

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, beschäftigten 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 Gesicht- 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