

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 27. Juni 2005

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes**  
- Drucksache 15/5445 -

Franz Josef Düwell, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Erfurt

### Stellungnahme zu den im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes aufgeworfenen Rechtsfragen:

#### 1) Vereinbarkeit mit Europäischem Recht:

Nach der zwölften Begründungserwägung der Richtlinie 96/71 hindert das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran, ihre Gesetze oder die von den Sozialpartnern abgeschlossenen Tarifverträge auf sämtliche Personen anzuwenden, die – auch nur vorübergehend – in ihrem Hoheitsgebiet beschäftigt werden, selbst wenn ihr Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedsstaat ansässig ist (EuGH, Urteil vom 14. April 2005 C- 341/02 DB 2005, 948). Das gilt auch für die im Entwurf vorgesehene Ausweitung auf alle Branchen.

Wie der EuGH entschieden hat, verlangt der Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Dienstleistenden auf Grund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen - selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedsstaaten gelten - sofern sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem Mitgliedsstaat ansässig ist und der dort rechtmäßig inländische Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2001 verbundene Rechtssachen - C 49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 - Finalarte u.a. EuGHE I 2001, 7884). Regelungen über Mindestarbeitsbedingungen können, sofern sie für alle im Aufnahmemitgliedsstaat tätigen Personen oder Unternehmen gelten, gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen, soweit dieses Interesse nicht bereits durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedsstaat unterliegt, in dem er ansässig ist und sofern sie geeignet sind, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne über das hinauszu- gehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört nach dieser Entscheidung der Schutz der Arbeit-

nehmer. Das BAG hat dem folgend die Erstreckung der Mindesturlaubsbedingungen nach § 1 Abs.1 S1 AEntG auf Arbeitsverhältnisse für aus Portugal entsandte Bauarbeiter für zulässig erachtet (BAG, Urteil vom 20. Juli 2004 – 9 AZR 343/03- AP Nr 18 zu § 1 AEntG).

#### 2) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit:

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat im Verfahren über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde die Verfassungsmäßigkeit von § 1 Abs.3a AEntG sowohl im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG als auch im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG bejaht (BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2000 - 1 BvR 948/00 - NJW 2000, 3704).

In Leitsätzen zusammengefasst lautet die Begründung:

„Wenngleich durch die Geltungserstreckung des Mindestlohn- Tarifvertrages aufgrund der BauArbbV ein mittelbarer Druck entstehen kann, um der größeren Einflussmöglichkeit willen Mitglied einer der tarifvertrags-schließenden Parteien zu werden, ist dieser nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde.

Da eine Rechtsverordnung nach § 1 Abs 3a AEntG nur erlassen werden kann, wenn zumindest eine der tarifver-tragsschließenden Parteien durch einen entsprechenden Antrag ihr Interesse daran bekundet hat und auch den Außenseitern aufgrund ihres Rechts zur vorherigen schriftlichen Stellungnahme nicht jede Einflussmöglich-keit genommen ist, war der Gesetzgeber auch frei, sich für eine andere Rechtsform als die in TVG § 5 vorgese- hene Allgemeinverbindlicherklärung zu entscheiden.

Im Hinblick darauf, dass einerseits der angesprochene Personenkreis und die regelbare Materie in §§ 1, 7 AEntG abschließend aufgezählt werden, andererseits nur bereits tarifvertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen in einer bestimmten Branche erfasst sind, sind die Bestim-mungsanforderungen an eine Verordnungsermächtigung iSv GG Art 80 Abs 1 S2 erfüllt.“

Obwohl dieser Beschluss zu einer kritischen, ablehnen- den Stellungnahme eines führenden Verfassungsrechtlers

führte (Scholz, Anmerkung, SAE 2000, 265 [266 ff.]), hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts dennoch eine Verfassungsbeschwerde gegen die Dritte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 21. August 2002 - 3. BauArbbV - (BGBl. I S. 3372) in Verbindung mit § 1 Abs. 3 a AEntG wegen fehlender Aussicht auf Erfolg nicht zur Entscheidung angenommen. Zur Begründung hat sie auf den Beschluss vom 18. Juli 2000 - 1 BvR 948/00 - verwiesen und keinen Anlass für eine abweichende Bewertung der Verfassungsrechtslage gesehen (BVerfG, Beschluss vom 26. November 2002 - 1 BvR 908/03 -).

Die Rechtsprechung der Fachgerichte ist dem ohne jede Einschränkung gefolgt. So hat das Landessozialgericht für das Land Brandenburg erkannt: Eine Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages durch Rechtsverordnung für den Mindestlohntarifvertrag berührt nicht die positive oder negative Koalitionsfreiheit des Art 9 Abs 3 GG (Urteil vom 24. September 2002 - L 2 RJ 55/02 HVBG-INFO 2003, 349). Das OVG Berlin (OVG Berlin, Urteil vom 10. März 2004 -1 B 2.02- ArbuR 2004, 351) hat in einem von einigen Unternehmen der Bauindustrie auf Feststellung der Unwirksamkeit der Rechtsverordnung nach § 1 Abs.3 a AEntG betriebenen Verfahren erkannt:

„Die 2. BauArbbV in Verbindung mit § 1 Abs. 3 a AEntG verstößt insbesondere weder gegen die positive noch gegen die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) der Klägerinnen. Durch eine Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe werden sie weder zwangsweise Mitglied einer der Tarifvertragsparteien des TV Mindestlohn noch wird es ihnen unmöglich gemacht, sich mit anderen zu Koalitionen zusammenzuschließen. Ein mittelbarer, faktischer Druck wegen der größeren Einflussmöglichkeit Mitglied einer Tarifvertragspartei des TV Mindestlohn zu werden, ist nicht so erheblich, dass dadurch die negative Koalitionsfreiheit der Klägerinnen verletzt würde.“

Das Bundesarbeitsgericht hat in seinem Urteil vom 25. Juni 2002 - 9 AZR 405/00 - (NZA 2003, 275 [281]) zur Erstreckung des tariflichen Urlaubskassenverfahrens des Baugewerbes entschieden, dass der Gesetzgeber frei sei, die geeignete Rechtsform auszuwählen, auf Grund derer die zwingende Wirkung eines Tarifvertrages herbei geführt werden könne.

Fraglich ist bei der mit dem Änderungsgesetz beabsichtigten Ausweitung allein, ob der Entscheidung vom 18. Juli 2000 (1 BvR 948/00) eine Einschränkung entnommen werden kann, dass die Bestimmungsanforderungen an eine Verordnungsermächtigung iSv Art 80 Abs 1 S2 GG nur dann erfüllt seien, solange die tarifvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen in einer bestimmten Branche erfasst seien. M.E. hat das BVerfG keinen derartigen tragenden Rechtssatz aufgestellt, sondern nur rhetorisch verstärkend auf den überschaubaren Geltungsbereich der zu beurteilenden Rechtsverordnung hingewiesen. Die beabsichtigte Aufhebung der Branchenvorbehalte in § 1 Abs.1 und 2 AEntG erweitert mittelbar das Ausmaß der in § 1 Abs.3a AEntG abstrakt geregelten Ermächtigung. Das macht die Ermächtigung nicht unbestimmt; denn nach dem Wortlaut der Norm war und ist der Ordnungsgeber ermächtigt, einen jeden Mindestarbeitsbedingungs-Tarifvertrag, der die in der Norm beschriebenen Voraussetzungen erfüllt, für verbindlich

zu erklären. Unbestimmt ist allein der Inhalt der künftig von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen. Darauf kommt es jedoch für Vereinbarkeit mit Art. 80 GG nicht an. Da der Ordnungsgeber nur die von den Tarifvertragsparteien bestimmten Mindestbedingungen 1:1 für verbindlich erklären kann, ist, wenn der Ordnungsgeber von seiner Ermächtigung Gebrauch macht, schon immer schon bestimmt, welche inhaltlichen Mindestbedingungen gelten sollen. Der Ordnungsgeber hat selbst nichts mehr inhaltlich zu gestalten.

### 3) Besondere Anforderungen an die Rechtsverordnung nach § 1 Abs 3 a AEntG ?

Fraglich ist, welche Anforderungen an die Ausübung der Ermächtigung nach § 1 Abs 3a AEntG zu stellen sind. Der Wortlaut der Norm verweist weder auf die Einhaltung des Quorums nach § 5 Abs 1 Nr.1 TVG noch auf die Erforderlichkeit zur Behebung eines sozialen Notstands § 5 Abs 1 S2 TVG. Das Verfahren zur Geltungserstreckung eines Tarifvertrages durch Erlass einer Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung nach § 1 Abs. 3 a Satz 1 AEntG steht selbstständig neben dem Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG durch einen „Rechtssetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtssetzung, der seine eigenständige Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG findet“ (vgl. zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG: BVerfGE 44, 322 [338 ff.]). Aus der Eingangsformulierung „Ist ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages ... gestellt worden, ...“ in § 1 Abs. 3 a Satz 1 AEntG darf nicht geschlossen werden, das ganze Verfahren des § 5 Abs. 1 Satz 1 TVG sei durch zu führen und dessen Erfolglosigkeit zur Voraussetzung gemacht, sondern lediglich zum Ausdruck gebracht worden, dass die Voraussetzungen für das Verfahren nach § 1 Abs. 3 a AEntG bezüglich Abschluss eines Tarifvertrages und Antrag einer Tarifvertragspartei ähnlich wie die des § 5 Abs. 1 TVG sind (OVG Berlin, Urteil vom 10. März 2004 -1 B 2.02- ArbuR 2004, 351). Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 TVG finden jedoch nach § 1 Abs. 3 a Satz 1 AEntG keine Anwendung (OVG Berlin, Urteil vom 10. März 2004 -1 B 2.02- ArbuR 2004, 351). Erforderlich ist ein nur allgemeines öffentliches Interesse an der Regelung; denn jede Normsetzung, auch die durch Erlass einer Rechtsverordnung, stets ein öffentliches Interesse voraus. Bei der Beurteilung dieses allgemeinen öffentlichen Interesses kommt dem Ordnungsgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der eine Ausprägung des mit jedem Rechtssetzungsakt typischerweise verbundenen gesetzgeberischen Ermessens ist. Nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte sind die Grenzen dieses Beurteilungsspielraums beachtet worden, wenn der Ordnungsgeber erkennbar in der Absicht gehandelt hat, den deutschen Bauarbeitsmarkt zu schützen, insbesondere einen gespaltenen Arbeitsmarkt zu verhindern, die kleinen und mittelständischen Unternehmen zu schützen und die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen (OVG Berlin, Urteil vom 10. März 2004 -1 B 2.02- ArbuR 2004, 351). Mit anderen Worten hier ist zu prüfen, welches öffentliche Interesse daran besteht, für den grenzüberschreitenden Arbeitsmarkt zwingend bestimmte tarifliche Mindeststandards festzulegen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese durch Rechtsverordnung erstreckten Mindestbedingungen nach § 1

Abs.1S 3 AEntG ebenso die inländischen Arbeitgeber binden. Eine Unterschreitung durch Vereinbarung speziellerer Tarifverträge, auch durch sogenannte Firmensanierungstarifverträge, ist nicht zulässig; denn auf diese Weise würden ausländische Arbeitgeber, die diese Möglichkeit nicht haben, schlechter gestellt. Das entspricht der Rechtsprechung des BAG (BAG, Urteil vom 20. Juli 2004 – 9 AZR 343/03- AP Nr 18 zu § 1 AEntG). Zur Herstellung einer einheitlichen Rechtsprechung des BAG hat der Neunte Senat zuvor beim Zehnten Senat gemäß § 45 Abs 3 Satz 3 ArbGG angefragt, ob der Zehnte Senat an seiner Rechtsprechung zum Vorrang eines speziellen Tarifvertrages gegenüber dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) in Fällen der Tarifpluralität festhält.

(vgl. BAG, Anfragebeschluss vom 9. September 2003 -9 AZR 478/02 (A)). Der Zehnte Senat hat sich der Auffassung des Neunten Senats angeschlossen, dass nach § 1 Abs 3 AEntG ein inländischer Arbeitgeber, der vom betrieblichen Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Verfahrenstarifvertrages im Sinne § 1 Abs 1 Satz 1 AEntG erfasst wird, im Zusammenhang mit der Gewährung von Urlaubsansprüchen zur Abführung von Beiträgen an eine Urlaubskasse als gemeinsame

Einrichtung der Tarifvertragsparteien gesetzlich verpflichtet ist und diese gesetzliche Bindung durch einen für den Betrieb an sich tarifrechtlich geltenden sachnäheren Tarifvertrag nicht verdrängt wird" (BAG, Beschluss vom 13. Mai 2004 -10 AS 6/04- IBR 2004, 462).

#### **4) Anregung zu einer Ergänzung:**

Es fehlt m. E. eine gesetzliche Regelung über eine ausreichende Publizität der erstreckten tariflichen Mindestarbeitsbedingungen. Der aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer muss von dem Wortlaut der für ihn geltenden Arbeitsbedingungen positiv Kenntnis erhalten, damit er von der gesetzlichen Klagemöglichkeit in Deutschland (§ 8 AEntG) Gebrauch machen kann. Da es nur im Bereich des Baugewerbes für das Urlaubsverfahren eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien gibt, die sich der Durchsetzung von Ansprüchen (beschränkt auf Urlaub widmet), kommt es für die Effizienz des Gesetzes entscheidend darauf an, ob die aus dem Ausland entsandten Arbeitnehmer ihre Rechte selbst durchsetzen können. Dazu bedarf es zumindest der Sicherstellung eines Kenntnisstandes, der dem des Nachweisgesetzes entspricht.

Erfurt, den 24.6.2005