

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

Betriebsitzes 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
Arbeitsbedingungen 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.