Entsendebetriebe zu decken. Zudem sollten bestehende Schwächen beim IMI, wie etwa bei der Übersetzungssoftware oder beim Ausfüllen der Online-Maske, behoben werden, um dieses Portal nutzerfreundlicher zu gestalten.

Information für den Ausschuss

Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU)

Unaufgeforderte Stellungnahme 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

Stellungnahme der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU)

zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung 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 (Kabinettsbeschluss vom 12. Februar 2020)

Zusammenfassung:

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht kaum Verbesserungen gegenüber dem Referentenentwurf des BMAS vom 13. November 2019 vor.

Er setzt erhebliche Teile der neuen Arbeitnehmerentsenderichtlinie nicht wirksam in deutsches Recht um, darunter auch zwingende Teile der Richtlinie wie den neuen Anspruch von entsandten Beschäftigten auf Entgeltgleichheit statt nur auf die Mindestentgeltsätze.

Dieser Anspruch wird ihnen bei der absolut vorherrschenden Entsendung von weniger als 12 bzw. 18 Monaten Dauer verweigert. Er ist insoweit europarechtswidrig.

Er nutzt darüber hinaus viele der in der Richtlinie sowie in der Durchsetzungsrichtlinie zur bisherigen Entsenderichtlinie vorhandenen Spielräume zur Verbesserung der schlechten Situation vieler nach Deutschland entsandter Beschäftigter und der besseren Bekämpfung des Sozialdumpings nicht. Teilweise enthält er sogar Einschränkungen der bisherigen Handlungsmöglichkeiten der Tarifparteien. Von ihm ist daher nahezu keine positive Wirkung zu erwarten.

Der Entwurf steht noch dazu im krassen Widerspruch zum bisherigen Handeln und den Forderungen der Bundesregierung auf europäischer Ebene bei diesem Thema. Er untergräbt damit die Glaubwürdigkeit unseres Landes auf europäischer Ebene. Wir fordern deshalb, im parlamentarischen Verfahren grundlegende Änderungen des Entwurfes.

Insbesondere folgende Verbesserungen, die nicht über eine 1:1-Umsetzung der Richtlinie hinausgehen, sollten vordringlich behandelt werden:

1. Unmissverständliche und klare Umsetzung des Grundsatzes „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“:

- a. Die von der Entsenderichtlinie nicht vorgesehene und hinter die aktuelle Rechtslage zurückfallende Aufspaltung des Entlohnungsbegriffs in „Mindestentgeltsätze“ nach § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E und „darüber hinausgehende Entlohnungsbestandteile“ nach § 5 Nr. 1a AEntG-E ist aufzugeben.
- b. Die Begrenzung der durch Rechtsverordnung verbindlich erstreckbaren Lohngruppen auf höchstens drei Stufen in § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E, die die Tarifautonomie beschneidet und hinter der aktuellen Rechtslage zurückbleibt, ist ersatzlos zu streichen.

2. Öffnung für regionale Tarifverträge:

Das in der Richtlinie nicht vorgesehene Erfordernis eines „bundesweiten Tarifvertrages“ in § 3 Satz 1 AEntG, an dem der Gesetzentwurf festhält, ist zu streichen. Die Bundesländer müssen unter Berücksichtigung der jeweiligen unterschiedlichen Situation entscheiden können, auch nach Deutschland entsandte Beschäftigte unter den Schutz regionaler Tarifverträge zu stellen.

3. Ausschluss des Verzichts auf tarifliche Ansprüche:

Zur Bekämpfung eines absehbaren flächendeckenden Missbrauchs ist in § 9 AEntG-E unmissverständlich klarzustellen, dass ein - schlimmstenfalls formularmäßig schon im Arbeitsvertrag vorgegebener - Verzicht auf sämtliche tariflich vorgesehenen Entlohnungsbestandteile sowohl für inländische als auch für entsandte Beschäftigte nur durch gerichtlichen Vergleich zulässig und im Übrigen ausgeschlossen ist.

Vorbemerkung und Ausgangslage

Am 18. Juni 2015 schrieben die Arbeits- und Sozialminister von Belgien, Deutschland (damals Andrea Nahles), Frankreich, den Niederlanden, Österreich, Luxemburg und Schweden einen gemeinsamen Brief an die damalige EU-Kommissarin Mariannen Thyssen. Sie begrüßten darin den Plan der Kommission für eine gezielte Überarbeitung der EU-Entsenderichtlinie grundsätzlich. Sie forderten aber zugleich, dass dabei künftig der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am selben Ort“ die „goldene Regel“ darstellen müsse und bei der Bezahlung deshalb künftig kein Unterschied mehr gemacht werden sollte, unabhängig davon, ob jemand entsandt ist oder nicht. Diese Forderung bedeutete einen Abschied vom bisher geltenden Prinzip, dass entsandte Beschäftigte im Gastland nur Anspruch auf die Mindestentlohnungssätze haben.

Die Europäische Kommission legte in der Folge einen Richtlinienentwurf vor, der diese Forderung bereits teilweise aufnahm. Nach langem Ringen einigten sich das Europaparlament (mit einer Mehrheit vor allem aus SPE, Grünen, Linken und Teilen der EVP-Fraktion) und der Rat auf eine revidierte Entsenderichtlinie, die nun ausdrücklich den bewusst weit angelegten Ausdruck „Entlohnung“ (im Original „remuneration“) statt bisher „Mindestlohnsätze“ enthält. Die Richtlinie stellt klar, dass die „Entlohnung“ alle Entgeltbestandteile umfasst, die im Mitgliedstaat in entsprechenden allgemein verbindlichen oder allgemein wirksamen Tarifverträgen zwingend verbindlich gemacht worden sind. Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 5 der Richtlinie dafür zu sorgen, dass diese Bestimmungen auch auf entsandte Beschäftigte Anwendung finden und haben dies durch wirksame Kontrollen und insbesondere abschreckende Sanktionen durchzusetzen.

Zugleich erweitert die neue Richtlinie die Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten bei der Bestimmung der einzuhaltenden Entlohnung und sonstiger Entgeltbestimmungen auf der Basis von Tarifen deutlich. Zum Einen ist jede Branchenbindung (vor allem auf den Bau) entfallen. Zum anderen konnten nach der alten Richtlinie die Mitgliedstaaten mit einem existierenden System für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifen nur diese auf Entsendefirmen anwenden, jedoch keine anderen Tarife, z.B. allgemein wirksame Tarife oder Tarife der repräsentativsten Tarifpartner.

Mitgliedstaaten können nach der revidierten Entsenderichtlinie wie bisher sowohl national geltende als auch nur in einem geographischen Gebiet (z.B. für nur ein Bundesland) geltende allgemeinverbindliche Tarifverträge auf Entsendefirmen anwenden. Neu hinzugekommen ist in der Richtlinie die Möglichkeit, nunmehr auch

- die bundesweit gültigen oder die nur in einem geografischen Gebiet allgemein wirksamen Tarifverträge als auch
- die Tarifverträge der repräsentativsten Tarifparteien auf nationaler Ebene mit Wirkung im gesamten Hoheitsgebiet mit Wirkung für Entsendefirmen zu erstrecken.

Des Weiteren enthält die neue Richtlinie die so genannte Montiklausel, die garantiert, dass die Richtlinie und deren Umsetzung nicht einschränkend auf die Rechte von Beschäftigten auf gewerkschaftliche Organisation, Kollektivverhandlungen und Streik wirken. Damit könnte die Bundesrepublik Deutschland es rechtssicher ermöglichen, dass sich entsandte Beschäftigte einer Gewerkschaft ihres Gastlandes anschließen und mit ihr zum Beispiel einen für die Zeit der Entsendung im Gastland gültigen Firmentarifvertrag erstreiten können.

Umso erstaunter sind wir nun, dass das selbe Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), welches sich beim Zustandekommen der neuen Richtlinie auf europäischer Ebene so entschieden für diese neuen Regelungen eingesetzt hat, jetzt einen Entwurf für eine nationale Umsetzung vorgelegt hat, der weit hinter den Anforderungen und Optionen der neuen Richtlinie zurückbleibt und ausdrücklich auf Kontrollen und Sanktionen über die bisher schon sanktionierten Mindestlohnverstöße hinaus verzichtet.

Und der überdies weder von den erweiterten Möglichkeiten zur Anwendung von Tarifen Gebrauch macht, noch den hiesigen Gewerkschaften neue rechtsichere Handlungsspielräume für die Organisation und Vertretung von entsandten Beschäftigten eröffnet.

Damit bleibt die Bundesregierung bei ihrem Entwurf der Umsetzung der Richtlinie nicht nur weit hinter den meisten anderen Ländern Westeuropas, sondern auch hinter den eigenen Ankündigungen von Bundesarbeitsminister Hubertus Heil zurück.

Wir, die Gewerkschaft der Beschäftigten in vielen Branchen, die von Entsendung und der damit oft einhergehenden Ausbeutung und unfairem Wettbewerb besonders betroffen sind, erwarten daher von der Bundesregierung, dem Bundesrat und dem Bundestag im weiteren Prozess eine grundlegende Überarbeitung dieses in weiten Teilen missglückten und teilweise sogar im Widerspruch zum Europarecht stehenden Entwurfes vorzulegen. Im Folgenden erläutern wir die in der Zusammenfassung dargelegten am dringendsten notwendigen Änderungen und zeigen den Überarbeitungsbedarf aus unserer Sicht auf. Ergänzend nehmen wir Bezug auf unsere Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 19. November 2019 und die Stellungnahmen des DGB zu beiden Entwürfen.

1. Unmissverständliche und klare Umsetzung des Grundsatzes „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“

Zur Gewährleistung des Grundsatzes der von der Richtlinie vorgesehenen gleichen Entlohnung von inländischen Beschäftigten und entsandten Beschäftigten ist

- **§ 5 Nr. 1 AEntG wie folgt zu fassen: „1. die Entlohnung im Sinne von § 2 Absatz 1 Nummer 1,“**,
- **§ 5 Nr. 1a AEntG-E ersatzlos zu streichen und**
- **Art. 1 Nr. 4 AEntG-E zu streichen.**

a) Einheitlicher Entlohnungsbegriff

Der Gesetzentwurf sieht in Art. 1 Nr. 1 zunächst vor, in § 2 Abs. 1 des Arbeitnehmerentwergesetzes (AEntG) den Begriff „die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze“ durch „die Entlohnung einschließlich der Überstundensätze“ zu ersetzen.

Mit Art. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs wird dann ein neuer § 2a in das AEntG eingefügt, der „Entlohnung“ und deren Bestandteile wie folgt definiert: „Grundvergütung, einschließlich Entgeltbestandteilen, die an die Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und die Region anknüpfen, sowie Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen, einschließlich Überstundensätze.“

Soweit bewegt sich der Gesetzentwurf hier zwar noch im Einklang mit dem vom europäischen Gesetzgeber Festgelegten.

Aber diese Regelungen werden in Bezug auf tarifvertragliche Entlohnung sogleich durch Art. 1 Nr. 5 und die weiteren dementsprechenden Regelungen teilweise entwertet.

Statt § 5 Nr. 1 des AEntG, wie zuvor vorgeschlagen so zu ändern, dass auch hier das Wort „Mindestentgeltsätze“ durch „die Entlohnung im Sinne von § 2 Absatz 1 Nummer 1“ ersetzt wird, spaltet der Gesetzentwurf den Entlohnungsbegriff auch in der Kabinettsfassung weiter künstlich in die bisherigen, mit der revidierten Entsenderichtlinie überwundenen „Mindestentgeltsätze“ (§ 5 Nr. 1 AEntG-E) und die darüber „hinausgehenden Entlohnungsbestandteile“ (§ 5 Nr. 1a AEntG-E) auf.

Nur die Regelungen nach § 5 Nr. 1 AEntG-E (Mindestentgeltsätze) sollen weiterhin durch Rechtsverordnung erstreckt werden können, nicht jedoch die nach § 5 Nr. 1a AEntG-E. Für die „sonstigen Entgeltbestandteile“ soll also nur das reguläre Allgemeinverbindlichkeitsverfahren gelten, bei dem z.B. die Dachverbände der Arbeitgeber von ihrem Veto Gebrauch machen könnten, unabhängig davon, was deren unmittelbar betroffene Branchenverbände selbst wollen.

Positiv ist hier allerdings anzumerken, dass die für allgemein verbindlich erklärten sonstigen Entgeltbestandteile im Gegensatz zum Referentenentwurf nun doch vom Zoll kontrolliert werden können (die Beschränkung der Zollkontrolle auf die Mindestentgeltsätze des RefE durch eine Änderung des § 16 AEntG ist im Kabinettsentwurf nicht mehr enthalten). Dies ergibt sich u.E. bei näherer Betrachtung des Art. 1 Nr. 9 des Entwurfs (Änderung des § 8 (1) AEntG mit Bezugnahme auf § 3 Satz 1 Nr. 1 AEntGNeu) im Zusammenhang mit dem unveränderten Art. 16 AEntG.

Negativ ist aber, dass nach dem neuen § 9 AEntG (Art. 1 Nr. 10 des Entwurfes) weiterhin nur auf die Mindestentgeltsätze selbst nicht außerhalb eines gerichtlichen Vergleiches verzichtet werden kann. Dem sehr wahrscheinlichen Missbrauch wird damit Tür und Tor geöffnet. Obwohl die sonstigen Entgeltbestandteile in allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen verankert sind und weitere Arbeitsbedingungen nach § 2 sogar zwingend erstreckt werden können, könnte diese Regelung dazu führen, dass Entsendebesetzte zum Vorabverzicht oder zum Verzicht per Ausgleichsquittung o.ä. gedrungen werden und so Entsendefirmen und deren Auftraggeber sich ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile verschaffen können.

Der Gesetzentwurf sieht eine Erstreckung der in § 5 Nr. 1a AEntG-E geregelten „sonstigen tariflichen Entgeltbestandteile“ nämlich weiterhin ausdrücklich nicht vor. Das ergibt sich explizit aus Art. 1 Nrn. 5 b und 7 AEntG-E; indirekt außerdem aus Art. 1 Nr. 4 AEntG-E, der für die Tarife nach § 4 AEntG nur noch auf § 3 Satz 1 Nr. 2 AEntGNeu (durch Rechtsverordnung nach §§ 7, 7 a AEntGNeu erstreckte Tarife) verweist. Wie letztere Regelung wegen der gegenseitigen Verschränkung von § 3 mit § 4 AEntG insgesamt auszulegen sein wird, bleibt rätselhaft. Wir empfehlen und fordern deshalb die Streichung von Art. 1 Nr. 4 AEntG-E.

Es ist für einen fairen Wettbewerb völlig unzumutbar, für tariftreue Betriebe untragbar und der Stärkung der Tarifautonomie abträglich, wenn mangels wirksamer internationaler Erstreckung der weiteren Lohnbestandteile auf Entsendefirmen und der damit gegebenen Verzichtsmöglichkeit praktisch keine Sanktionsmöglichkeiten bestehen.

b) Aufhebung der Beschränkung auf drei Lohnstufen:

§ 5 Nr. 1 AEntG-E entspricht zwar teilweise dem „alten“ § 5 Nr. 1 AEntG, indem dort die Erstreckung von Mindestentgeltsätzen geregelt wird. Aber der neue § 5 Nr. 1 AEntG-E schränkt diese mit einem neu eingefügten Halbsatz auf maximal drei Differenzierungsstufen, und zwar nur solche nach Art der Tätigkeit und Qualifikation, ein.

Diese Einschränkungen auf wenige Lohnstufen gab es bisher nicht. Sie entspricht auch nicht der Richtlinie. Nach der Richtlinie gilt equal pay. Würden also z.B. sieben Stufen in einem richtlinienkonformen, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag existieren, müssten diese auch auf entsandte Beschäftigte angewandt werden. Daneben lässt der Gesetzentwurf unbeachtet, dass die Richtlinie von „allen die Entlohnung ausmachenden Bestandteilen“ spricht, wodurch z.B. auch an Berufserfahrung anknüpfende tarifliche Entgeltgruppenregelungen (z.B. „mit x Jahren Berufserfahrung“) oder nur an die Erfüllung bestimmter Tätigkeitszeiten anknüpfende Entgeltgruppen („Regelaufstieg“) anzuwenden wären.

Auch die Rechtsprechung des EuGH steht einer Erstreckung weiterer Entgeltgruppen nicht entgegen. Die Frage wurde im Hinblick auf die 1999 erfolgte Erweiterung des AEntG, nach

der nicht mehr nur ein unterstes „Mindestentgelt“ sondern mehrere „Mindestentgeltsätze“ auf Entsende erstreckt werden konnten, bereits umfangreich in der juristischen Literatur aufgearbeitet (vgl. Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Auflage, § 5 Rn. 1ff. m.W.N.).

Es war schon vor der Revision der Entsenderichtlinie unzutreffend, dass die Erstreckung eines gesamten Lohngitters (europarechtlich) unmöglich war (vgl. aaO, § 5 Rn. 7). Mit der durch die revidierte Entsenderichtlinie Ausdehnung des Entlohnungsbegriffs und der Öffnung für „allgemein wirksame Tarifverträge“ und „Tarifverträge der repräsentativsten Organisationen“ ist diese Rechtsansicht nicht mehr haltbar.

Damit stellen die im AEntG-E vorgesehenen Vorschriften neben einer völlig unzureichenden Umsetzung der unionsrechtlich geforderten Entgeltgleichheit zugleich einen gravierenden Eingriff in die grund- und unionsrechtlich geschützte Autonomie der Tarifpartner dar.

Den Koalitionen wird dadurch vorgeschrieben, dass sie weiterhin Mindestentgeltsätze (und neu nur noch maximal drei davon) festschreiben müssen, statt einfach die gesamte tarifübliche Lohn-tabelle verbindlich erklären lassen zu können, wie es der Richtlinie entspräche. Das bedeutet im Vergleich zur aktuellen Fassung des AEntG sogar eine gravierende Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien.

2. Öffnung für regionale Tarifverträge

Auch für die unterbliebene Streichung des Erfordernisses eines „bundesweiten“ Tarifvertrags für die Erstreckung in § 3 AEntG gilt: das ist ein Eingriff in die Tarifautonomie. Und die revidierte Entsenderichtlinie fordert ausdrücklich die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge unabhängig von deren geografischem Geltungsbereich.

Bestes Beispiel dafür, dass die Öffnung für regionale Tarifverträge und damit die Erweiterung der Handlungsspielräume der Bundesländer dringend geboten ist, ist die Branche des Maler- und Lackiererhandwerks, wo seit Jahren Tarifverträge für 15 Bundesländer allgemeinverbindlich erklärt sind, eine internationale Erstreckung aber daran scheitert, dass ein Arbeitgeberverband in einem (kleinen) Bundesland sich verweigert und so für die gesamte Bundesrepublik verhindert, dass (zumindest in den übrigen Bundesländern) ein einheitliches Niveau von Mindestbeschäftigungs- und Wettbewerbsbedingungen hergestellt wird.

Außerdem zeigt das Beispiel der jüngst für das Steinmetzhandwerk in Schleswig-Holstein gemeinsam von Arbeitgebern und der IG BAU beantragten und vom Tarifausschuss befürworteten Allgemeinverbindlicherklärung von vier Lohngruppen, dass (neben der praxisrelevanten Einschränkung der Tarifautonomie durch die angedachte Begrenzung auf drei Lohngruppen) auch auf Landesebene nicht zuletzt aus Gründen eines fairen Wettbewerbs für die Unternehmen die Notwendigkeit besteht, regionale Tarifverträge auch auf Entsendebetriebe und ihre Beschäftigten erstrecken zu können.

Um sowohl für in- und ausländischen Betrieben ein einheitliches, verpflichtendes Entlohnungssystem vorzuschreiben, sehen Entgelttarifverträge, die auf eine Allgemeinverbindlichkeit oder internationale Erstreckung angelegt sind, regelmäßig das Arbeitsortsprinzip vor. Danach ist stets mindestens das am Arbeitsort geltende Tarifentgelt zu bezahlen. Es ist sowohl verfassungs- als auch unionsrechtlich ohne weiteres zulässig, Tarifverträge, die das Arbeitsortsprinzip vorsehen, sowohl für nicht-tarifgebundene als auch für an einen für eine andere Region geltenden Tarifvertrag kraft Mitgliedschaft tarifgebundene Arbeitgeber mit Sitz im In- und Ausland gelten. Die (negative) Tarifautonomie eines Arbeitgebers, der an einen räumlich für eine andere Region geltenden Tarifvertrag gebunden ist, wird nicht tangiert, wenn die Arbeitnehmer außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Tarifvertrags eingesetzt werden.

Das Festhalten an der Notwendigkeit eines bundesweiten Tarifvertrags ist weder sachgerecht noch in Einklang mit Tarifautonomie und Unionsrecht.

3. Ausschluss des Verzichts auf tarifliche Ansprüche

§ 9 Satz 1 ist wie folgt zu fassen:

„Ein Verzicht auf den Anspruch der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen auf Entlohnung nach § 5 ist nur durch gerichtlichen Vergleich zulässig; im Übrigen ist ein Verzicht ausgeschlossen.“

Im neuen § 5 Nr. 1a AEntG-E werden – wie zuvor dargelegt - die „sonstigen Entgeltbestandteile“, die über die bisherigen Mindestentgeltsätze nach § 5 Nr. 1 AEntG-E hinausgehen, definiert.

Diese „sonstigen Entgeltbestandteile“ sollen aber nach Art. 1 Ziffer 7. und 8. des Gesetzentwurfs kein Gegenstand von Rechtsverordnungen nach §§ 7 oder 7a AEntG sein können.

Ferner soll auf sie von Entsendearbeitnehmern auch außerhalb von gerichtlichen Vergleichen verzichtet werden können (also z.B. formularmäßig durch Arbeitsvertrag vorab), weil sich das Verzichtsverbot nach § 9 AEntG-E ausdrücklich nur auf den Anspruch auf die Mindestentgeltsätze nach § 5 Nr. 1a AEntG-E bezieht.

Zwischenfazit:

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird die neue Entsenderichtlinie unterlaufen. Diese sieht die im Gesetzentwurf vorgenommene Differenzierung nach Mindestentgeltsätzen und sonstigen Bestandteilen ausdrücklich nicht vor. Sie sieht bei dem Anspruch auf „remuneration“ wie bei allen anderen Bestandteilen des Art. 3 Abs. der Richtlinie keinerlei Differenzierung nach der Entsendedauer vor. Diese sind von Tag Eins der Entsendung an wirksam zu gewähren. Auch die Kontrollvorschriften der neuen Richtlinie differenzieren hier nicht, sondern sehen die Kontrolle und Durchsetzung aller Entgeltbestandteile ab dem ersten Tag vor.

Der Gesetzentwurf ist damit an dieser Stelle klar europarechtswidrig. Denn praktisch bewirkt er, dass die neue Regelung der Richtlinie zu „remuneration“ im Bereich der Entsendungen von bis zu 18 Monaten Dauer – und das ist der ganz überwiegende Teil der Entsendungen nach Deutschland – nicht wirksam in nationales Recht umgesetzt wird. Er verbietet im Gegenteil dem zuständigen Ministerium eine Erstreckung.

Diesen Spielraum gibt die Richtlinie den Mitgliedstaaten nicht. Sie können zwar definieren, welche Entgeltbestandteile im Einzelnen in ihrem Land genau unter „remuneration“ zu verstehen sind. Ihr Spielraum dabei ist aber durch die Definition der Richtlinie von „remuneration“ festgelegt. Danach sind alle Bestandteile des Entgeltes einzu beziehen, nicht nur die Mindestentgeltsätze.

Sollten diese Bestimmungen unverändert bleiben, könnte die Europäische Kommission deswegen ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten, und zugleich müssten wir den bei uns organisierten Entsendebeschäftigten empfehlen, die Bundesrepublik Deutschland auf Schadenersatz zu verklagen, wenn ihnen Teile ihrer Entgeltansprüche durch diese fehlerhafte Umsetzung verloren gehen würden. Dies wäre für unser Land umso peinlicher, als Deutschland sich ja auf europäischer Ebene in den Verhandlungen zur Revision der Entsenderichtlinie massiv für Sicherstellung des equal pay eingesetzt hatte.



Neben den eingangs dargelegten vordringlichen Themen bestehen weitere wichtige Verbesserungsnotwendigkeiten:

4. Umsetzung Unterkunfts-, Verpflegungs- und Reiseregungen: stark verbesserungsfähig

a) Unterkunft

In § 2 Abs. 1 Nr. 5. AEntG-E werden nunmehr auch die nationalen Standards für angemessene Unterkünfte auf Entsendearbeitnehmer erstreckt. Das soll allerdings nur dann gelten, wenn die entsandten Arbeitnehmer*innen „von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt eingesetzt werden“. Ob als regelmäßiger Arbeitsplatz nur ein Arbeitsplatz im Inland gemeint ist und damit die Regelung in den meisten Entsendefällen mangels „Binnenentsendung“ überhaupt nicht zur Anwendung kommen kann, erschließt sich weder aus dem Gesetzestext noch aus der Begründung.

Damit bleibt der Entwurf mutlos bei einer minimalistischen Umsetzung stehen und verweist die betroffenen Entsendearbeitnehmer*innen mit den offenen Fragestellungen an die Gerichte. Dabei hätten europarechtlich hinreichende Spielräume bestanden, die Mindeststandards für angemessene Unterkünfte auf alle im Inland gelegenen Unterkünfte mit Wirkung auch für Entsendekräfte zu erstrecken.

Dass der Entwurf die Klärung dieser Fragen Individualrechtsstreitigkeiten überlässt, ist völlig unangemessen. Das zeigen die von den Berater*innen des Europäischen Vereins für Wanderarbeiter (EVW) und des DGB-Projekts Faire Mobilität allzu oft festgestellten verheerenden Zuständen bei Unterkünften von Entsendearbeitnehmer*innen, z.B. in Massen-Bauarbeiterunterkünften in schlechtem Zustand, mit oft mehreren Bewohnern in einem Zimmer und ohne ausreichende Sanitäreinrichtungen zur Genüge. Auch die Unzahl von Medienberichten darüber unterstreicht die Notwendigkeit, dieses Thema verbindlich zu regeln. Es darf nicht weiter dem Engagement und der Kreativität lokaler Baubehörden überlassen werden, dieses Thema eventuell mithilfe des Baurechtes zu regeln, denn sie haben mit ihren Kernaufgaben bereits mehr als genug zu tun.

Hinzu kommt, dass nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer*innen nur selten von ihren Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch machen. Und das nicht ohne Grund, denn ihre Arbeitsverhältnisse sind nur schlecht abgesichert und Klagen gegen den Arbeitgeber bedeuten in aller Regel die sofortige Kündigung, Einstellung aller (auch ausstehenden) Zahlungen und in Folge dessen häufig sofortige Hilfsbedürftigkeit.

Aus den gleichen Gründen unverständlich bleibt, warum die Frage der Kostenerstattung für die Unterkünfte durch den Arbeitgeber, die sich nach deutschem Recht aus § 670 BGB ableiten lässt, nicht auch explizit auf Entsendearbeitnehmer*innen erstreckt wurde. Dass die Begründung auf § 670 BGB hinweist, nutzt Entsandten nichts.

Bedauerlich ist, dass der Entwurf auch hinsichtlich der besonders praxisrelevanten Regelung des § 7 Nr. 4.2 BRTV-Bau nicht deutlich klarstellt, dass auch auf Baustellen entsandte gewerbliche Arbeitnehmer*innen am Bau einen tariflichen Anspruch auf Bezahlung einer angemessenen Unterkunft haben und die Einschränkungen des § 2 Abs. 3 AEntG-E nicht greifen. § 7 Nr. 4.2 BRTV-Bau sieht unabhängig von einer grenzüberschreitenden Entsendung oder eines innerdeutschen Einsatzes auf einer weit entfernten Baustelle die Stellung einer – vom Arbeitgeber zu bezahlenden – angemessenen Unterkunft vor.

Darüber hinaus bleibt unklar, welche wirksamen und genügend abschreckenden Sanktionen bei festgestellten Verstößen verhängt werden können. Insgesamt bleibt der Entwurf weit hinter den vollmundigen Ankündigungen im Eckpunktepapier des BMAS zur Umsetzung der Entsenderichtlinie aus dem Mai 2019 zurück.

Dort heißt es:

„Wir stellen außerdem sicher, dass nach Deutschland entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für Reisen, die sie innerhalb Deutschlands antreten müssen, von denselben Regeln profitieren wie fest in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.“

Genau das ist mit dem vorliegenden Gesetzentwurf nicht sichergestellt, sondern allenfalls eine halbwegs klare Regelung für wenige Ausnahmefälle vorgesehen.

b) Reisekosten

Nach dem Gesetzentwurf bleibt unklar, welche Reisekosten Arbeitgeber an die entsandten Arbeitnehmer*innen erstatten müssen. § 2 Nr. 8 AEntG-E versäumt es, auch hier die Regelung des § 670 BGB oder entsprechende einschlägige allgemeinverbindliche, allgemein wirksame oder von den repräsentativsten Tarifvertragsparteien abgeschlossene Tarifnormen eindeutig auf entsandte Arbeitnehmer*innen zu erstrecken. Die Einschränkungen des § 2 Abs. 3 AEntG-E sind bezüglich der Reisekosten unverständlich.

Zumindest für die Wegstrecken, die entsandte Arbeitnehmer*innen für berufliche Reisezeiten innerhalb Deutschlands ab Grenzübertritt zum Arbeitsort bzw. bis zum Grenzübertritt vom Arbeitsort an den Heimatort zurücklegen, hätte die Anwendung der einschlägigen Regelungen des Arbeitsortes zur Reisekostenerstattung unter Berücksichtigung des Günstigkeitsprinzips klar normiert werden müssen.

c) Verpflegung/Auslösung

Der mit einer Entsendung regelmäßig verbundene, vom Arbeitgeber bestimmte wohnortferne Einsatz führt regelmäßig zu erhöhten Verpflegungskosten beim Arbeitnehmer. Die IG BAU bedauert es, dass die insbesondere in (allgemeinverbindlichen) Tarifverträgen festgesetzten Erstattungssätze für diese Mehrkosten im RefE nicht unmissverständlich auf Entsendearbeitsverhältnisse erstreckt worden sind.

Ergänzend verweisen wir auf die Ausführungen in der DGB-Stellungnahme.

5. Langzeitentsendungen: zu kurz gesprungen

Der Entwurf sieht bei – in der Praxis seltenen – Langzeitentsendungen in § 13b AEntG-E nur die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge vor. Von den in der revidierten Entsenderichtlinie vorgesehenen neuen Möglichkeiten, auch allgemein wirksame – bundesweit oder regional geltende - oder von repräsentativsten Tarifvertragsparteien abgeschlossene Tarifverträge zumindest in diesen Fällen auf Entsendearbeitsverhältnisse zu erstrecken, wird kein Gebrauch gemacht.

Damit verpasst der Entwurf die Chance, einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Tarifautonomie zu leisten und verweist in der Begründung im Wesentlichen nur auf die bei Langzeitentsendung zusätzlich anzuwendenden staatlichen Regelungen. Das widerspricht dem Geist des Grundgesetzes, das aus guten Gründen die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Kern den Tarifvertragsparteien zugunsten eines möglichst „staatsfreien Raums“ überlassen hat.

Die laxen Regelungen zur Verlängerung des 12-Monats-Zeitraums durch bloße Mitteilung des Arbeitgebers wird in der Praxis dazu führen, dass das von der Richtlinie vorgesehene Regel-Ausnahmeprinzip ins Gegenteil verkehrt wird. Da ohne größere Hürden oder klare Sanktionen eine Verlängerung des Zeitraums möglich ist, werden Entsendearbeitgeber davon regelmäßig auch Gebrauch machen. Das lässt unionsrechtliche Probleme bis hin zu möglichen Vertragsverletzungsverfahren befürchten.

Bei der Bestimmung der Entsendedauer hat der Entwurf die Chance vertan, endlich wirksame Regelungen zur Bekämpfung von Scheinentsendungen und von Briefkastenfirmen zu treffen.

Denn bevor die Entsendedauer geprüft werden kann, ist zunächst anhand von klaren Kriterien zu ermitteln, ob überhaupt ein Entsendefall vorliegt. Für die Fälle, in denen von vorneherein eine unbefristete, auf längere Dauer angelegte Tätigkeit im Einsatzland geplant ist, fehlt es an einer klaren Rechtsfolgenfestlegung oder Sanktionierung, wenn die Entsendefirma versuchen sollte, ein Entsendearbeitsverhältnis zu fingieren.

Ebenso wenig enthält der Entwurf Regelungen für Briefkastenfirmen, die als bloße Vermittlungsagenturen ohne (nennenswerte) einschlägige, dem angegebenen Betriebszweck entsprechende Tätigkeiten im Sitzland fungieren. Die Eindämmung dieses offensichtlichen und massenhaft zu beobachtenden krassen Missbrauchs der europäischen Freiheiten des Binnenmarktes auf dem Rücken der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wird vom vorliegenden Referentenentwurf erst gar nicht angegangen.

Die ausführlichen Regelungen zur Berechnung der Entsendedauer enthalten darüber hinaus auch keine Regelung für den Fall, dass nach einer beispielsweise 18monatigen Tätigkeit auf einer Baustelle in Deutschland die Rechtsfolgen des § 13b AEntG-E dadurch umgangen werden, dass nicht der Arbeitnehmer ausgetauscht wird, sondern der formale Arbeitgeber durch eine andere „Strohmannfirma“ ersetzt wird, obwohl der eigentliche Entsendevorgang weiter besteht. Solche Fälle sind am Bau immer wieder zu beobachten und haben durchaus – etwa auch zur Vermeidung von Sanktionen – erhebliche Praxisrelevanz. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass derartige Vorgänge durchaus zusammen betrachtet werden könnten, um die Umgehung der Vorschriften zur Langzeitentsendung zu verhindern.

Insgesamt ist festzuhalten, dass der Entwurf die deutlich erweiterten Regelungsmöglichkeiten der revidierten Entsenderichtlinie zur besseren Bekämpfung von Lohndumping und Schmutzkonzurrenz nur unzureichend nutzt. Das wäre aber gerade in unseren von Dumping-Entsendungen besonders betroffenen Branchen dringend notwendig, auch um das Tarifsysteem insgesamt abzustützen und die Tarifautonomie nachhaltig zu stärken.

Ansprechpartner bei der IG BAU: Frank Schmidt-Hullmann und Antonius Allgaier, IG BAU Bundesvorstand VB I, HA I Grundsatz und Politik, Olof-Palme-Str. 19, 60439 Frankfurt, Tel. 069 – 95737-115 bzw. -176, e-mail: frank.schmidt-hullmann@igbau.de, antonius.allgaier@igbau.de

Information für den Ausschuss

Deutsche Rentenversicherung Bund

Unaufgeforderte Stellungnahme 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



11. Juni 2020

Stellungnahme der Deutschen Rentenversicherung Bund

zur Anhörung am 15. Juni 2020

vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages

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-Drucksache 19/19231

Um die „Überwachung und Kontrolle der Entsenderichtlinie“ sicherzustellen, soll nach Ziffer III. 3. des Antrags der Fraktion DIE LINKE die Deutsche Rentenversicherung Bund „rechtlich und personell in die Lage versetzt (werden), die anfallenden A1-Bescheinigungen zu bearbeiten und zu überprüfen, um so für eine deutlich bessere Datenlage zu sorgen und ... Beanstandungsverfahren durchzuführen, und über die Einleitung dieser Verfahren auch den Zoll sowie die anderen Sozialversicherungsträger und Arbeitsschutzbehörden zu unterrichten“.

Soweit damit auf die bei der Datenstelle der Rentenversicherung (DSRV) geführte A1-Datei Bezug genommen wird, ist auf Folgendes hinzuweisen:

Gemäß § 150 Abs. 3 SGB VI werden in der A1-Datei, die bei der DSRV geführt wird, alle Entsendebescheinigungen, bei denen die deutschen Rechtsvorschriften keine Anwendung finden, gespeichert. Die DSRV kann dabei nur diejenigen Entsendevorgänge registrieren, die ihr von den ausländischen Trägern tatsächlich (postalisch oder elektronisch) mitgeteilt werden.

Aus Gründen des Datenschutzes werden die gespeicherten Daten spätestens fünf Jahre nach dem Ablauf des in der Bescheinigung oder dem entsprechenden strukturierten Dokument genannten Geltungszeitraums oder, wenn dieser nicht genannt ist, nach Ablauf des Zeitraums, auf den sich der Sachverhalt bezieht, gelöscht.

Durch die „Gemeinsamen Grundsätze“ nach § 150 Absatz 3 Satz 12 SGB VI vom 23. April 2012 findet bei der Erfassung der Entsendebescheinigungen eine Routineprüfung statt, bei der gewisse fehlende Angaben eine Rückfrage bei der ausstellenden oder ggf. der bezeichneten Stelle im Ausland auslösen. Eine inhaltliche Prüfung der Datenfelder durch die IT findet an dieser Stelle nicht statt.

Den zuständigen Behörden der Zollverwaltung, den Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung ist durch ein webbasiertes Abrufverfahren dieser Datenbestand zugänglich (§ 150 Absatz 5 SGB VI). Weiterhin gibt es in der Web-Anwendung Funktionen, mit denen durch die Prüfbehörden gekennzeichnet werden kann, ob ein Unternehmen oder eine einzelne Bescheinigung geprüft wird.

Da die DSRV mit der bei ihr geführten A1-Datei nur die Datenbasis für die Prüfinstanzen zur Verfügung stellt, ist eine Beteiligung ihrerseits am Dialog- und Vermittlungsverfahren nach Maßgabe des Beschlusses Nr. A1 vom 12. Juni 2009 (ABl. C 106 vom 24.4.2010, S. 1) zwischen diesen Stellen und den die Entsendebescheinigungen ausstellenden ausländischen Trägern nicht vorgesehen und nicht notwendig. Führt das Dialog- und Vermittlungsverfahren zwischen der Prüfinstanz (FKS) und dem ausstellenden Träger zu einer Rücknahme der A1-Bescheinigung, wird der zuständige Rentenversicherungsträger eingebunden, um die ausstehenden Beiträge in eigener Zuständigkeit zu ermitteln und nachzufordern. Auch insoweit ist eine Änderung oder Ausweitung der bestehenden Regelungen zum Dialog- und Vermittlungsverfahren und zum gegenseitigen Informationsaustausch nicht erforderlich.

Im Übrigen ist zu beachten, dass die arbeitsrechtlichen Regelungen der Entsenderichtlinie und die sozialversicherungsrechtlichen Grundlagen der A1-Bescheinigung nicht vermischt werden dürfen. Die Zusammenarbeit im Hinblick auf Informationen über die Gültigkeit von A1-Bescheinigungen ist nicht Gegenstand der Entsenderichtlinie. Rechtsgrundlage für die A1-Bescheinigung, die das im Einzelfall anwendbare Recht dokumentiert, sind die Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und (EG) Nr. 987/2009.