

## Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Martin Franzen, München

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



LUDWIG-  
MAXIMILIANS-  
UNIVERSITÄT  
MÜNCHEN

JURISTISCHE FAKULTÄT  
LEHRSTUHL FÜR DEUTSCHES, EUROPÄISCHES,  
INTERNATIONALES ARBEITSRECHT UND  
BÜRGERLICHES RECHT



Professor Dr. Martin Franzen · Prof.-Huber-Platz 2 · 80539 München

**Professor Dr. Martin Franzen**

Telefon +49 (0)89 2180-3587  
Sekretariat -3415  
Telefax +49 (0)89 2180-13554

franzen@jura.uni-muenchen.de

Postanschrift  
Prof.-Huber-Platz 2  
80539 München

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (BT-Drucksache 19/19371) sowie zu weiteren Anträgen (BT-Drucksachen 19/19231 und 19/19259) zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 15. Juni 2020**

## **I. Zum Regierungsentwurf**

### **1. Generelle Einschätzung**

Der Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen setzt nach meiner Einschätzung die genannte Richtlinie im wesentlichen konsequent und zielführend in deutsches Recht um. Der Gesetzentwurf fügt sich in die bislang entwickelte Systematik des Entsenderechts ebenso wie des Tarifvertragsrechts ein und berücksichtigt dabei sowohl die Erfordernisse eines hinreichenden Arbeitnehmerschutzes im Zielstaat als auch die Belange der entsendenden Unternehmen und damit der unionsrechtlichen Grundlagen wie etwa der Dienstleistungsfreiheit. Der Regierungsentwurf folgt dabei in aller Regel dem Grundsatz der „1:1“-Umsetzung der Richtlinie.

### **2. Zu Art. 1 Nr. 17 (§§ 24, 25 AEntG-Regierungsentwurf)**

Diese „1:1“-Umsetzung wird, soweit ich sehen kann, insbesondere in Art. 1 Nr. 17 des Regierungsentwurfs in mancherlei Hinsicht verlassen.

#### **a) § 24 Abs. 1 AEntG-Regierungsentwurf**

§ 24 Abs. 1 AEntG-Regierungsentwurf ist bereits im wesentlichen geltendes Recht; die entsprechende Regelung findet sich derzeit in § 6 Abs. 1 AEntG. Allerdings enthält § 6 Abs. 1 AEntG den nun in § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AEntG-Regierungsentwurf aufgenommenen Bezugszeitraum von einem Jahr nicht. Dies stellt eine wesentliche Verschärfung und Erschwerung solcher Erstmontagearbeiten dar. Die zugrunde liegende Vorschrift der Richtlinie 96/71/EG, Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 RL 96/71/EG, kennt diesen Bezugszeitraum ebenfalls nicht. Zwar sieht Art. 3 Abs. 6 UAbs. 1 RL 96/71/EG für die Berechnung der Dauer von Entsendungen einen solchen Bezugszeitraum von einem Jahr vor. Allerdings erscheint nicht ganz klar, ob sich dieser Absatz auch auf die in Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 RL 96/71/EG geregelten Erstmontage- und Einbauarbeiten beziehen soll. Jedenfalls könnte nach der jetzigen Fassung des Gesetzes ein entsandter Arbeitnehmer bei einem Kunden nur eine Erstmontage von acht Tagen in einem Jahr durchführen, eine weitere Erstmontage bezüglich eines anderen Gegenstands bei demselben Kunden innerhalb dieses Bezugszeitraums würde dann die entsprechenden Pflichten aus dem AEntG auslösen. Dieses Ergebnis erscheint mir praxisfremd und sinnwidrig, weil man es einem Unternehmen erheblich erschweren würde, mehrere Erstmontagen beim Kunden innerhalb eines Jahres zu erbringen. Es müsste sichergestellt werden, dass der Bezugszeitraum bei jeder Erstmontage von neuem beginnen kann, wie ja das Wort „Erstmontage“ schon begrifflich nahelegt. Am einfachsten erreicht man das dadurch, dass man zum Regelungsgehalt des bisherigen § 6 Abs. 1 AEntG zurückkehrt. Diese Vorschrift hat für die Praxis offenbar auch keine Probleme bereitet; die EU-Kommission als die nach Art. 17 Abs. 1 S. 2 EUV für die Überwachung der Anwendung des Unionsrechts zuständige Behörde hat die Vorschrift soweit ersichtlich auch noch nie wegen des möglicherweise fehlenden Bezugszeitraums von einem Jahr als richtlinienwidrig eingestuft. In § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AEntG-Regierungsentwurf sollten daher die Worte „innerhalb eines Jahres“ gestrichen werden.

#### **b) § 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf**

§ 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf statuiert Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AEntG. Dies ist der grundlegenden Regelungskonzeption dieses Gesetzes geschuldet. Bereits seit 2009 regelt das Gesetz nicht mehr ausschließlich Arbeitnehmerentsendungen, sondern knüpft

ganz allgemein an den Tatbestand des „regelmäßig im Inland beschäftigten“ Arbeitnehmers an. Dies wird durch den vorliegenden Gesetzentwurf noch verstärkt. So ist nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung unter dem Begriff der Beschäftigung im Inland „jede vom Arbeitgeber veranlasste Tätigkeit des Arbeitnehmers in Deutschland“ zu verstehen, eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung in Deutschland wird nicht vorausgesetzt<sup>1</sup>. Damit sind grundsätzlich auch Fallkonstellationen erfasst, die über die klassischen Entsendesachverhalte hinausgehen und auch außerhalb des Geltungsbereichs der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG liegen. § 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf reagiert auf diesen Umstand und nimmt Situationen aus, in denen aus Sicht der Bundesregierung kein Bedürfnis für die Anwendung deutschen Arbeitsrechts besteht.

Aus meiner Sicht ist diese Vorschrift hinsichtlich der zeitlichen Dimension problematisch, und zwar primär bezüglich der Definition des Begriffs der „vorübergehenden“ Beschäftigung in § 24 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf. Danach gilt ein Bezugszeitraum von einem Jahr und ein ununterbrochener Einsatzzeitraum von 14 Tagen und/oder 30 Tagen insgesamt innerhalb des Bezugszeitraums. Dies erschwert derartige Tätigkeiten erheblich. Inspiriert sind diese zeitlichen Rahmen möglicherweise von Art. 3 Abs. 4 und 6 RL 96/71/EG. Allerdings ist zu bedenken, dass die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie in diesen Konstellationen des § 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf überhaupt keine Anwendung findet, weil es sich definitionsgemäß nicht um klassische Entsendungen im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen im Sinne der (im wesentlichen unveränderten) Aufgreifkriterien des Art. 1 Abs. 3 RL 96/71/EG handelt. Daher schlage ich vor, die sehr enge Definition des Tatbestandsmerkmals „vorübergehend“ in § 24 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf ersatzlos zu streichen. Dies eröffnet Flexibilisierungsmöglichkeiten für betroffene Unternehmen, ohne den Arbeitnehmerschutz und das Umsetzungserfordernis hinsichtlich der Richtlinie (EU) 2018/957 zu vernachlässigen.

Außerdem ist zweifelhaft, ob die in § 24 Abs. 2 S. 1 AEntG-Regierungsentwurf genannten Katalogtatbestände alle denkbaren Sachverhalte erfassen, die von den wesentlichen Bestimmungen des AEntG ausgenommen werden sollten, um die Unionsrechtskonformität in jedem Einzelfall sicherzustellen. Ich möchte hierzu nur auf das Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 19. 12. 2019 in der Rechtssache Dobersberger hinweisen<sup>2</sup>. In diesem Fall erbrachte ein ungarisches Unternehmen im Auftrag der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) mit Hilfe

---

<sup>1</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache 19/19371, S. 29.

<sup>2</sup> EuGH 19. 12. 2019 – C-16/18 – EuZW 2020, 151 = NZA 2020, 225 (Dobersberger/Magistrat der Stadt Wien).

eigener Arbeitnehmer das Catering in den Zügen auf der Strecke von Budapest nach München. Der EuGH hielt die Richtlinie 96/71/EG nicht für anwendbar, weil die Arbeitsleistung keine hinreichende Verbindung zum Hoheitsgebiet des Einsatzortes Österreich aufgewiesen habe<sup>3</sup>. Überträgt man diesen Sachverhalt nach Deutschland und unterstellt man, dass es in Deutschland einschlägige nach dem AEntG erstreckte Tarifverträge gibt – was m. E. derzeit nicht der Fall ist –, würde aus deutscher Perspektive das AEntG in einem solchen Fall durchaus Anwendung finden; die in § 24 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf geregelten Ausnahmetatbestände erfassen diesen Fall jedenfalls nicht. Hier könnten sich für die Zukunft Diskrepanzen zum Unionsrecht und der Rechtsprechung des EuGH einstellen.

Aus diesen Gründen halte ich es für erwägenswert, das Gesetz mit einer entsprechenden Klarstellung zu versehen, den skizzierten Ansatzpunkt des EuGH-Urteils aufzugreifen und in § 1 AEntG einen Satz 3 anzufügen mit folgendem Wortlaut: „Die Regelungen dieses Gesetzes sowie § 20 des Mindestlohngesetzes sind nicht anwendbar, wenn die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin keine hinreichende Verbindung zum Hoheitsgebiets Deutschlands aufweist.“

### c) § 25 AEntG-Regierungsentwurf

§ 25 AEntG-Regierungsentwurf enthält eine Übergangsbestimmung für Langzeitentsendungen. Nach § 25 Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf ist für die Berechnung der Entsendedauer von 12 bzw. 18 Monaten bereits die Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes zu berücksichtigen. Dies ist durch die Richtlinie nicht geboten, entspricht auch im Übrigen nicht gerade kalkulierbarer Gesetzgebung und führt zu einer rückwirkenden Anwendung des Gesetzes. Außerdem kommt diese Regelung einer vorgezogenen Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 gleich, welche Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 RL (EU) 2018/957 gerade verhindern möchte, denn nach dieser Vorschrift bleibt die Richtlinie 96/71/EG bis zum 30. 7. 2020 in ihrer Altfassung anwendbar – also ohne die Regelungen über die Langzeitentsendungen. Entsendungen vor Inkrafttreten des Gesetzes sollten mithin nicht in die Berechnung einbezogen werden. In § 25 Abs. 2 S. 1 AEntG-Regierungsentwurf sollte daher vor dem Wort „mitgezählt“ das Wort „nicht“ eingefügt werden. § 25 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf kann dann folgerichtig gestrichen werden.

## II. Zur Stellungnahme des Bundesrates

---

<sup>3</sup> EuGH 19. 12. 2019 – C-16/18 Rn. 20 ff. – EuZW 2020, 151 = NZA 2020, 225 (Dobersberger/Magistrat der Stadt Wien).

## **1. Zu Art. 1 Nr. 2 (§ 2b Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf): Streichung des Wortes „unwiderleglich“**

Die Streichung des Wortes „unwiderleglich“ würde § 2b Abs. 2 AEntG-Regierungsentwurf im wesentlichen überflüssig machen und würde, wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung m. E. zutreffend schreibt, lediglich die Rechtslage bis zum Inkrafttreten der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957 wiedergeben<sup>4</sup>; damit würde das Umsetzungserfordernis wohl verfehlt. Die Entsenderichtlinie 96/71/EG verlangt in der Fassung der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957, dass Entsendezulagen als Erstattung von Entsendekosten und nicht als Entgeltbestandteile zu betrachten sind, wenn die für das Arbeitsverhältnis geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen die Abgrenzung gerade nicht festlegen. Die englische Sprachfassung des Art. 3 Abs. 7 UAbs. 3 RL 96/71/EG beschreibt dies klar mit den Worten „shall be considered“ (franz.: „est alors considérée“), während die deutsche Sprachfassung, auf die sich der Bundesrat im wesentlichen stützt<sup>5</sup>, hier m. E. etwas zu zurückhaltend formuliert („ist davon auszugehen“).

Den ausländischen Arbeitgebern entstehen hierdurch keine Nachteile. Sie haben es in der Hand, durch die Gestaltung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer für eine klare Abgrenzung zu sorgen. Ein betroffener Arbeitgeber kann demnach darlegen und beweisen, dass die für das Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitsbedingungen festlegen, ob und inwieweit die Entsendezulagen als Arbeitsentgelt oder als Erstattung von Entsendekosten zu betrachten sind, und damit die Vermutungsgrundlage erschüttern.

## **2. Zu Art. 1 Nr. 5 Buchst. a (§ 5 S. 1 Nr. 1 AEntG-Regierungsentwurf): Streichung (zugleich zum Antrag BT-Drucksache 19/19231, unter II 1b)**

In diesem Punkt teile ich ebenfalls die Einschätzung der Bundesregierung und halte eine Streichung der Regelung nicht für geboten. Bereits bislang ist anerkannt, dass Mindestentgeltsätze nach Art der Tätigkeit und Qualifikation differieren können. Die Einfügung von Art. 1 Nr. 5 Buchstabe a dient der Rechtssicherheit und auch der Abgrenzung von darüber hinaus reichenden Entlohnungsregelungen, die in § 5 S. 1 Nr. 1a AEntG-Regierungsentwurf (Art. 1 Nr. 5 Buchst. b des Regierungsentwurfs) geregelt sind. In allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltene Entgeltregelungen können auf dieser Grundlage in ihrer gesamten

---

<sup>4</sup> BT-Drucksache 19/19371 Anlage 4, S. 48.

<sup>5</sup> Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucksache 19/19371 Anlage 3, S. 45.

Breite auf aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer angewandt werden, wie dies die Richtlinie (EU) 2018/957 nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c, UAbs. 3 RL 96/71/EG verlangt.

**3. Zu Art. 1 Nr. 11 (§ 13b Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf): Ersetzung der Worte „die Gründe“ durch die Worte „die Begründung“ (zugleich zu Antrag BT-Drucksache 19/19231, unter II 1f)**

Zwischen dem Gesetzentwurf der Bundesregierung und dem Vorschlag des Bundesrats vermag ich keinen substantiellen Unterschied zu erkennen. Die deutsche Sprachfassung der Richtlinie 96/71/EG enthält in der Tat die Formulierung „mit einer Begründung versehenen Mitteilung“ (Art. 3 Abs. 1a UAbs. 3 RL 96/71/EG), was wohl der Übersetzung aus dem Englischen („motivated notification“; franz. „notification motivée“) geschuldet ist. Wenn man dem Bundesrat insoweit folgen und eng am Wortlaut der deutschen Sprachfassung der Richtlinie 96/71/EG bleiben möchte, müsste man also wohl die Worte „eine Begründung“ verwenden.

Wegen der skizzierten Formulierung der Richtlinie verbieten sich auch inhaltliche Anforderungen an die Begründung, wie sie der Antrag BT-Drucksache 19/19231, unter II 1f wohl im Auge hat. Strengere Anforderungen für ausländische Arbeitgeber, als sie die Entsenderichtlinie 96/71/EG an sich vorsieht, sind dann stets unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit des AEUV problematisch.

**4. Zu Art. 1 Nr. 11 (§ 13c AEntG-Regierungsentwurf): Prüfung der Regelung der Berechnung der Entsendedauer**

Die Regelungen über die Berechnung der Entsendedauer werden von Art. 3 Abs. 1a UAbs. 4 und 5 RL 96/71/EG sowie Art. 3 Abs. 6 RL 96/71/EG vorgegeben. Danach berechnet sich die Dauer der Entsendung ab deren Beginn unter Zugrundelegung eines Bezugszeitraums von einem Jahr (Art. 3 Abs. 6 UAbs. 1 RL 96/71/EG). Dabei werden die Entsendedauer von ersetzttem und ersetzendem Arbeitnehmer zusammengerechnet (Art. 3 Abs. 6 UAbs. 2 und Art. 3 Abs. 1a UAbs. 4 und 5 RL 96/71/EG). Aufgrund dieser Vorgaben der Richtlinie sehe ich kaum Spielraum für konzeptionell andere Gestaltungen.

Allerdings halte ich die Vorgaben der Richtlinie 96/71/EG bei § 13c Abs. 4 AEntG-Regierungsentwurf für nicht ausreichend umgesetzt: Es geht darum klarzustellen, ab welchem Zeitrahmen eine Unterbrechung der Entsendung in eine Beendigung umschlägt, mit der Folge, dass dann die Frist für die Berechnung einer Langzeitentsendung von Anfang an neu zu laufen

beginnt. Derzeit fehlt es nach meinem Verständnis an einer entsprechenden Regelung. Damit würde man langfristige Liefer- und Wartungsverträge, welche mit kurzzeitigen Tätigkeiten der Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat verbunden sind, erheblich erschweren. Gleichzeitig ignoriert die vorliegende Regelung den in Art. 3 Abs. 6 UAbs. 1 RL 96/71/EG enthaltenen Bezugszeitraum von einem Jahr. Daher sollte § 13c Abs. 4 AEntG-Regierungsentwurf um einen Satz 3 ergänzt werden: „Eine Unterbrechung im Sinne von Satz 1 steht nach Ablauf von einem Jahr einer Beendigung der Beschäftigung im Inland gleich“.

### **III. Zum Antrag BT-Drucksache 19/19231**

#### **1. Entlohnung und Mindestentgeltsätze (zu II 1a)**

Die Regelungen über die Entlohnung und die Mindestentgeltsätze in § 5 S.1 Nr. 1 und 1a AEntG-Regierungsentwurf folgen einem vernünftigen Prinzip und einer durchdachten Systematik: Durch Rechtsverordnung verbindlich gemachte Entlohnungsregelungen in Tarifverträgen können nur bezüglich der Mindestentgelte auf in- und ausländische Arbeitgeber und Arbeitnehmer angewandt werden. Das ist unionsrechtlich unbedenklich, weil es sich hierbei um Rechtsvorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 RL 96/71/EG handelt, und darin enthaltene Vergütungsregeln nur dann auf ausländische Arbeitgeber erstreckt werden können, wenn sie genau beziffert sind, damit sie der ausländische Arbeitgeber anwenden kann<sup>6</sup>. Das in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltene Entlohnungssystem kann dagegen in seiner gesamten Breite auf ausländische Arbeitnehmer und ihre Arbeitgeber angewandt werden, womit Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c RL 96/71/EG umgesetzt wird.

Die genannte Differenzierung ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen angezeigt: Von einer Rechtsverordnung kann durch einen anderen Tarifvertrag nicht abgewichen werden. Daher hat der Gesetzentwurf der Bundesregierung die Erstreckungsmöglichkeit bei dem Instrument Rechtsverordnung auf Mindestentgelte beschränkt, um die Tarifautonomie anderer Tarifvertragsparteien nicht unverhältnismäßig zu beschränken; diesen sollen jenseits der Mindestentgelte noch Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben. Ein Eingriff in die Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien, die den durch Rechtsverordnung zu erstreckenden Tarifvertrag abgeschlossen haben, liegt darin nicht<sup>7</sup>, weil es einen Anspruch auf eine entsprechende

<sup>6</sup> Vgl. nur EuGH 12. 2. 2015 – C-396/13 – Sähköalojen/Elektrobudowa, NZA 2015, 345.

<sup>7</sup> So aber wohl der Antrag BT-Drucksache 19/19231, S. 1.

Erstreckung nicht gibt, wie das BVerfG gerade kürzlich ausdrücklich festgestellt hat<sup>8</sup>. Bei für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen ist demgegenüber das gesamte Vergütungssystem für alle im Geltungsbereich des Tarifvertrags beschäftigten Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber verbindlich. Im Falle der Abweichung hiervon durch andere Tarifvertragsparteien gelten die allgemeinen Grundsätze der Tarifkonkurrenz<sup>9</sup>.

## 2. Erfordernis eines bundesweiten Tarifvertrags (zu II 1c)

Das Erfordernis eines „bundesweiten“ Tarifvertrags entspricht ständiger Praxis in Deutschland seit Inkrafttreten des AEntG im Jahr 1996 und ist seit 2009 ausdrücklich im AEntG verankert<sup>10</sup>. Allerdings wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass die Anknüpfung an „bundesweit“ geltende Tarifverträge in § 3 S. 1 AEntG im Zuge der Umsetzung der Änderungsrichtlinie 2018/957/EU zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG aufgegeben werden muss<sup>11</sup>. Dies wird vor allem mit einem Umkehrschluss begründet: Die Umschreibung allgemeinverbindlicher Tarifverträge in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 RL 96/71/EG stelle lediglich darauf ab, dass die Tarifverträge von allen in den *jeweiligen geographischen Bereich* fallenden Unternehmen eingehalten werden müssten. Aus Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, Spiegelstrich 2 RL 96/71/EG ergebe sich, dass damit nicht das gesamte Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats gemeint sein könne. Nach dieser Vorschrift können Tarifverträge zur Anwendung gebracht werden, die von den auf *nationaler Ebene* repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen wurden und *innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets* zur Anwendung kommen. Daraus sei der Umkehrschluss zu ziehen, dass diese Einschränkung für die Erstreckung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 oder Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, Spiegelstrich 1 RL 96/71/EG nicht gelte<sup>12</sup>.

An der skizzierten Argumentation ist zunächst richtig, dass die Entsenderichtlinie 96/71/EG sich weder in ihrer bisherigen noch in der geänderten Fassung ausdrücklich zu der Frage verhält, ob nur national weit geltende oder auch regionale Tarifverträge auf ausländische Arbeitnehmer erstreckt werden müssen. Außerdem wurde die

---

<sup>8</sup> BVerfG 10. 1. 2020 – 1 BvR 4/17 – NZA 2020, 253.

<sup>9</sup> Siehe dazu nur *Jacobs*, in *Wiedemann* (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz*, 8. Aufl. 2019, § 4a Rn. 481 ff.

<sup>10</sup> Siehe zur Einführung des Tatbestandsmerkmals „bundesweit“ BT-Drucksache 16/10486, S. 11, rechte Spalte. Nach Einschätzung des Gesetzgeber wurde „damit die bisherige Praxis fortgeschrieben.“

<sup>11</sup> *Klein/Schneider*, SR 2019, 72, 76.

<sup>12</sup> *Klein/Schneider*, SR 2019, 72, 76 f.

maßgebliche Vorschrift des Art. 3 Abs. 8 RL 96/71/EG in den genannten Punkten überhaupt nicht geändert. Die skizzierte Argumentation hätte also bereits zur bisherigen Entsenderichtlinie 96/71/EG Platz greifen können<sup>13</sup>. Allerdings hat die EU-Kommission das Anknüpfungskriterium „bundesweiter Tarifvertrag“ soweit ersichtlich noch niemals gerügt. Daraus kann man bis zum Beweis des Gegenteils nur den Schluss ziehen, dass entsprechende unionsrechtliche Bedenken nicht bestanden - und weil sich insoweit die unionsrechtliche Rechtslage nicht geändert hat – auch weiterhin nicht bestehen. Die Aufhebung des Anknüpfungskriteriums „bundesweiter Tarifvertrag“ würde daher über eine „1:1“-Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG hinausgehen.

Die skizzierte Argumentation stützt sich im wesentlichen auf die Auslegung von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 RL 96/71/EG und einen entsprechenden Umkehrschluss zu Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, Spiegelstrich 2 RL 96/71/EG. Diesen Schluss mag man vielleicht aufgrund der deutschen Sprachfassung ziehen. Allerdings zeichnen insbesondere romanische Sprachfassungen ein anderes Bild<sup>14</sup>: Danach umschreibt die zitierte Wendung in Art. 3 Abs.8 UAbs. 1 RL 96/71/EG lediglich den räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags, in den das jeweilige Unternehmen fallen muss. In diesem Sinn hat der EuGH die entsprechende Passage von Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 RL 96/71/EG ebenfalls verstanden: „die Bindungswirkung eines Tarifvertrags wie des im Ausgangsverfahren fraglichen erstreckt sich nur auf einen Teil der in den geografischen Bereich des Tarifvertrags fallenden Bautätigkeit.“<sup>15</sup> Es kommt hinzu, dass die Entsenderichtlinie 96/71/EG das Recht der Allgemeinverbindlicherklärung in den Mitgliedstaaten unberührt lässt<sup>16</sup>. Die Mitgliedstaaten sind also frei darin, das Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung näher auszugestalten<sup>17</sup>. Deshalb verlangt die Richtlinie 96/71/EG auch nicht, das innerstaatliche Tarifvertragsrecht konzeptionell zu ändern, weshalb die Forderung unter II 2 im Antrag BT-Drucksache 19/19231 außerhalb des Umsetzungsauftrags der Richtlinie (EU) 2018/957 liegt.

---

<sup>13</sup> So in der Tat soweit ersichtlich nur Rödl, WSI-Mitteilungen 2012, 517, 521; Zweifel bei Deinert, in Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 10, 2016, § 10 Rn. 65.

<sup>14</sup> Näher Franzen, ZfA 2020, 30, 33 f.

<sup>15</sup> EuGH 3. 4. 2008 – C-346/06 – Ruffert, NZA 2008, 537 Rn. 29.

<sup>16</sup> Siehe deutlich Rebhahn/Krebber, in Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, RL 96/71/EG Art. 3 Rn. 35.

<sup>17</sup> Zu den nicht unerheblichen Unterschieden zwischen einzelnen Mitgliedstaaten siehe nur den kurzen Überblick bei Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, 1997, S. 890 f.; Rebhahn, RdA 2002, 214, 217.

Die zwingende Anwendung auch regionaler für allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge auf ausländische Arbeitgeber/Dienstleistungserbringer würde überdies Folgeprobleme verursachen: Deutschland müsste sicherstellen, dass ausländische Arbeitgeber insoweit genauso behandelt werden wie inländische Arbeitgeber, die nicht unter den räumlichen Geltungsbereich des für allgemeinverbindlich erklärten regionalen Tarifvertrags fallen. So muss beispielsweise eine Entsendung von Mecklenburg-Vorpommern nach Hamburg in das Tarifgebiet eines für allgemeinverbindlich erklärten, nur für Hamburg geltenden Tarifvertrags genauso behandelt werden wie eine Entsendung von Polen oder Dänemark nach Hamburg in dieses Tarifgebiet<sup>18</sup>. Dies stellt ein Problem der jeweiligen Anwendung des für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags im Einzelfall, insbesondere dessen räumlichen Geltungsbereich, dar.

Die Tarifvertragsparteien können den Geltungsbereich ihres Tarifvertrags im Rahmen der Tarifautonomie frei gestalten; dies gilt auch für den räumlichen Geltungsbereich. Dabei sind zwei Grundkonzeptionen denkbar: Die Anknüpfung an den Betriebssitz oder die Anknüpfung an die Tätigkeit des Arbeitnehmers. Knüpft ein regionaler, für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag an den Betriebssitz an, ist der Tarifvertrag auf einen Arbeitgeber mit Sitz außerhalb des Tarifgebiets nicht anwendbar; dies muss dann auch für einen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland gelten. In vielen Tarifverträgen ist indes nicht klar erkennbar, welchem Prinzip – Ort des Betriebs oder der Tätigkeit oder Modifikationen davon – der Tarifvertrag folgt. Ausländische Arbeitgeber müssen in solchen Fällen, wenn sie Arbeitnehmer in das Tarifgebiet eines regionalen, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags in Deutschland entsenden, diesen Tarifvertrag im Hinblick auf seinen räumlichen Geltungsbereich genau analysieren, um zu erkennen, ob dieser mit Blick auf die konkret entsandten Arbeitnehmer überhaupt anwendungswillig ist. Und dann stellt sich die Frage, ob die Anforderungen an Transparenz, vor allem Zugänglichkeit und Klarheit, erfüllt sind, welche der EuGH vor allem in der Rechtssache „Elektrobudowa“ aus dem Jahr 2015 aufgestellt hat<sup>19</sup>. Dies begegnet starken Zweifeln, wenn hierzu die einzelnen für allgemeinverbindlich erklärten regionalen Tarifverträge keine eindeutigen Regelungen enthalten und die

---

<sup>18</sup> Ebenso insoweit *Klein/Schneider*, SR 2019, 72, 77; *Rödl*, WSI-Mitteilungen 7/2012, S. 517, 521; *Wank*, in *Wiedemann* (Hrsg.), TVG, 8. Aufl. 2019, § 5 Rn. 51.

<sup>19</sup> EuGH 12. 2. 2015 – C-396/13 – Sähköalojen/Elektrobudowa, NZA 2015, 345 Rn. 40, 45.

entsprechenden Rechtsfolgen erst durch Auslegung des Tarifvertrags ermittelt werden können. Dies ist bei der Erstreckung nach dem AEntG wegen der Anknüpfung an einen „bundesweiten“ Tarifvertrag bislang kein Problem gewesen.

### **3. Sonstiges (zu II 1d, e, g und h sowie III )**

Die Aufrechterhaltung von § 1 Abs. 3 S. 2 MiLoG halte ich nicht für erforderlich. Für in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltene Regelungen gilt nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung folgendes: Soweit es nur um den sogenannten Mindestlohnsockel nach dem MiLoG geht, findet dieses Gesetz Anwendung, darüber hinaus das AEntG. Den entsandten Arbeitnehmern und dem deutschen Arbeitsmarkt entstehen hierdurch keine Nachteile, zumal sich die Kontrollbefugnis der Behörden der Zollverwaltung nach § 16 AEntG auf die Einhaltung des gesamten Vergütungssystems in einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag bezieht.

Eine Missbrauchsgefahr wegen der vorgeschlagenen Änderung von § 9 AEntG kann ich nicht erkennen. Die Regelung soll sich nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung künftig nur noch auf durch Rechtsverordnung erstreckte Tarifverträge beziehen, nicht mehr zusätzlich auf für allgemeinverbindlich erklärte. Das ist sachgerecht, weil auf diese Tarifverträge das Tarifvertragsgesetz (TVG) anwendbar ist.

Eine Verschärfung der Nachunternehmerhaftung nach § 14 AEntG und die Erhöhung des Bußgeldrahmens sind in erster Linie rechtspolitische Fragen, welche von der Umsetzung der geänderten Entsenderichtlinie 96/71/EG nicht vorgegeben werden. Die Nachunternehmerhaftung nach § 14 AEntG ist unionsrechtlich nach Art. 12 Abs. 2 RL 2014/67/EU (Durchsetzungsrichtlinie) nur für die Baubranche geboten; im übrigen sind die Mitgliedstaaten nach Art. 12 Abs. 1 RL 2014/67/EU frei, solche Regelungen zu erlassen. Sollten hier Änderungen vorgenommen werden, würde dies wegen der Verweisung in § 13 MiLoG in gleicher Weise für den gesetzlichen Mindestlohn nach dem MiLoG gelten. Die unter III aufgestellten Forderungen sind ebenfalls primär rechtspolitischer Natur und gehen über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 hinaus.

### **IV. Zum Antrag BT-Drucksache 19/19259**

Der Antrag befasst sich vor allem mit der Problematik der „1:1“-Umsetzung der Richtlinie 96/71/EG (dazu bereits oben I) und der Problematik der A1-Bescheinigungen. Die A1-Bescheinigungen gehören aus Sicht deutscher Unternehmen, die Arbeitnehmer in andere EU-

Mitgliedstaaten entsenden, zum Regelungsumfeld einer Arbeitnehmerentsendung, sind aber regelungstechnisch von dem vorliegenden Gesetzentwurf überhaupt nicht betroffen. Der deutsche Gesetzgeber hat hier auch wenig Spielraum, weil die Rechtsgrundlagen primär im europäischen Sozialversicherungsrecht – im wesentlichen in der KoordinierungsVO (EG) 883/2004 und deren AusführungsVO (EG) 987/2009 - liegen. In der Sache stimme ich aber der Grundtendenz des Antrags zu: Die derzeitige Praxis der A1-Bescheinigung führt zu erheblichem bürokratischen Aufwand, ohne dass wirklicher Missbrauch effektiv abgestellt werden kann, weil der EuGH relativ hohe Anforderungen an den Nachweis missbräuchlichen Verhaltens bei der Ausfertigung solcher Bescheinigungen stellt – wobei in jüngster Zeit eine Milderung dieser Rechtsprechung zu beobachten sein dürfte<sup>20</sup>.

## V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 enthält grundsätzlich eine sachgerechte und ausgewogene Regelung, welche die unionsrechtlichen Anforderungen erfüllt und sich gleichzeitig in das bewährte System des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Tarifvertragsrechts einfügt.
2. Insbesondere sollte der Gesetzgeber das bisherige Anknüpfungskriterium des „bundesweiten“ Tarifvertrags beibehalten. Insoweit löst die Richtlinie (EU) 2018/957 keinen Änderungsbedarf aus, weil deren Vorschriften mit Bezug zu dieser Frage überhaupt nicht geändert wurden; eine Änderung würde daher den Grundsatz der „1:1“-Umsetzung verlassen. Die Beibehaltung erleichtert die verbindliche und transparente Anwendung der tariflichen Regelungen in Deutschland für ausländische Arbeitgeber – ein rechtlicher Gesichtspunkt, dem der EuGH im Urteil vom 12. 2. 2015 (Sähköalojen/Elektrobudowa) im Zusammenhang mit Entlohnungsfragen besondere Bedeutung beigelegt hat.
3. Der Ausnahmetatbestand des § 24 Abs. 2 AEntG ist nach meiner Einschätzung zu eng gefasst und dürfte nicht alle Sachverhalte erfassen, die von der zwingenden Geltung der Arbeitsbedingungen des Zielstaats – hier also Deutschlands - ausgenommen werden sollten. Daher schlage ich vor, in § 1 AEntG nach Satz 2 folgenden Satz 3 einzufügen: „Das Gesetz sowie § 20 des Mindestlohngesetzes sind nicht anwendbar, wenn die Arbeitsleistung des

---

<sup>20</sup> Vgl. EuGH 2. 4. 2020 – C-370/17 und C-37/18 (CRPNPAC/Vueling Airlines SA); EuGH 14. 5. 2020 – C-17/19 (Bouygues travaux public u. a.).

Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin keine hinreichende Verbindung zum Hoheitsgebiets Deutschlands aufweist.“

4. Außerdem schlage ich folgende Änderungen vor, die vor allem dem Ziel einer „1:1“-Umsetzung der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG geschuldet sind:

a) In § 13c Abs. 4 AEntG-Regierungsentwurf sollte folgender Satz 3 aufgenommen werden: „Eine Unterbrechung im Sinne von Satz 1 steht nach Ablauf von einem Jahr einer Beendigung der Beschäftigung im Inland gleich“.

b) In § 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AEntG-Regierungsentwurf sollten die Worte „innerhalb eines Jahres“ gestrichen werden.

c) § 24 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf sollte gestrichen werden.

d) In § 25 Abs. 2 S. 1 AEntG-Regierungsentwurf sollte vor dem Wort „mitgezählt“ das Wort „nicht“ eingefügt werden. § 25 Abs. 2 S. 2 AEntG-Regierungsentwurf muss dann gestrichen werden.

München, den 10. Juni 2020

Professor Dr. Martin Franzen