



# **Stellungnahme**

**der Clearingstelle Mittelstand 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 (BR-Drs. 84/20)**

**für das Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie Landes Nordrhein-Westfalen**

Düsseldorf, 9. März 2020

## Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>3</b>
1.1.	Ausgangslage .....	3
1.2.	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 (BR-Drs. 84/20).....	3
1.3.	Vorgehen der Clearingstelle Mittelstand.....	4
<b>2.</b>	<b>Stellungnahmen der Beteiligten.....</b>	<b>5</b>
2.1.	Allgemeine Positionen der Beteiligten .....	5
2.2.	Konkrete Positionen der Beteiligten .....	6
<b>3.</b>	<b>Votum.....</b>	<b>14</b>

## 1. Einleitung

### 1.1. Ausgangslage

Der Gesetzesentwurf (BR-Drs. 84/20) zielt darauf ab, die sich aus der Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen ergebenden Vorgaben in deutsches Recht umzusetzen.

Die Änderungsrichtlinie verfolgt das Ziel, das Verhältnis zwischen der unionsrechtlich geschützten Dienstleistungsfreiheit und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen einerseits und den Schutz der Rechte der im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit von ihrem Arbeitgeber grenzüberschreitend entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer andererseits neu auszutarieren. Zudem wird vorgeschrieben, dass die inländischen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auf einer einzigen offiziellen nationalen Website „unverzüglich und in transparenter Weise“ veröffentlicht werden. Die Staaten sollen „korrekte und aktuelle Informationen“ darüber bereitstellen, welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen und/oder Teile ihres nationalen Rechts auf Arbeitnehmer anzuwenden sind, die in ihr Hoheitsgebiet entsandt werden.

Hintergrund ist, dass die Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 am 29. Juli 2018 in Kraft getreten ist und die Mitgliedsstaaten verpflichtet, bis zum 30. Juli 2020 die Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen und zu veröffentlichen, die erforderlich sind, um der Änderungsrichtlinie nachzukommen.

### **1.2. 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 (BR-Drs. 84/20)**

Der Clearingstelle Mittelstand liegt der Regierungsentwurf 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 (Stand 21.02.2020) vor. Die Umsetzung der Änderungsrichtlinie erfordert in erster Linie Änderungen im Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG).

Die wesentlichen Kernregelungen sind:

- Der Katalog der nach dem AEntG anwendbaren Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wird entsprechend den Vorgaben der Änderungsrichtlinie angepasst. Die Erweiterung gilt sowohl für die in Rechts- und Verwaltungsvorschriften als auch für die in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen geregelten Arbeitsbedingungen.
- Die Zuständigkeit der Behörden der Zollverwaltung für die Prüfung von Entlohnungsbedingungen wird ausgeweitet.
- Der Anwendungsbereich des AEntG wird hinsichtlich der Arbeitnehmerüberlassung klargestellt und die vorgeschriebenen Informationspflichten werden eingeführt. Für langzeitentsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wird unter Berücksichtigung der Ausnahmen, die in der Änderungsrichtlinie vorgesehen sind, die Anwendung aller nach deutschem Recht zwingenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen vorgeschrieben.

- In bestimmten, klar definierten Fallgruppen, wird die Anwendung des AEntG ausgeschlossen, wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für ihren im Ausland ansässigen Arbeitgeber in Deutschland keine Dienstleistung gegenüber Dritten erbringen.
- Für den Straßenverkehr gelten die Änderungen des AEntG im Einklang mit den Vorgaben der Änderungsrichtlinie nicht.

### **1.3. Vorgehen der Clearingstelle Mittelstand**

Das Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen ist mit Schreiben vom 27. Februar 2020 an die Clearingstelle Mittelstand mit der Bitte herangetreten, den o.g. Regierungsentwurf im Wege eines beratenden Clearingverfahrens (§ 6 Abs. 5 MFG NRW) auf seine Mittelstandsverträglichkeit zu überprüfen und eine gutachterliche Stellungnahme zu erarbeiten.

Die Clearingstelle Mittelstand hat die nach dem Mittelstandsförderungsgesetz an Clearingverfahren beteiligten Institutionen über den Überprüfungsauftrag informiert.

Die beteiligten Organisationen sind:

- IHK NRW - Die Industrie- und Handelskammern in Nordrhein-Westfalen
- Handwerk.NRW (Nordrhein-Westfälischer Handwerkstag)
- Westdeutscher Handwerkskammertag (WHKT)
- unternehmer nrw – Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalen e.V.
- Verband Freier Berufe im Lande Nordrhein-Westfalen e.V. (VFB NW)
- Städtetag Nordrhein-Westfalen
- Städte- und Gemeindebund Nordrhein-Westfalen
- Landkreistag Nordrhein-Westfalen
- Deutscher Gewerkschaftsbund Bezirk Nordrhein-Westfalen (DGB NRW)

Mit Schreiben vom 27. Februar 2020 wurden alle Beteiligten um eine Stellungnahme zu dem o.g. Gesetzesentwurf gebeten.

Folgende Stellungnahmen liegen der Clearingstelle Mittelstand vor:

- DGB NRW
- Gemeinsame Stellungnahme von Handwerk.NRW und WHKT
- unternehmer nrw

Die Clearingstelle Mittelstand hat die eingegangenen Stellungnahmen ausgewertet und gebündelt. Auf dieser Basis hat sie für das Ministerium für Wirtschaft, Innovation, Digitalisierung und Energie NRW eine Beratungsvorlage mit einem Gesamtvotum zu dem vorliegenden Gesetzesentwurf erstellt.

## 2. Stellungnahmen der Beteiligten

### 2.1. Allgemeine Positionen der Beteiligten

Der DGB NRW und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen die Absicht der Bundesregierung, die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu verbessern. Der Gewerkschaftsbund moniert indes, dass der Kabinettsentwurf (KabE) jedoch den formulierten Zielen der revidierten EU-Entsenderichtlinie nicht vollumfänglich gerecht werde. Der DGB Bundesvorstand habe bereits in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf ausführlich ausgeführt, dass die geplante nationale Umsetzung an einigen Stellen sogar unionsrechtswidrig ist und zugleich den öffentlichen Ankündigungen des Bundesarbeitsministers hinsichtlich einer Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen Entsandter widerspricht. Auch bleibe er hinter den zum Thema Entsendung im Koalitionsvertrag vereinbarten Verpflichtungen zurück.

Weiter führt der DGB NRW aus, dass die im KabE vorgesehenen arbeitsschutzrechtlichen Regelungen keinesfalls den benannten Anforderungen der Richtlinie genügen. Defizitäre Überwachung und Kontrollen, die unzureichende Zusammenarbeit der unterschiedlichen Behörden, die Erfassung von Arbeitsunfällen entsandter Beschäftigter sowie die Gewährleistung von menschenwürdigen Unterkünften müssten durch entsprechende Regelungen sichergestellt werden. Zudem sei nach wie vor in Deutschland die Umsetzung der Anforderungen der Durchsetzungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie nicht erfolgt.

Die nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen bewerten die Zielsetzung – das mit der Änderungsrichtlinie angestrebte Gleichgewicht zwischen der unionsrechtlich geschützten Dienstleistungsfreiheit und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen einerseits und den Schutz der Rechte der im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit von ihrem Arbeitgeber grenzüberschreitend entsandten Arbeitnehmern andererseits neu auszutarieren – mit dem vorliegenden Gesetzentwurf grundsätzlich als erfolgreich umgesetzt.

Die Kooperation mit ausländischen Subunternehmen sei für viele Handwerksbetriebe ein wichtiges Mittel, um dem hiesigen Fachkräftemangel entgegenzuwirken. Die Umsetzung der Änderungsrichtlinie dürfe demzufolge nicht dazu genutzt werden, die Dienstleistungsfreiheit und die Entsendung von Arbeitnehmern aus EU-Mitgliedstaaten unverhältnismäßig zu erschweren. In einzelnen Bereichen sehen WHKT und Handwerk.NRW Änderungsbedarfe.

unternehmer nrw kritisiert, dass in den letzten Jahren die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben für die Entsendung von Beschäftigten innerhalb der Europäischen Union so verschärft wurden, dass der Aufwand für Unternehmen in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis mehr stehe. Schon die Durchsetzungs-Richtlinie zur Entsenderichtlinie (2014/67/EU), die bis 2016 in nationales Recht umgesetzt werden musste, habe zu einem wahren Flickenteppich an unterschiedlichsten nationalen Melde- und Dokumentationspflichten für Arbeitgeber geführt. Durch die Revision der Entsenderichtlinie werde, so unternehmer nrw, der grenzüberschreitende Mitarbeitereinsatz innerhalb der EU noch komplexer und bürokratischer. Statt sich auf das Kerngeschäft zu konzentrieren, müssten Unternehmen unter steigendem Personaleinsatz einen immer größer werdenden finanziellen Aufwand betreiben, um sämtliche bürokratischen Anforderungen zu erfüllen. Das treffe vor allem kleine und mittelständische Unternehmen.

unternehmer nrw fordert, dass der Gesetzgeber daher bei der Umsetzung der revidierten Entsenderichtlinie umso mehr darauf achten müsse, 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. Gerade im Exportland Nordrhein-Westfalen sichere der Europäische Binnenmarkt mit der Freizügigkeit von Personen, Dienstleistungen, Waren und Kapital Wohlstand und Arbeitsplätze. Die Revision der Entsenderichtlinie liegt, so unternehmer nrw, im Widerspruch zu diesen europäischen Grundfreiheiten.

## 2.2. Konkrete Positionen der Beteiligten

### §§ 2, 2a AEntG

unternehmer nrw führt aus, dass in Deutschland aktuell keine über Mindestentgeltsätze hinausgehende, auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften beruhende „Entlohnungs“-Bedingungen existieren und zunächst also durch die Änderungen keine direkten neuen Belastungen drohen. Die Richtlinie sehe zudem vor, dass die Mitgliedstaaten eine nationale Website einrichten müssen, auf der die von ausländischen Dienstleistungserbringern einzuhaltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in einfacher und transparenter Weise zu entnehmen sind. unternehmer nrw begrüßt, dass die Bundesregierung dieser Verpflichtung nachkommen und dazu die Website [www.zoll.de](http://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 unternehmer nrw zufolge abzuwarten, ob die Weiterentwicklung der Website diesen selbst gestellten Anforderungen der Bundesregierung zukünftig in der Praxis standhalten wird.

### § 2b AEntG

unternehmer nrw lehnt die unwiderlegliche Vermutung des Zulagenzwecks in § 2b Abs. 2 AEntG in dieser Form ab. Die Entsenderichtlinie erfordere nicht, dass eine Vermutung durch den Verpflichteten nicht widerlegt werden kann. Die Bundesregierung gehe damit über die Richtlinie 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, so unternehmer nrw, die Bundesregierung hier zumindest den nachträglichen Nachweis des entsendenden Unternehmens über die Zweckbestimmung zulassen. Die mit dem Beschluss des Bundeskabinetts neu in den Begründungstext (zu § 2b Satz 4) aufgenommene Möglichkeit, 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“, sei unzureichend. Wenn die Vermutung richtigerweise widerleglich als Regelvermutung durch den Gesetzgeber ausgestaltet sein soll, müsse dies im Gesetzestext selbst klar normiert werden.

### §§ 3 bis 9 AEntG – Anwendung tariflicher Arbeitsbedingungen

unternehmer nrw führt aus, dass § 3 AEntG deutlich ausgeweitet wird, 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, so unternehmer nrw, hier also zwei bedeutsame Fallgruppen geben: allgemeinverbindliche Tarifverträge und Rechtsverordnungen. Positiv ist aus Sicht des Unternehmerverbandes 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.

Ob die Begrenzung der Differenzierung nach Art und Tätigkeit der Qualifikation auf drei Entgeltstufen die Bürokratie und den Aufwand der Arbeitgeber in Grenzen halten kann, sei noch fraglich. Die Erfahrungen im Baugewerbe, wo schon heute mit Lohngruppe 1 und 2 im für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag zwei Stufen bestehen, seien eher negativ. Schon dort gelinge es 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 bleibe abzuwarten, ob die Weiterentwicklung der Website [www.zoll.de](http://www.zoll.de) im tariflichen Bereich den selbst gestellten Anforderungen der Bundesregierung in der Praxis standhält. Die gewählte Struktur mag es zufolge vielleicht Kennern der Materie erleichtern, den Überblick zu behalten. unternehmer nrw äußert jedoch starke Zweifel, ob ausländische Dienstleistungserbringer die einzuhaltenden tariflichen Arbeitsbedingungen in einfacher und transparenter Weise entnehmen bzw. erkennen werden können.

Die Ausweitung der anzuwendenden tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen auf eine Vielzahl an Entlohnungsbedingungen erhöht unternehmer nrw zufolge den Transaktions- und Verwaltungsaufwand für die entsendenden Unternehmen erheblich. Es dürfte demnach schon bezweifelt werden, dass der im Kabinettsbeschluss beschriebene Aufwand für den ausländischen Arbeitgeber, 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 basiere die Annahme der tatsächlichen Fallzahlen auf veraltetem, statistischem Zahlenmaterial aus dem Jahr 2017. Die Zahl der formal angemeldeten grenzüberschreitenden Tätigkeiten habe 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.

Der Unternehmerverband konstatiert, dass für Entsendungen in einige Branchen, wie beispielsweise in die deutsche M+E-Industrie, diese entgeltrechtlichen Neuregelungen allerdings zunächst nichts ändern, da hier kein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag und auch keine Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG existiere.

Der DGB NRW kritisiert mit Blick auf § 5 AEntG, dass in nicht zu rechtfertigender Weise zwischen „Mindestentgeltsätzen“ und „darüber hinausgehenden Entgeltbestandteilen“ differenziert werde. Sinn und Zweck dieser Differenzierung ist, bei Erstreckung eines Tarifvertrages durch Rechtsverordnung richtlinienwidrig nur Mindestentgeltsätze zu berücksichtigen, nicht jedoch die gesamte Entlohnung. Der DGB NRW fordert, dies müsse dringend dahingehend geändert werden, dass auch die zusätzlichen Entgeltbestandteile durch Rechtsverordnung

erstreckt und damit durch den Zoll kontrolliert werden und schließlich die Nichtzahlung auch bußgeldbewehrt ist. Der KabE sehe darüber hinaus richtlinienwidrig und in nicht zu rechtfertigender Weise vor, dass bei Erstreckung von Tarifverträgen durch Rechtsverordnung maximal nur drei Entgeltstufen Anwendung finden sollen, nicht jedoch das gesamte Entgeltgitter. Die Beschränkung der Zahlung bloßer Mindestentgeltsätze sowie bis zu drei Entgeltstufen eines Entgeltgitters (Differenzierungen nach Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung) bei Erstreckung von Tarifverträgen durch Rechtsverordnung hat dem DGB NRW zufolge z.B. erhebliche negative Auswirkungen auf die Anwendung der im Pflegebereich bestehenden Tarifverträge und die Anwendung der dortigen Entlohnungssysteme und Entgeltgitter, wenn diese über § 11 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) für Entsandte per Rechtsverordnung erstreckt werden, da auch hier dann nur die Mindestentgeltsätze und auch lediglich nur drei Entgeltstufen erstreckt werden. In Bezug auf Tarifverträge, die über Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) Anwendung finden sollen, bleibe zudem unklar, ob wenigstens hier die gesamte Entlohnung zu zahlen sei und das gesamte Entgeltgitter erstreckt werden könne.

Der Gesetzestext könne, so der DGB NRW, durchaus nur dahin gehend verstanden werden, dass auch bei der Anwendung von AVE-Tarifverträgen lediglich drei Entgeltstufen zu zahlen sind. Hier sei eine Klarstellung im Gesetzestext erforderlich, da sonst erhebliche Rechtsunsicherheit entstehe.

Der DGB kritisiert, dass laut vorliegendem KabE in unionsrechtwidriger Weise mit Ausnahme von Fällen von Langzeitentsendungen nach wie vor nur sog. „bundesweite“ AVE-Tarifverträge Anwendung finden. Damit ist in der Mehrheit der Fälle die Anwendung regionaler allgemeinverbindlicher Tarifverträge richtlinienwidrig ausgeschlossen. Darüber hinaus mache die Bundesregierung derzeit nicht von der erweiterten Erstreckungsmöglichkeit allgemein wirksamer Tarifverträge Gebrauch. Zudem fehle ein Anwendungsbefehl im AEntG, um die Ausdehnung vergaberechtlicher Bestimmungen und dort geregelter Tarifanwendung im jeweiligen Landesrecht auf Unternehmen der europäischen Mitgliedstaaten sowie Drittstaaten zu gewährleisten.

### **§ 13b AEntG Zusätzliche Arbeitsbedingungen**

unternehmer nrw führt an, dass durch diese komplexe Regelung, wonach spätestens ab 18 Monaten ein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen ist, Langzeitentsendungen massiv erschwert werden und zwingend vertiefte Rechtskenntnisse in zwei Rechtsordnungen erforderten, was in der Praxis selbst für Spezialisten nur schwer abbildbar ist. Es bestehe eine große Rechtsunsicherheit für deutsche und ausländische Unternehmen. Die Unternehmen stünden von nun an vor der Frage, 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 Gesetzesentwurf des Bundeskabinetts werden einige Beispiele für möglicherweise anwendbare Arbeitsrechtskomplexe gegeben. Allerdings werde hier selbst auf den nicht abschließenden Charakter dieser Übersicht hingewiesen. Da ausländische Arbeitgeber mit diesen komplexen Rechtsfragen in der Regel überfordert sein werden, sei zu erwarten, dass in der Praxis die Entsendedauer auf maximal 18 Monate zurückgehen wird. Die neue Vorgabe wirke damit aber indirekt als objektive Zugangsschranke und schränke die unionsrechtlich geschützte Dienstleistungsfreiheit unverhältnismäßig ein und beschädige diese.



unternehmer nrw fordert, dass die wesentlichen Inhalte der anwendbaren allgemeinverbindlichen Tarifverträge vereinfachend zusammengestellt und auf der einheitlichen Website benutzerfreundlich aufbereitet werden, um unternehmensseitig diesen Anforderungen nachkommen zu können. Zudem sei es dauerhaft erforderlich, die entsprechenden Informationen aktuell zu halten. Dies könne sich jedoch nicht in der Wiedergabe der Titel und des Volltextes erschöpfen. Hier müsse die Bundesregierung auch die zu erstellenden Übersichten in weitere Amtssprachen übertragen, damit der Transparenzpflicht für ausländische Unternehmen Genüge getan werden kann.

Im Beschluss des Bundeskabinetts wurden, so unternehmer nrw, 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 genügt die Textform nach § 126b BGB. Diese Änderung ist aus Sicht von unternehmer nrw ausdrücklich zu begrüßen. Dass so zukünftig auch eine Mitteilung per E-Mail möglich ist, sei im Hinblick auf neue Kommunikationsformen dringend geboten.

Der DGB NRW moniert, dass eine ausdrückliche Regelung fehle, 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 erst nach 18 Monaten haben müssen. Auch vor dem Hintergrund der Notwendigkeit einer verbesserten Auswertung von Entsendemitteilungen sowie der Erweiterung von Unterrichtungspflichten, bedarf es aus Sicht des DGB NRW weiterer Klarstellungen.

### **§ 13c AEntG - Berechnung der Beschäftigungsdauer im Inland**

Mit Blick auf die Berechnung der maßgeblichen Beschäftigungsdauer moniert unternehmer nrw, dass die Regelungen bzgl. einer möglichen Unterbrechung zu unbestimmt sind. Es sollte ein weiterer Absatz eingefügt werden, damit die Unternehmen Rechtssicherheit haben, ab wann die Frist wieder von vorn zu laufen beginne. Diese Klärung dürfe nicht der Rechtsprechung überlassen werden. Vorbild könnte die Regelung des § 21 Abs. 1b S. 2 AÜG sein; danach dürfen „[...] zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monaten liegen“.

Aus Sicht der nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen ist die Vorschrift des § 13c Abs. 5 AEntG-E unklar, 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 nach den § 13c Abs. 1 bis 3 AEntG-E im Inland gemäß § 13c Abs. 1 bis 3 AEntG-E weiter beschäftigt werde. Offen sei 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, erschließe sich nicht und berge daher für Entsendebetriebe eine erhebliche 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 könne nicht im Sinne der freien Dienstleistungserbringung und der Arbeitnehmerfreizügigkeit im europäischen Binnenmarkt sein.

### **§ 15 AEntG - Gerichtstand**

Unternehmer NRW bewertet die Begründung des deutschen Gerichtsstands für die erweiterten Ansprüche nach Abschnitt 4b als konsequent, da dies der bisherigen Systematik des bestehenden AEntG folge. Die noch im Eckpunktepapier enthaltene Ankündigung, dass zukünftig Gewerkschaftsorganisationen stärker die Rechte der entsandten Arbeitnehmer geltend machen sollen, also quasi eine Prozessstandschaft für deutsche Gewerkschaften angedacht wurde, sei richtigerweise im Gesetzentwurf des Bundeskabinetts nicht mehr enthalten. Dies wäre weit über die Vorgaben der Entsenderichtlinie hinausgegangen und zudem immanent systemfremd gewesen, so der Unternehmerverband.

Der DGB hingegen kritisiert, dass die Einführung einer Verbandsklage nicht vorgesehen sei, insbesondere mit Blick darauf, dass abschreckende Sanktionen fehlten, um Verstöße hinreichend und entsprechend der Möglichkeiten der Entsenderichtlinie zu unterbinden und zu ahnden.

### **§§ 16 – 23 AEntG - Kontrolle und Durchsetzung durch staatliche Behörden**

Im Zuge der Umsetzung der EU- Änderungsrichtlinie werde den nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen zufolge der „harte Kern“ der einzuhaltenden Mindestarbeitsbedingungen verlassen. Künftig müssten Entsendebetriebe nicht nur die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze sowie Urlaubskassenbeiträge leisten. Die Verpflichtung beziehe sich zukünftig auch auf die in § 2a AEntG-E näher definierte „Entlohnung“ und die Zahlung von Zulagen sowie der Kostenerstattungen zur Deckung der Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten für Arbeitnehmer, die aus beruflichen Gründen von ihrem Wohnort entfernt sind. Die Zuständigkeit des Zolls gemäß § 16 AEntG-E werde sich weiterhin auf die Prüfung der Einhaltung der Arbeitsbedingungen gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 bis 4 AEntG-E konzentrieren. Neu ist, dass die bisherigen Prüfungsaufgaben der FKS auch um Unterkunftsregelungen, die ein Entsendebetrieb seinen entsandten Arbeitnehmern gewährt, erweitert werden sollen.

Aus Sicht der nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen ist zu befürchten, dass aufgrund dieser Entwicklung die FKS ihre Kontrollaktivitäten noch stärker auf Großbaustellen bzw. Großobjekte konzentrieren werde, da die Überprüfung kleiner Betriebe den dafür nötigen Aufwand nicht lohne und zu hohe finanzielle und personelle Kapazitäten binde. Da weiterer Personalaufbau bei der FKS in absehbarer Zeit nicht zu erwarten sei, drohe 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.

Der DGB NRW begrüßt, dass im vorliegenden KabE anders als noch im Referentenentwurf von wesentlichen Einschränkungen der Zuständigkeit des Zolls hinsichtlich der Überprüfbarkeit 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 sei erfreulich und setze jetzt um, was die Entsenderichtlinie vorsieht.

## § 24 AEntG - Sonderregelungen für bestimmte Tätigkeiten

Grundsätzlich begrüßt unternehmer nrw die Ausnahmetatbestände für Erstinstallationsarbeiten und für Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug. Die Einschränkung der Ausnahme für Erstmontagearbeiten auf einmalig maximal 8 Tage im Zeitraum von einem Jahr lehnt der Unternehmerverband jedoch entschieden ab.

Die Regelung falle deutlich hinter die Vorgaben der zugrundeliegenden Entsenderichtlinie zurück. Dort gilt diese Ausnahme „bis 8 Tage“ ohne jede Einschränkung für die „Dauer der Entsendung für eine Erstinstallation“ und verbiete nicht, dass weitere Erstinstallationseinsätze im Aufnahmeland stattfinden. Es sollten keine zusätzlichen Hürden für Entsendungen nach Deutschland aufgestellt werden. Die Norm orientiere sich am jetzigen § 6 AEntG und dort sei die Einschränkung auf ein Jahr ebenfalls nicht enthalten. unternehmer nrw fordert, den Zusatz „innerhalb eines Jahres“ daher zu streichen. Für die Beschränkung auf einen allgemeinen einmaligen Erstinstallationseinsatz in diesem Jahreszeitraum in Deutschland finde sich daher gerade keine Grundlage in der Richtlinie. Um der laut Koalitionsvertrag gebotenen Selbstverpflichtung der Bundesregierung zu einer 1:1 Umsetzung europäischen Rechts nachzukommen, müsse 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 sei unternehmer nrw zufolge 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 wird die zeitliche Beschränkung dieser wichtigen Ausnahmeregelung abgelehnt. Sie müsse vielmehr zeitlich uneingeschränkt gelten und könne so lediglich klarstellenden Rechtscharakter haben.

Mit Blick auf den Signalcharakter deutscher Regelungen führt unternehmer nrw aus, dass diese vorgenannten Ausnahmeregelungen zwar leider nur für Inbound-Sachverhalte gelten, d. h. für ausländische Arbeitnehmer, die nach Deutschland entsendet werden. Sie haben aber dennoch einen wichtigen Signalcharakter für andere Mitgliedstaaten und deren Umsetzungsgesetze. Für die ins EU-Ausland entsendenden Unternehmen sollte sich das Bundesarbeitsministerium daher zur Vermeidung eines immer weiter ausufernden Flickenteppichs für ähnliche Ausnahmeregelungen in den anderen EU-Staaten einsetzen.

Ein weiterer positiver Ansatz zur Vermeidung ausufernder Bürokratie könnte, so unternehmer nrw, der Katalog in § 1 Absatz 5 des österreichischen LSD-BG sein, der der Umsetzung der Entsenderichtlinie 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 sei zudem die dort unter der Nummer 8 geregelte Ausnahme für Einkommen oberhalb einer bestimmten monatlichen Bruttoentlohnung. Hier könne von „Sozialdumping“ und Ausbeutung keine Rede mehr sein, so dass Erleichterungen für den Nachweis nationaler Arbeitsbedingungen gerechtfertigt seien. Dieser Ansatz sollte auch in § 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 Ansatz ließe sich so eine Vielzahl unbedenklicher und vor allem wirtschaftlich wünschenswerter Entsendesachverhalte in Hochlohnbranchen von unnötiger Bürokratie befreien.

Der DGB NRW fordert, die vorgesehenen Ausnahmetatbestände deutlich zu reduzieren.

### **§ 25 AEntG - Übergangsbestimmung für Langzeitentsendungen**

Sowohl unternehmer nrw als auch die nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen kritisieren, dass die Bestimmungen eine rückwirkende Inkraftsetzung der Entsenderichtlinie bewirken.

Die nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen monieren, dass die Anrechnungsvorschrift des § 25 S. 2 AEntG-E über die Vorgaben der Änderungsrichtlinie hinausgingen und mutmaßlich eine unzulässige Rückwirkung des Gesetzes darstellen. Hier wird Anpassungsbedarf gesehen.

Vor allem Handwerksunternehmen, die als Generalunternehmer agieren, liefen angesichts der Regelung 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 bedeute 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 finde, sei nahezu ausgeschlossen, zumal auch der Austausch (Rotation) entsandter Arbeitnehmer seitens des Subunternehmens nicht möglich ist (vgl. dazu § 13c Abs. 7 AEntG-E). Hier seien Schadensersatzforderungen der Bauträger gegenüber dem Generalunternehmer wegen Bauverzugs geradezu vorprogrammiert.

Auch unternehmer nrw lehnt diese Neuregelung klar ab, da diese faktisch eine rückwirkende Inkraftsetzung der Entsenderichtlinie darstelle. Mit der Regelung in der aktuellen Form würde in bereits laufende Entsendesachverhalte eingegriffen und das zum Zeitpunkt des Vertragschlusses geltende, zugrundeliegende Recht nachträglich verändert. Der Unternehmerverband kritisiert, dass der rückwirkende Charakter der Übergangsvorschrift in unverhältnismäßiger Weise den Grundsatz des Vertrauensschutzes des entsendenden Arbeitgebers verletzt. Er widerspreche auch 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.“*

Entsende- bzw. Beschäftigungszeiten, die vor Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes liegen, dürfen unternehmer nrw zufolge bei der Berechnung einer Langzeitentsendung nicht mitgezählt werden. Im ungünstigsten Fall müssten sonst bereits am Folgetag nach Inkrafttreten des neuen AEntG arbeitsrechtsvergleichende Systembetrachtungen durch den entsendenden, ausländischen Arbeitgeber durchgeführt werden. Hier handele 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.

## Weitere Anmerkungen

### Verbesserung der innerbehördlichen Kommunikationskanäle

Die nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen sprechen 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 gelte insbesondere für das IMI, das bereits etabliert und grenzübergreifend genutzt werde. 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 reiche den nordrhein-westfälischen Handwerksorganisationen zufolge 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.

### Unterkunftsregelungen

Der DGB NRW moniert, dass der KabE zu Unterkunftsregelungen von Entsandten in unzureichender Weise vorsehe, dass die neuen Regelungen nur auf Zweitunterkünfte bei Einsätzen außerhalb des regelmäßigen Aufenthaltsorts in Deutschland Anwendung finden sollen. Auch das bleibe hinter den Anforderungen der Richtlinie zurück. Zudem sehe der vorliegende Entwurf neuerdings die Möglichkeit vor, dass tarifvertraglich bei Unterbringung / Unterkünften auf Grundlage von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen nach unten abgewichen werden kann. Die Verbindlichkeit von tariflichen Qualitätsanforderungen an Unterkünfte müsse aus Sicht des DGB NRW aufrechterhalten werden.

### 3. Votum

Die Clearingstelle Mittelstand hat den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EU-Entsenderichtlinie einer Überprüfung mit Blick auf die Belange der mittelständischen Wirtschaft gemäß § 6 Abs. 5 MFG NRW unterzogen.

Mit dem Gesetzesentwurf soll die Änderungsrichtlinie 2018/957 mit der Zielsetzung, ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der unionsrechtlich geschützten Dienstleistungsfreiheit einerseits und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen andererseits herzustellen, in nationales Recht umgesetzt werden.

Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen sind in Anbetracht des stetig steigenden Fachkräftemangels darauf angewiesen mit ausländischen Subunternehmen zu kooperieren. In Anbetracht dessen bedarf es einer Umsetzung, die die Dienstleistungsfreiheit nicht unzumutbar erschwert und die Entsendung ausländischer Fachkräfte nach Deutschland in europarechtlich zulässiger Weise unbürokratisch ermöglicht.

Zur Vermeidung zusätzlicher bürokratischer Belastungen und zur Gewährleistung einer 1:1-Umsetzung empfiehlt die Clearingstelle Mittelstand die nachfolgenden Punkte wie folgt zu ändern:

- § 2 b Abs. 2 AEntG als widerlegbare Regelvermutung auszugestalten.
- In § 13c Abs. 5 AEntG zu definieren, welcher Zeitraum mit der Begrifflichkeit „unmittelbarer Anschluss“ gemeint ist bzw. ab wann die Frist wieder von vorne beginnt.
- In § 24 Abs. 1 bei der normierten Ausnahme für die Erstmontage und Einbauarbeiten die Wörter „innerhalb eines Jahres“ zu streichen.
- In § 24 Abs 2 bei der normierten Ausnahme für Auslandseinsätze ohne Dienstleistungserbringung für Dritte die Zeitbeschränkung zu streichen.
- § 25 S. 2 AEntG so abzufassen, dass Entsende- und Beschäftigungszeiten, die vor Inkrafttreten des Umsetzungsrichtliniengesetzes liegen, bei der Berechnung der Langzeitentsendung nicht mitgezählt werden.