



Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Frank Bayreuther, Passau

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 8. Mai 2023 zum

Gesetzentwurf der Bundesregierung

**Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Entsendung von Kraftfahrern und Kraftfahrerinnen im
Straßenverkehrssektor und zur grenzüberschreitenden Durchsetzung des Entsenderechts**

20/6496

Siehe Anlage

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Entsendung von Kraftfahrern und Kraftfahrerinnen im Straßenverkehrssektor und zur grenzüberschreitenden Durchsetzung des Entsenderechts, BT-Drs. 20/6406

Ausschuss für Arbeit und Soziales, Anhörung am 8. Mai 2023

1. Allgemeines

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf sollen unionsrechtliche Vorgaben aus dem Bereich des Entsenderechts mit Blick auf den Straßenverkehr umgesetzt werden. Wie nicht zuletzt die Berichterstattung in der Tagespresse der vergangenen Wochen unterstreicht handelt es sich dabei um ein soziapolitisch ausgesprochen wichtiges Vorhaben. Bis zuletzt war unklar, ob und inwieweit das Entsenderecht bei grenzüberschreitenden Speditions- und Omnibusfahrten Geltung erlangt und damit, ob und wann aus dem Ausland entsandte Fahrerinnen und Fahrer einen Anspruch auf den deutschen Mindestlohn haben, wenn sie im Bundesgebiet tätig werden. Dies führte nicht nur zu Verwerfungen auf dem Arbeitsmarkt, sondern auch zu einer erheblichen, nicht mehr hinnehmbaren Rechtsunsicherheit (divergierende bis diametral entgegengesetzte Rechtsprechung der Finanzgerichte, Vertragsverletzungsverfahren der Kommission, Aussetzung von Kontrollen durch das BMAS, weitgehend Uneinigkeit in der Literatur usw.). Die europäische Union hat hierauf im Juli 2020 mit dem Erlass einer Richtlinie reagiert, die es nun umzusetzen gilt. Alles in allem ist der Gesetzesentwurf daher zu begrüßen.

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf Aspekte des Unions- und Entsenderechts und mithin auf die Erstreckung inländischer Mindestarbeitsbedingungen auf Arbeitnehmer ausländischer Beförderer. Nicht zum Gegenstand der Betrachtung werden dagegen Fragen des Verwaltungsvollzugs bzw. zur technischen Umsetzung des Binneninformationssystems.

2. Verhältnis zur Richtlinie

Ausgangspunkt des Gesetzesentwurfs ist die bereits erwähnte Richtlinie 2020/1057 der europäischen Union zur Festlegung von Regeln für die Entsendung von Kraftfahrern im Straßenverkehrssektor, die im Weiteren hier kurz als „Straßenverkehrsrichtlinie“ bezeichnet werden wird. Diese erweist sich als Ergänzung bzw. *lex specialis* zur grundlegenden Entsenderichtlinie 96/71.¹

¹ Maßgeblich ist diese in der Fassung, die sie durch die Änderungsrichtlinie RL 2018/957 EU gefunden hat.

Der Gesetzgeber übernimmt sowohl, was den Anwendungsbereich als auch Ausnahmebestimmungen angeht, die Vorgaben der Richtlinie vollständig und mehr oder weniger im Verhältnis 1:1.

Erfasste Sachfrage	Regelungen im Gesetzesentwurf	Korrespondierende Regelung in der RL	Einbezug in das AEntG/MiLoG
Kabotagefahrt	§ 36 I 2 Nr. 1	Art. 1 Abs. 7	Ja
Bilaterale Beförderung	§§ 37 II, 38 II	Art. 1 Abs. 3 S. 2; Art. 1 Abs. 4 S. 2	Nein
Transit	§ 40	Art. 1 Abs. 5	Nein
Trilaterale Beförderung	§ 36 I 2 Nr. 2	Erwägungsgründe 12 u. 13	Ja
Trilaterale Beförderung im Rahmen einer bilateralen Beförderung (Zuladung)	§ 37 III, 38 III	Art. 1 Abs. 3 S. 3	Ja, aber mit Ausnahmen: – erste Beförderung iR einer bilateralen Beförderung – zweite Beförderung iR einer bilateralen Beförderung unter zusätzlichen Voraussetzungen.

3. Sind weiterreichende Regelungen empfehlenswert?

Sicherlich mag man die Frage aufwerfen, ob der Gesetzgeber nicht über den vorgelegten Entwurf hätte hinausgehen können. So sind in der allgemeinpolitischen Diskussion Forderungen erhoben worden, Transitfahrten, aber auch bilaterale Fahrten dem Anwendungsbereich des MiLoG bzw. AEntG zu unterwerfen. Jedenfalls könnte diskutiert werden, ob nicht von der Aufnahme von Ausnahmen zu Fahrten abgesehen werden sollte, bei denen im Inland oder auch einem Drittland Gut zugeladen wird, so dass jedenfalls trilaterale Beförderungen im Rahmen von bilateralen Beförderungen mindestlohnpflichtig werden würden. Hier mögen noch praktische Erwägungen dazu kommen. Die Ausnahmetatbestände sind schon rechtlich gesehen nicht ganz leicht zu durchdringen und es dürfte für die Verwaltungen mit Mehraufwand verbunden sein, zu prüfen, ob die jeweils relevanten Eckdaten noch eingehalten sind.

Unionsrechtlich ist das jedoch nicht möglich. Jede weiter gefasste gesetzliche Regelung würde sich dem Risiko ausgesetzt sehen, dass sie durch den EuGH verworfen wird.

a) Abschließende Regelung durch die Straßenverkehrsrichtlinie?

Nach Lage der Dinge bewirkt die Richtlinie 2020/1057 eine so genannte Vollharmonisierung. Mithin dürfen die Mitgliedstaaten in den von der Richtlinie geregelten Fragen keine

abweichenden Vorschriften schaffen oder beibehalten. Oder anders gewendet: Die Mitgliedstaaten können nicht über das Schutzniveau der Richtlinie hinausgehen und daher auch nicht Arbeitnehmern im Vergleich zur Richtlinie günstigere Arbeitsbedingungen zuerkennen.

Zwar äußert sich die Richtlinie nicht direkt dazu, dass sie vollharmonisierend ist. Dafür, dass dies der Fall ist, spricht aber bereits, dass jene Schlussbestimmung fehlt, die in vielen anderen Richtlinien enthalten ist, wonach die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, zu Gunsten der Beschäftigten günstigere Bestimmungen als die in dieser Richtlinie festgelegten Bestimmungen einzuführen oder beizubehalten (vgl. etwa Art. 25 der Hinweisgeberschutzrichtlinie 2019/1937). Auch weisen zahlreiche Bestimmungen der Richtlinie auf deren vollharmonisierenden Charakter hin, etwa: Art. 1 Abs. 3 [„gilt als nicht entsandt“], Abs. 8 S. 2 [„darf nicht“] usw.). Stark in diese Richtung äußern sich auch die Erwägungsgründe 2, 3 und 10. Vor allem aber der Regelungszweck der Richtlinie bedingt, dass die Mitgliedstaaten den Spediteuren bzw. Omnibusunternehmen keine weitergehenden Vorgaben machen als von ihr vorgesehen. Zwar geht es der Richtlinie – einerseits – um den Schutz entsandter Arbeitnehmer. Andererseits will sie aber auch das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts sicherstellen (vgl. Erwägungsgrund 3). Insoweit wäre es eine unverhältnismäßige Einschränkung der Freiheit zur Erbringung grenzüberschreitender Straßenverkehrsdienstleistungen, wenn nationale Mindestlohnregelungen für bilaterale Beförderungen (vgl. Erwägungsgrund 10) oder Transitfahrten gelten würden (vgl. Erwägungsgrund 11). Damit erübrigt sich auch eine Diskussion, ob die grundlegende Entsenderichtlinie 96/71/EG abschließend wirkt. Denn selbst, wenn diese nur teilharmonisierend ausgestaltet wäre, wäre das für den Speditionsverkehr durch die Straßenverkehrsrichtlinie zurückgenommen.

Insoweit muss man auch sehen, dass die Richtlinie auf einem mühsam erzielten politischen Kompromiss auf Unionsebene (Mobilitätspakt I) beruht. Daher wäre es auch durchaus plausibel, wenn der EuGH davon ausgehen würde, dass der europäische Gesetzgeber mit ihr eine abschließende Abwägung zwischen Belangen des Arbeitnehmerschutzes und der Dienstleistungsfreiheit ausländischer Spediteure bzw. Omnibusunternehmer getroffen hat, die wiederum für die Judikative bindend ist.

b) Vereinbarkeit weiterreichender Regelungen mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV im Lichte der Rechtsprechung des EuGH

Selbst wenn man davon ausgehen möchte, dass die Straßenverkehrsrichtlinie die Vorgabe besserer Beschäftigungsbedingungen zulassen würde, wäre es jedenfalls nach aktuellem Stand des Unionsrechts nicht empfehlenswert, über den Gesetzesentwurf hinausgehen.

Faustformelartig lässt sich der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, dass eine nationale Regelung, die den Vorgaben der Entsenderichtlinie entspricht, auch primärrechtskonform ist. Daraus folgt wiederum, dass wenn ein Mitgliedstaat eine Fallgestaltung, die nicht von der Richtlinie erfasst ist, internationalrechtlich erstrecken würde, insoweit nicht mehr das Richtlinienprivileg der Primärrechtskonformität seines Mindestlohnrechts in Anspruch nehmen könnte. Vielmehr müsste einzelfallbezogen geprüft werden, ob die fragliche Maßnahme mit der

Dienstleistungsfreiheit des Vertrags vereinbar ist. Insoweit handelt der Mitgliedstaat, wenn man so will, insoweit „auf eigene Gefahr.“

Was die Primärrechtskonformität von Erstreckungsregelungen im Speditions- und Omnibusgewerbe betrifft, lässt sich der Rechtsprechung des EuGH folgendes entnehmen:

(1.) Der Personen- und Güterverkehr ist, zumindest, was auf ihn international-privatrechtlich zur Anwendung gebrachte Arbeitsbedingungen angeht – in die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV einbezogen.² (2.) Die Vorgabe von Mindestarbeitsbedingungen stellt eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar und ist daher rechtfertigungsbedürftig. (3.) Als Rechtfertigungsgrund kommt dabei der Schutz von Arbeitnehmern in Betracht. (4.) Insoweit darf der Eingriff aber nicht über das hinausgehen, was hierfür tatsächlich erforderlich ist, er darf nicht unverhältnismäßig sein und vor allem dürfen, (5.), dem Dienstleistenden auf Grund der jeweiligen Regelungen und ihrer praktischen Durchsetzung keine unverhältnismäßigen administrativen und wirtschaftlichen Belastungen auferlegt werden.³

Insoweit hat der EuGH mehrfach darauf hingewiesen, dass ein Eingriff in ein Vertragsverhältnis, das fremdem Recht unterliegt, über eine Eingriffsnorm nach Art. 9 Rom-I-VO nur möglich ist, wenn die Tätigkeit eines Arbeitnehmers im Inland einen hinreichenden Bezug zu dem normsetzenden Staat aufweist. Die Dienstleistungsfreiheit eines Unternehmers mit Sitz im EU-Ausland wäre unverhältnismäßig beeinträchtigt, wenn dieser für jede kurzzeitige Arbeitserbringung in einem anderen Mitgliedstaat den dort geltenden Mindestlohn, ggf. einschließlich damit verbundenen Dokumentationspflichten, beachten müsste. Eine Erstreckung inländischer Mindestlöhne auf einen ins Inland entsandten Arbeitnehmer kommt mithin nur in Betracht, wenn dessen Arbeitsleistung eine hinreichende Verbindung zu diesem Hoheitsgebiet aufweist.⁴ Maßgeblich ist insoweit zwar nicht alleine die Zeit, die im Inland gearbeitet wird. Vielmehr kann auch eine kurzfristige Entsendung mindestlohnpflichtig sein (Vergleich: halbtägige Arbeitsleistung auf einer Baustelle im Inland). Vielmehr bedarf es einer Gesamtwürdigung von Gesichtspunkten wie der Art der von dem betreffenden Arbeitnehmer in diesem Hoheitsgebiet verrichteten Tätigkeiten, der Enge der Verbindung der Tätigkeiten dieses Arbeitnehmers zu dem Hoheitsgebiet jedes Mitgliedstaats, in dem er tätig ist, und des Anteils, den diese Tätigkeiten dort an der gesamten Beförderungsleistung ausmachen, um zu bestimmen, ob die Tätigkeit eine hinreichende Verbindung zum Zielstaat aufweist.

Daraus wiederum schließt der EuGH:

- LKW-Fahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr können entsandte Arbeitnehmer sein. Dies setzt aber voraus, dass die Arbeitsleistung einen hinreichenden Bezug zum jeweiligen

² St. Rspr. des EuGH seit Urteil v. 1.12.2020, C 815/18 - FNZ/Van den Bosch Transporten BV; ebenso: EuGH 8.7.2021, C 428/19, NZA 2021, 1167 Rn. 35 OL, PM, RO/Rapidsped.

³ EuGH 25.10.2001, C-49/98, EuZW 2001, 759 Rn. 50 – Finalarte; ebenso: EuGH 21.10.2004, C-445/03, NZA 2005, 99 Rn. 50 – Kommission/Luxemburg; EuGH 15.3.2001, C-165/98, NZA 2001, 554 Rn. 24 – Mazzoleni.

⁴ EuGH 1.12.2020, C-815/18, NZA 2021, 33 Rn. 45 – FNZ/Van den Bosch Transporten BV; EuGH 19.12.2019, C-16/18, NZA 2020, 225 Rn. 31 – Dobersberger/Magistrat der Stadt Wien.

Mitgliedstaat aufweist. Ausdrücklich bejaht der EuGH das für reine Inlandstransporte durch ausländische Unternehmen und damit insbesondere für Kabotagebeförderungen.⁵

- Dagegen kann ein Fahrer, der in einem Mitgliedstaat nur Leistungen von sehr beschränktem Umfang erbringt, nicht als „entsandt“ angesehen werden. Explizit verweist der EuGH insoweit auf Fahrer, die das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Gütertransports auf der Straße nur durchqueren. Ebenso bezieht der Gerichtshof dies auf Fahrer, die lediglich einen grenzüberschreitenden Transport vom Sitzmitgliedstaat des Transportunternehmens bis zum Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats und umgekehrt durchführen.⁶

c) Mögliche Konsequenzen einer überschießenden Umsetzung der Richtlinie

Kurz gefasst ist es ausgeschlossen, Transitarfahrten und bilaterale Beförderungen mit dem nationalen Mindestlohn zu belegen. Man mag dies sozialpolitisch durchaus kritisch bewerten. Dessen ungeachtet stuft der EuGH einschlägige Vorgaben der Mitgliedstaaten als unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV ein. Insoweit hat der EuGH eine abschließende Entscheidung dahingehend getroffen, inwieweit es möglich ist, durch entsenderechtliche Vorgaben einerseits einen lautereren Wettbewerb zwischen Marktakteuren zu schaffen und andererseits Arbeitnehmern auf dem gleichen Markt ein einheitliches Schutzniveau zu bieten.⁷

Daraus folgt: der nationale Gesetzgeber könnte allenfalls insoweit über die Richtlinie hinausgehen, als er die Ausnahmen für eine Zuladung bzw. Passagieraufnahme im Rahmen bilateraler Fahrten (§§ 37 Abs. 3 und 38 Abs. 3 AEntG) nicht in das deutsche Recht übernehmen könnte.

Nochmals: Möglich wäre selbst das nur, wenn man die Richtlinie nicht als vollharmonisierend ansieht. Vor allem aber verbinden sich damit nicht unerhebliche Risiken. Mit einem solchen Vorgehen steht mit einiger Sicherheit zu erwarten, dass die Gültigkeit der §§ 36 ff. AEntG-E in Zweifel gezogen werden würde. Dies wäre hier umso beachtlicher, als sich die zweifelsfrei unionrechtskonformen Regelungen zum Straßenverkehr und die möglicherweise überschießende Umsetzung der Richtlinie wohl nicht trennscharf voneinander abgrenzen ließen. Damit könnte die Rechtmäßigkeit der Novelle, zumindest was trilaterale Fahrten betrifft, insgesamt in die Diskussion geraten. Dies hätte erneut erhebliche Rechtsunsicherheiten zur Folge, was vor allem die Durchsetzbarkeit des Gesetzes durch die Zollbehörden massiv tangieren würde. Das mit dem Gesetz verfolgte Ziel, im Bereich des internationalen Straßenverkehrs endlich Rechtsklarheit zu schaffen, würde so konterkariert.

⁵ EuGH 1.12.2020, C 815/18, NZA 2021, 33 Rn. 65 - FNZ/Van den Bosch Transporten BV.

⁶ EuGH 1.12.2020, C 815/18, NZA 2021, 33 Rn. 49 - FNZ/Van den Bosch Transporten BV; bereits ähnlich: EuGH 19.12.2019, C 16/18, NZA 2020, 225 Rn. 31 – Dobersberger/Magistrat der Stadt Wien.

⁷ Vgl. dazu auch: EuGH 12.2.2015, C-396/13, NZA 2015, 345 Rn. 30 – Sähköalojen ammattiliitto.

4. Unternehmen aus Drittstaaten

Einige Beachtung verdient, dass nach § 36 Abs. 2 AEntG-E Arbeitgeber mit Sitz außerhalb der EU und des EWR die Ausnahmeregelungen der §§ 37 ff. AEntG-E nicht in Anspruch nehmen können. Damit lassen sich die gegenüber dem Gesetzesentwurf vermutlich in die Diskussion gebrachten sozialpolitischen Bedenken in doch recht deutlichem Maße relativieren. Danach greifen folgende Bestimmungen nicht für Drittstaatler:

- die Ausnahmeregelung für Transitfahrten (§ 40 AEntG-E), sowie
- die Ausnahmen für trilaterale Beförderungen im Rahmen von bilateralen Beförderungen (§§ 37 und 38 Abs. 3 AEntG-E).

Faktisch unterfällt damit jegliche Beförderungsleistung mit Inlandskontakt dem AEntG bzw. MiLoG, nämlich

- Beförderungsleistungen im Inland (§ 36 Abs. 1 Nr. 1 AEntG-E), sowie
- trilaterale Beförderungsleistungen mit Inlandskontakt (§ 36 Abs. 1 Nr. 2 AEntG-E)

Bilaterale Fahrten wären zwar nicht erfasst, sind aber – sieht man einmal von Fahrten ab, die ihren Ausgangspunkt in der Schweiz haben –geographisch auch gar nicht denkbar.

Dieser weitgehende Ausschluss von Drittstaatlern ist gerade im Hinblick darauf, dass die Kontrolle einschlägiger Betriebe bzw. Fahrten, wenn überhaupt, nur mit hohem Verwaltungsaufwand möglich ist, sicherlich sinnvoll. Unions- und verfassungsrechtlich ergeben sich keine Bedenken, da die betreffenden Arbeitgeber nicht die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV in Anspruch nehmen können und eine Ungleichbehandlung von Drittstaatlern insoweit unproblematisch bleibt.

Einzig mag man ggf. überlegen, ob § 36 Abs. 2 AEntG-E nicht um einen Halbsatz erweitert werden sollte, wonach die entsprechenden Arbeitgeber ganz grundständig in den Anwendungsbereich einbezogen sind, zumindest aber, dass Transitfahrten auch tatsächlich dem Anwendungsbereich des Gesetzes unterfallen. Meines Ermessens ergibt sich das zwar ganz klar aus § 40 AEntG-E. Indes könnte argumentiert werden, dass § 36 Abs. 1 AEntG-E lex specialis zum grundständigen Anwendungsbereich des AEntG (§ 2 Abs. 1) sei und daher auch Drittstaatler nur dann in das AEntG einbezogen wären, wenn sie Fahrten nach § 36 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AEntG erbringen. Damit wären zwar sämtliche Beförderungsleistungen im Inland erfasst und ebenso auch jede trilaterale Fahrt, nicht jedoch Transitfahrten. Wirklich überzeugend wäre eine solche Argumentation aus meiner Sicht zwar nicht, weil die Bestimmungen der §§ 36 Abs. 2 iVm. 40 AEntG in dieser Lesart keinen Anwendungsbereich mehr hätten. Indes mag man überlegen, dahingehenden Streitigkeiten durch eine entsprechende Klarstellung zu entgehen.

5. Zusammenfassung:

(1) Der Gesetzesentwurf verdient Unterstützung. Mit ihm setzt der Gesetzgeber die europäische Richtlinie zur Anwendung des Entsenderechts im Straßenverkehr passgenau um. Die Umsetzung erfolgt faktisch im Verhältnis 1:1.

(2) Die Ausnahmetatbestände der §§ 37 ff. AEntG-E (Transitfahrten, bestimmte Zuladungen bei bilateralen Fahrten) sind von der Richtlinie so vorgegeben. Auch wenn man diese sozialpolitisch hinterfragen wollte, empfiehlt sich nicht, von ihnen abzusehen. Insoweit sind die Vorgaben der Richtlinie – die möglicherweise vollharmonisierend wirkt – eindeutig.

(3) Selbst wenn man der Ansicht ist, dass eine überschießende Umsetzung der Richtlinie dem Grunde nach zulässig wäre, müsste diese im Einklang mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV stehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen bilaterale Fahrten und Transitfahrten nicht dem nationalen Mindestlohnrecht unterworfen werden. Danach könnten allenfalls trilaterale Beförderungsleistungen (insgesamt) in das AEntG einbezogen werden. Indes erscheint zweifelhaft, ob wenigstens dies unionsrechtlich zulässig wäre. Eine entsprechende Regelung wäre mithin mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden und diese könnte die Mindestlohnspflichtigkeit von trilateralen Fahrten insgesamt in Frage stellen. Damit würde das mit dem Gesetz verfolgte Ziel, im Bereich des internationalen Straßenverkehrs – endlich – Rechtsklarheit zu schaffen, konterkariert und man riskiert, am Ende „mit leeren Händen“ dazustehen.

(4) Beachtung verdient, dass Arbeitgeber mit Sitz außerhalb der EU und des EWR die Ausnahmeregelungen der §§ 37 ff. AEntG-E nicht für sich in Anspruch nehmen können. Dies bewirkt, dass faktisch jegliche Beförderungsleistung von Drittstaatlern mit Inlandskontakt dem AEntG bzw. MiLoG unterfallen. Damit lassen sich die gegenüber dem Gesetzesentwurf vermutlich in die Diskussion gebrachten sozialpolitischen Bedenken in doch recht beachtlichem Maße relativieren.