

Schriftliche Stellungnahme

Prof. Dr. Manfred Walser, Bremen

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

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 15. Juni 2020 zu den Vorlagen

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** 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** 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** 19/19231

Prof. Dr. Manfred Walser

Zusammenfassung

1. Der Entwurf weicht hinsichtlich des Entlohnungsbegriffs in Bezug auf tarifvertragliche Entgeltregelungen vom Entlohnungsbegriff der Änderungsrichtlinie ab. Hier sollte – auch im Sinne einer Stärkung der Tarifautonomie – einheitlich der Begriff der Richtlinie verwendet werden.
2. Der neue Entlohnungsbegriff sollte auch in Bezug auf die Auftraggeberhaftung aus § 14 AEntG verwendet werden.
3. Hingegen ist es sinnvoll, die Anrechenbarkeit der Entsendezulage durch eine unwiderlegliche Vermutung an eine Regelung der Arbeitsverhältnisse zu knüpfen, wie dies der Entwurf tut.
4. Die Anforderung, dass nur bundesweit einheitliche Tarifverträge international erstreckt werden können, verstößt gegen die Vorgaben der Änderungsrichtlinie und sollte daher gestrichen werden.
5. Nach § 5 TVG allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge sollten sich hinsichtlich der in § 5 AEntG-E genannten Normen genauso immer durchsetzen, wie dies für Normen vorgesehen ist, die nach §§ 7, 7a AEntG per Rechtsverordnung allgemeinverbindlich erklärt sind.
6. Rechtspolitisch und im Sinne einer Stärkung der Tarifautonomie sinnvoll wäre es gewesen, die erweiterten Möglichkeiten der Änderungsrichtlinie zur Erstreckung von Tarifnormen insbesondere im Vergaberecht nutzbar zu machen.
7. Die Ausgestaltung der Verzichtregelung in § 9 AEntG-E sollte weiter und klarer gefasst sowie stärker auf die Tarifautonomie orientiert werden.
8. Die praktische Durchsetzbarkeit der Auftraggeberhaftung sollte dadurch verbessert werden, dass die Daten des Auftraggebers in den Katalog der Meldepflichten in § 18 AEntG aufgenommen werden.
9. In Bezug auf Langzeitsendungen sollten insbesondere die Voraussetzungen für eine Verlängerung von zwölf auf 18 Monate klarer gefasst werden.

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Hintergrund der Änderungsrichtlinie
- III. Bereits erfolgte Umsetzungsmaßnahmen

IV. Wesentliche Inhalte des Gesetzesvorschlags

1. Arbeitsbedingungen in Rechts- und Verwaltungsvorschriften
2. Erstreckte Normen eines Tarifvertrags
 - a) Nichtausübung erweiterter gesetzgeberischer Möglichkeiten
 - b) Grundsätzliches zur Erstreckung von Tarifverträgen
 - c) Bundesweiter Tarifvertrag
 - d) Entlohnungsbegriff
 - e) Gegenstand der Entlohnung
 - f) Ausgewählte weitere erfasste Arbeitsbedingungen
3. Verzichtregelung des § 9 AEntG-E
4. Entsendedauer/Langzeit-Entsendung
5. Auftraggeberhaftung
6. Änderung des Mindestlohngesetzes
7. Informations- und Kontrollpflichten

V. Abschließende Bewertung

I. Einleitung

Die Bundesregierung hat dem Bundestag am 20. Mai 2020 den 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 Dienstleistungen¹ (im Folgenden: Änderungsrichtlinie) übermittelt (Entwurf wird im Folgenden als A-EntG-E bezeichnet).

II. Hintergrund der Änderungsrichtlinie

Erklärtes Ziel der EU-Kommission war es, mit der Änderungsrichtlinie dem Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“ zur Geltung zu verhelfen.² Der Verabschiedung der Richtlinie vorgegangen war ein jahrelanger intensiver politischer Diskussionsprozess. So haben im Juni 2015 sieben Arbeitsminister von EU-Mitgliedsstaaten von der EU-Kommission ausdrücklich einen Vorschlag für eine verschärfte Entsenderichtlinie verlangt. Neben der deutschen Ministerin waren dies die Minister Österreichs, Belgiens, Frankreichs, Luxemburgs, der Niederlande und Schwedens. Gegen den Entwurf der EU-Kommission wandten sich dann neben Dänemark insbesondere östliche Mitgliedstaaten und lösten den so genannten Subsidiaritätsmechanismus („gelbe Karte“)³ aus, da sie Bedenken hinsichtlich der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips hatten. Die EU-Kommission hielt jedoch an dem Richtlinien-vorschlag fest, der dann – in einigen Punkten verändert – und insbesondere mit Unterstützung der Regierungen Frankreichs und Österreichs schließlich durch das Europäische Parlament und den Rat verabschiedet worden ist. In der gegen die Änderungsrichtlinie durch Polen und Ungarn beim EuGH eingebrachten Nichtigkeitsklagen hat der Generalanwalt jüngst die Abweisung der Klagen empfohlen.⁴

Ausgangspunkt für die Verabschiedung der ursprünglichen Richtlinien 91/71/EG⁵ (im Folgenden: Entsenderichtlinie) war die Erkenntnis, dass eine ungezügelter Anwendung der EU-Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) zu sozialen Verwerfungen innerhalb der EU führt und auch dem Ziel eines fairen

¹ ABl. L 173 vom 9.7.2018, S. 16.

² Vgl. bspw. die Pressemitteilung der EU-Kommission vom 29.5.2018, abrufbar unter https://ec.europa.eu/germany/news/20180529-entsenderichtlinie_de

³ Art. 12 lit. a EUV i.V.m. dem Subsidiaritätsprotokoll.

⁴ Schlussanträge vom 28.5.2020 GA Campos Sánchez-Bordona zu EuGH, Rs. C-620/18 und C-626/18.

⁵ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 vom 21.1.1997, S. 1.

Wettbewerbs nicht gerecht wird. Die Dienstleistungsfreiheit ermöglicht es Arbeitgebern mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, ihre Tätigkeit vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben und hierzu eigene Mitarbeiter einzusetzen, die grundsätzlich nach wie vor dem Arbeitsrecht des Heimatstaates unterliegen. Dieses Ergebnis folgt in der Regel durch die Anwendung der Rom I-Verordnung⁶ – insbesondere deren Art. 8.

Der EuGH hat dann allerdings Ende der 2000er Jahren in den Rs. Laval⁷, Rüffert⁸ und anderen die Entsenderichtlinie vor allem aus dem Blickwinkel der Marktfreiheiten (insbesondere der Dienstleistungsfreiheit) betrachtet, was zu einem Zurückdrängen kollektiven Arbeitsrechts geführt hat. Der Versuch, hierauf mit der so genannten Monti II-Verordnung⁹ zu reagieren, ist zunächst gescheitert. Verabschiedet wurde dann aber 2014 die so genannte „Durchsetzungsrichtlinie“¹⁰, die sich vor allem mit technischen Fragen der Durchsetzung der Rechte aus der Entsenderichtlinie befasst.

Die 2018 verabschiedete Änderungsrichtlinie ist vor diesem Hintergrund zu betrachten. Sie reagiert sowohl auf Fehlentwicklungen und Missbrauch im Rahmen der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch die Arbeitnehmerentsendung, aber auch auf die angesprochene Rechtsprechungslinie des EuGH. So stellt beispielsweise Art. 1 Abs. 1 der Änderungsrichtlinie klar, dass der „Schutz entsandter Arbeitnehmer [...] im Verhältnis zur Dienstleistungsfreiheit sichergestellt“ werden soll. Ihr Erwägungsgrund 10 formuliert:

„Ein besserer Arbeitnehmerschutz ist notwendig, um den freien Dienstleistungsverkehr auf einer fairen Grundlage sowohl kurz- als auch langfristig sicherzustellen, insbesondere indem ein Missbrauch der durch die Verträge garantierten Rechte verhindert wird.“

Diesen Leitgedanken des Unionsgesetzgebers gilt es auch in der Umsetzung der Änderungsrichtlinie zu berücksichtigen.

III. Bereits erfolgte Umsetzungsmaßnahmen

Eine erste Umsetzungsmaßnahme ist bereits durch das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz¹¹ vor rund einem Jahr erfolgt, in dem ein § 5 Satz 1 Nr. 4 AEntG eingefügt worden ist, wonach auch Regelungen über die Unterkünfte entsandter Arbeitnehmer Gegenstand der internationalen Erstreckung eines allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags sein können. Zudem wurden im AEntG einige damit im Zusammenhang stehende Folgeänderungen aufgenommen. Der Änderungsbedarf durch die Änderungsrichtlinie geht allerdings deutlich weiter, weshalb der vorliegende Gesetzesentwurf erforderlich ist.

IV. Wesentliche Inhalte des Gesetzesvorschlags

⁶ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

⁷ EuGH, 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 (Laval un Partneri).

⁸ EuGH, 3.4.2008 – C-346/06, Slg. 2008, I-1989 (Rüffert).

⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit, KOM (2012) 130.

¹⁰ Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“), ABl. L 159 vom 28.05.2014, S. 11.

¹¹ Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch vom 11.7.2019, BGBl. I, S. 1066.

1. Arbeitsbedingungen in Rechts- und Verwaltungsvorschriften

§ 2 AEntG definiert nach wie vor zwingende Arbeitsbedingungen für in- und ausländische Arbeitsverhältnisse und erklärt diese zu Eingriffsnormen. Er setzt an dieser Stelle die Änderungsrichtlinie korrekt um, indem in § 2 Nr. 1 AEntG-E der Begriff „Mindestentgeltsätze“ durch den in der Richtlinie verwendeten Entlohnungs-Begriff ersetzt wird. Hierin ist eine der wesentlichen Neuerungen der Änderungsrichtlinie im Vergleich zum ursprünglichen Text der Entsenderichtlinie zu sehen. Diese verwendete noch den Begriff der Mindestlohnsätze.

Allerdings betrifft § 2 AEntG-E nur Arbeitsbedingungen, die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegt sind. Art. 3 Abs. 1 sieht darüber hinaus vor, dass die EU-Mitgliedstaaten auch die in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen (einschließlich Art. 3 Abs. 8 der Änderungsrichtlinie) gewährleisteten Arbeitsbedingungen auch auf Entsendearbeitsverhältnisse für anwendbar erklären müssen.

Diese Vorgabe nimmt Abschnitt 3 des AEntG-E auf:

2. Erstreckte Normen eines Tarifvertrags

a) Nichtausübung erweiterter gesetzgeberischer Möglichkeiten

Die Änderungsrichtlinie erweitert den Katalog an einzubeziehenden Rechtsnormen sogar. Bereits in der ursprünglichen Entsenderichtlinie waren auch Arbeitsbedingungen erfasst, die „durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge oder Schiedssprüche“ (Art. 3 Abs. 1 Spstr. 2 Entsenderichtlinie) festgelegt waren. Dies galt allerdings nur für die Bauwirtschaft. Die Änderungsrichtlinie ermöglicht es nun außerdem neben allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen „allgemein wirksame“ Tarifverträge der repräsentativen Organisationen der Tarifvertragsparteien auf ausländische Arbeitsverhältnisse zu erstrecken (vgl. Art. 3 Abs. 8 Änderungsrichtlinie). Verbunden damit ist allerdings das Erfordernis, dass die Erstreckung sowohl für inländische wie auch ausländische Arbeitsverhältnisse zwingend sein muss.

Der vorliegende Gesetzentwurf macht von dieser Option keinen Gebrauch. Das ist insofern schade, als dies die Möglichkeit geboten hätte, die nun schon fast jahrzehntelangen Bemühungen zu verwirklichen, dem Vergaberecht eine bedeutendere Rolle für die Durchsetzung von Arbeits- und Sozialstandards beizumessen. Insoweit wäre beispielsweise eine Regelung denkbar gewesen, welche – unabhängig von der mitgliedschaftlichen Tarifbindung – die Einhaltung des jeweils einschlägigen Tarifvertrags im Zuge der öffentlichen Auftragsvergabe verbindlich macht. Für die Auswahl des jeweiligen Tarifvertrags wären sowohl Lösungen, die sich nach dem 1. Spiegelstrich richten, wie auch Lösungen, die sich nach dem 2. Spiegelstrich in Art. 3 Abs. 8 Änderungsrichtlinie richten, denkbar gewesen.

b) Grundsätzliches zur Erstreckung von Tarifverträgen

Umgesetzt ist dagegen die Aufhebung der Brancheneinschränkung. § 3 Abs. 1 AEntG-E weitet insofern die Erstreckbarkeit von Tarifverträgen zunächst aus. Denn bislang wurden nur die nach § 5 TVG allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge der Bauwirtschaft i.S.v. § 4 Abs. 1 Nr. 1 AEntG auf ausländische Arbeitsverhältnisse erstreckt (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 AEntG). Für alle anderen Tarifverträge bestand nur die Möglichkeit der Erstreckung auf Grundlage von §§ 7 oder 7a AEntG. Die Formulierung der §§ 7, 7a AEntG bleibt dagegen weitgehend unverändert, abgesehen von einer Einschränkung hinsichtlich von Entlohnungsbestimmungen, auf die unter d) noch genauer eingegangen wird.

Während die Erstreckung von Tarifverträgen in Branchen, die in § 4 Abs. 1 AEntG aufgeführt sind, grundsätzlich möglich sein soll und sich nach § 7 AEntG richtet, ist für alle anderen Branchen eine Rechtsverordnung nach § 7a AEntG nur möglich, wenn nachgewiesen wird, dass die Erstreckung „im öffentlichen Interesse geboten erscheint, um die in § 1 [AEntG] genannten Gesetzesziele zu erreichen und dabei insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegen zu wirken.“ (§ 4 Abs. 2 AEntG)

§ 8 Abs. 1 AEntG-E bestimmt für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge, dass unabhängig vom Sitz des Arbeitgebers im In- oder Ausland mindestens die am Beschäftigungsort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren sind. Diese Regelung gilt unabhängig davon, ob die Normwirkung auf einer Tarifbindung nach § 3 TVG oder aufgrund einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG bzw. §§ 7, 7a AEntG basiert. Durch das Abstellen auf den Beschäftigungsort wird sichergestellt, dass eine Ausländerdiskriminierung ausgeschlossen ist.

Kritisch zu betrachten ist dagegen die Anpassung durch § 8 Abs. 2 AEntG-E. Bislang kam allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen zumindest der Bauwirtschaft Vorrang vor anderen tarifvertraglichen Normen zu, soweit sie im AEntG genannte Gegenstände regelten. Diese Sonderregelung für die Bauwirtschaft soll aufgegeben werden. Dafür soll diese Wirkung den nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen aller Branchen zukommen, soweit sie Gegenstände des § 5 Satz 1 Nr. 2 und 3 AEntG beinhalten. Hintergrund der Regelung ist, dass zumindest in Bezug auf Urlaubskassenregelungen eine Unterbietung durch „Dumping-Tarifverträge“ ausgeschlossen werden soll. Eine entsprechende Regelung für Inlandssachverhalte findet sich in § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG, der durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014¹² eingeführt worden ist.

Die Entwurfsbegründung führt dazu aus:

„Die besondere Anordnung des Ausschlusses des Tarifvorrangs anderer Tarifverträge wird auf urlaubs-kassenrelevante Arbeitsbedingungen, bei denen der Tarifvorrang bereits nach dem Tarifvertragsgesetz ausgeschlossen ist, konzentriert.“¹³

Für alle anderen Gegenstände in nach § 5 TVG allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen soll die Vorrangsregelung folgerichtig nicht gelten. Hier greift dann nach der h.M. in Literatur und Rechtsprechung das Spezialitätsprinzip ein.¹⁴ Das würde bedeuten, dass sich bei einem Konflikt mit einem anderen Tarifvertrag der speziellere Tarifvertrag durchsetzt. Das wird jedenfalls zu erheblichen Anwendungsproblemen führen. Sollte dies wirklich so gemeint sein, stellt sich auch die Frage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Regelung. Die Entsenderichtlinie geht in Art. 3 Abs. 8 davon aus, dass allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge von allen Unternehmen im Geltungsbereich einzuhalten sind und in jedem Fall die Gleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Unternehmen gewährleistet sein muss. Es ist fraglich, ob dies noch gewährleistet ist, wenn die Tarifunterbietung ermöglicht wird.¹⁵

Man könnte den Vorschlag für die Neuregelung in § 8 Abs. 4 AEntG-E insofern sogar so verstehen, dass auch eine Abweichung durch ausländische Tarifverträge möglich sein soll. Das kann nicht gewollt sein, da das der Grundstruktur des AEntG grundlegend widersprechen würde und fatal wäre. Das Bestehen

¹² BGBl. 2014 I, S. 1348.

¹³ BT-Drs. 19/19371, S. 14.

¹⁴ Ausführlich dazu Walser, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, Frankfurt a.M. 2015, S. 313 ff.

¹⁵ In diese Richtung aber nur bezogen auf Mindestentgelte auch Franzen, ZfA 2020, 30, 37.

(oder der Neuabschluss) eines ausländischen Tarifvertrags würde ausreichen, um das inländische zwingende Recht zu beseitigen – die zwingende Wirkung ginge so weitgehend verloren. Hier sollte unbedingt eine Klarstellung vorgenommen werden.

Dagegen sollen Tarifverträge immer Vorrang haben, die per Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a AEntG erstreckt werden. Dies wird die Tendenz zur Allgemeinverbindlicherklärung mittels Rechtsverordnung vermutlich noch verstärken. Umso gravierender wirkt sich dann die Einschränkung der Erstreckbarkeit von Lohnklauseln aus (dazu unter d).

Hinsichtlich der Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG, die letztlich auch nichts anderes ist als eine Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags mittels Rechtsverordnung (und insofern vergleichbar mit den §§ 7, 7a AEntG), sollen die Vorschriften der §§ 3 ff. AEntG-E dagegen nicht gelten. Die Lohnuntergrenze soll bereits als Rechtsvorschrift i.S.v. § 2 Nr. 4 AEntG auf ausländische Arbeitsverhältnisse Anwendung finden.¹⁶

Aus Sicht einer möglichst effektiven Ausgestaltung der Tarifautonomie ist dagegen zu begrüßen, dass der neue § 6 Abs. 10 AEntG-E für die Bestimmung des Betriebsbegriffs bzw. des Begriffs der selbstständigen Betriebsabteilung auf die jeweilige Definition des Tarifvertrags verweist. Dies galt schon bisher im bestehenden § 6 Abs. 2 AEntG für die Tarifverträge der Bauwirtschaft, wird nun aber auf alle international erstreckbaren Tarifverträge ausgeweitet. Aus unionsrechtlicher Sicht bestehen hier keine Bedenken, da auch die Entsenderichtlinie gerade auf allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge abstellt.

Welche Gegenstände aus Tarifverträgen international erstreckt werden, bestimmt § 5 AEntG-E. Abgesehen vom Entlohnungsbegriff, auf den unter d) noch eingegangen wird, zeichnet er weitgehend die Neuerungen in § 2 AEntG-E nach. Ein erstreckter Tarifvertrag muss sich nicht auf die genannten Gegenstände beschränken, sondern kann darüber hinaus gehen, diese werden dann (zumindest bei Kurzzeitentsendungen) aber nicht international erstreckt. So sind die Tarifvertragsparteien nicht gezwungen, eigene Tarifverträge zu schließen, um diese dann erstrecken zu lassen, sondern sie können bestehende einheitliche Tarifwerke beibehalten. Ein Beispiel hierfür ist etwa der Bundesrahmentarifvertrag der Bauwirtschaft, der Materien enthält, die im AEntG aufgeführt sind, aber auch eine Reihe weiterer Gegenstände mitregelt.

Im Fall von Leiharbeitsverhältnissen sollen bei einer Entsendung nach Deutschland die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen aus § 5 Satz 1 Nr. 2–4 AEntG-E gelten (§ 8 Abs. 3 AEntG-E). Ausgenommen sind damit die Entlohnungsbestimmungen sowie die in § 2 Nr. 3-8 AEntG-E genannten Arbeitsbedingungen. Insoweit sind dann allerdings auch die Vorschriften über die Entlohnung des AÜG zu beachten. Auch hier wäre es gerechtfertigt gewesen, das (auch in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG vorgesehene) Gleichbehandlungsprinzip vollständig zur Geltung zu bringen.

Allerdings werden im AEntG-E nicht nur rechtspolitische Chancen nicht genutzt, er bleibt an einigen Stellen sogar hinter den Mindestanforderungen der Änderungsrichtlinie zurück und setzt sie daher nicht vollständig um:

c) Bundesweiter Tarifvertrag

Zwar erstreckt § 3 AEntG-E die Rechtsnormen eines nach § 5 TVG oder den §§ 7, 7a AEntG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag auf ausländische Arbeitsverhältnisse, die in Deutschland ausgeübt werden. Voraussetzung dafür ist allerdings ein bundesweiter Tarifvertrag. Nach § 3 Satz 3 AEntG-

¹⁶ Vgl. Wilde, in: Schüren/Hamann, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Aufl. München 2018, § 3a Rn. 15.

E (bisher § 3 Satz 2 AEntG) reicht hierfür auch aus, wenn mehrere regionale Tarifverträge zusammengefasst das ganze Bundesgebiet abdecken.

Diese Ausnahmeregelung gilt allerdings nur für bestimmte Arbeitsbedingungen, nämlich für

- die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsgeld und das zusätzliche Urlaubsgeld (§ 5 Satz 1 Nr. 2 AEntG),
- Urlaubskassentarifverträge (§ 5 Satz 1 Nr. 3 AEntG) sowie
- die Anforderungen an Unterkünfte (§ 5 Satz 1 Nr. 4 AEntG).

Nicht ausreichend sind zusammengefasste Tarifverträge folgerichtig für

- die Entlohnung (§ 5 Satz 1 Nr. 1 und 1a AEntG-E) sowie für
- die in § 2 Nr. 3 bis 8 AEntG-E genannten Arbeitsbedingungen (§ 5 Satz 1 Nr. 5 AEntG).

Eine solche Einschränkung kennt die Richtlinie jedoch nicht. Vielmehr müssen (!) alle in Art. 3 der Änderungsrichtlinie genannten Arbeitsbedingungen auch auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden, wenn sie in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgelegt sind. Voraussetzung ist lediglich, dass die Arbeitsbedingungen auf alle in einen geografischen Bereich fallenden Arbeitsverhältnisse zwingend anzuwenden sind. Ein geografischer Bereich muss aber gerade nicht zwangsläufig das gesamte Bundesgebiet umfassen, sondern kann auch nur ein einzelnes Bundesland oder eine bestimmte Region betreffen. Ansonsten wäre jegliche regionale und fachliche Differenzierung unmöglich. Gemeint ist vielmehr, dass unterschiedslos alle Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich der Regelung erfasst sein müssen.¹⁷

Dies wäre nach den deutschen tarifpolitischen Gepflogenheiten beispielsweise immer dann der Fall, wenn ein Tarifvertrag dem Arbeitsortprinzip folgt.¹⁸ Obwohl die Anknüpfung am Betriebssitz in deutschen Tarifverträgen vorherrscht, ist eine Anknüpfung am Arbeitsort nicht unüblich und in wichtigen Tarifwerken enthalten, beispielsweise im Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe. Es liegt damit in der Hand der Tarifvertragsparteien, durch entsprechende Regelungen auch die international zwingende Erstreckung herbeizuführen.

Die Lösung des AEntG-E ist darüber hinaus auch inkonsistent. Denn die Gesetzesbegründung verweist darauf, dass es innerhalb allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge keinerlei Beschränkungen hinsichtlich der regionalen Differenzierung von Entlohnungsbestimmungen gebe – und zwar auch für solche Tarifverträge, die mittels Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG erstreckt werden.¹⁹ Wieso innerhalb eines Tarifvertrags differenziert werden können soll, nicht aber unterschiedliche Tarifverträge für unterschiedliche Regionen erstreckt werden können sollen, erschließt sich nicht.

Ferner sieht der AEntG-E bezüglich Langzeitentsendung (völlig zu Recht) keine entsprechende Einschränkung vor, sondern knüpft den § 13b AEntG-E am Beschäftigungsort an. Diese Differenzierung zwischen Langzeit- und Kurzzeitentsendungen sieht die Änderungsrichtlinie nicht vor. Die Entwurfsbegründung, die auf Erwägungsgrund 9 der Änderungsrichtlinie verweist und damit auf die engere Verbindung zum Aufnahmestaat,²⁰ überzeugt hier nicht. Denn die Struktur der Änderungsrichtlinie geht nicht davon aus, dass im Fall von Langzeitentsendungen Normen mit anderer rechtstechnischer Qualität erstreckt werden, sondern sieht eine inhaltliche Erweiterung erstreckbarer Normen derselben rechtstechnischen Qualität vor. Die Normqualität unterscheidet sich also nicht. Voraussetzung der

¹⁷ Vgl. auch Klein/Schneider, SR 2019, 72, 75 ff.; a.A. Franzen, ZfA 2020, 30 ff.

¹⁸ So im Grundsatz auch Franzen, ZfA 2020, 30, 40.

¹⁹ BT-Drs. 19/19371, S. 25.

²⁰ BT-Drs. 19/19371, S. 30.

Richtlinie ist in beiden Fällen lediglich, dass die Normen unterschiedslos auf in- und ausländische Betriebe angewandt werden und dass es sich um Normen aus Rechts- und Verwaltungsvorschriften, allgemeinverbindlichen Tarifverträgen und/oder Schiedssprüchen (auch im Sinne von § 3 Abs. 8 Änderungsrichtlinie) handelt.

Neben unionsrechtlichen Bedenken sprechen auch rechtspolitische Gründe gegen eine Beibehaltung des Erfordernisses bundesweiter Tarifverträge.

Zunächst schränkt das Erfordernis die Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG ohne Not und damit auch in unzulässiger Weise ein. Wollen die Tarifvertragsparteien ihren Tarifvertrag auf alle in den jeweiligen Geltungsbereich fallenden Arbeitsverhältnisse ausrichten, was nach Rechtsprechung von BAG und BVerfG Teil der im Grundgesetz geschützten Tarifautonomie ist,²¹ sind sie gezwungen, einen bundeseinheitlichen Tarifvertrag zu errichten. Das schränkt die tarifpolitischen Freiheiten zwangsläufig ein.

Darüber hinaus erhalten auf diese Weise Regionalverbände innerhalb der Tarifvertragsparteien eine erhebliche Machtposition gegenüber ihrem Bundesverband wie auch gegenüber anderen Regionalverbänden. Kommt es nicht zu einem Kompromiss auf Bundesebene, können einzelne (auch kleine) Landesverbände eine Erstreckung der Tarifnormen auf entsandte Arbeitsverhältnisse für das gesamte Bundesgebiet verhindern. Es gibt durchaus Branchen, in denen das einer der Gründe dafür ist, weshalb seit Jahrzehnten eine Erstreckung nicht gelingt, ein Beispiel ist etwa das Maler- und Lackiererhandwerk.

Schließlich geht mit der bestehenden Regelung ein erhebliches Risiko von regelungslosen Zeiten einher. Dies hat sich in besonderem Maße im Anschluss an die Beschlüsse des BAG zur Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung der Sozialkassentarifverträge der Bauwirtschaft zwischen den Jahren 2007 und 2014 gezeigt.²² In der Folge zweifelten die Behörden der Zollverwaltung an der Wirksamkeit einer regionalen Allgemeinverbindlicherklärung. In der Folge sahen sie sich bundesweit (!) gehindert, das Entsenderecht in der Bauwirtschaft durchzusetzen und zu kontrollieren, da kein bundesweiter Tarifvertrag i.S.d. AEntG bestanden habe.

Aber selbst ohne eine Unwirksamkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen können zeitliche Lücken zwischen zwei Allgemeinverbindlicherklärungen entstehen. Es liegt in der Natur von Tarifverhandlungen, dass diese auch mal länger dauern können und gleichzeitig der Prozess der Erteilung der Allgemeinverbindlicherklärung einige Zeit beansprucht. In der Praxis laufen auch die Verfahren zur Erteilung einer Allgemeinverbindlicherklärung zwischen den einzelnen Ländern oder einem Land und dem Bund häufig nicht synchron. Daher schließen sowohl Allgemeinverbindlicherklärungen nach § 5 TVG wie auch Verordnungen nach den §§ 7, 7a AEntG nicht immer nahtlos aneinander an. Dadurch können in diesen Zwischenzeiten erhebliche Wettbewerbsverzerrungen entstehen, der Schutz der Arbeitnehmer ist in dieser Zeit nicht gewährleistet und die Sozialkassen haben ggf. geringere Beitragseinnahmen. Zwar erfolgt eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG häufig rückwirkend, um genau diese Lücken nicht entstehen zu lassen. Allerdings greifen die Bußgeldvorschriften des § 23 AEntG für diese zurückliegenden Zeiträume aufgrund des Rückwirkungsverbots in Art. 103 Abs. 2 GG nicht ein. Das führt faktisch dazu, dass die Zollbehörden häufig davon absehen, in diesen Zeiträumen Kontrollen durchzuführen. Diese Lücke würde durch ein Streichen des Kriteriums von bundesweiten Tarifverträgen geschlossen.

Im Ergebnis können nach den Vorgaben der Richtlinie also nur solche Tarifverträge erstreckt werden, die eine unterschiedslose Anwendung in ihrem Geltungsbereich vorsehen. Tun sie dies, müssen sie

²¹ Vgl. etwa BVerfG, 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322.

²² Exemplarisch BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12.

nach den Vorgaben der Entsenderichtlinie erstreckt werden. Das Erfordernis bundesweiter Tarifverträge sollte daher aus rechtlichen wie auch rechtspolitischen Gründen gestrichen werden.

d) Entlohnungsbegriff

Während – wie schon unter 1. erwähnt – der Entlohnungsbegriff sinnvoller und richtiger Weise eins zu eins in § 2 AEntG-E aus der Änderungsrichtlinie übernommen wurde, modifiziert der AEntG-E ihn in Bezug auf tarifvertragliche Normen.

Zunächst hält § 5 Abs. 1 Nr. 1 AEntG-E am Begriff der „Mindestentgeltsätze“ fest, wie er sich schon bislang im Gesetz findet. In der juristischen Literatur hat seit Einführung des AEntG und dann verstärkt im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. Laval²³ eine intensive Debatte dazu stattgefunden, wie dieser Begriff der Mindestentgeltsätze zu interpretieren ist. Eine Meinung stellte sich dabei auf den Standpunkt, dass der Begriff eng zu interpretieren ist und nur die unterste Entgeltstufe aus einem Tarifvertrag erstreckt werden könne.²⁴ Die andere Auffassung interpretierte den Begriff dagegen so, dass auch ganze sogenannte Entgeltgitter erstreckbar wären und die Entgeltwerte für die einzelnen Lohngruppen jeweils das Mindestentgelt für die entsprechende Lohngruppe darstellten.²⁵ Die Praxis beschränkt sich bislang in der Regel darauf, dass zwei Lohngruppen per Rechtsverordnung allgemeinverbindlich erklärt werden. Eine rechtliche Grenze ist damit aber nicht definiert. So sieht etwa der TV Mindestlohn der Bauwirtschaft eine Lohngruppe 1 für einfache Tätigkeiten und einen Mindestlohn der Lohngruppe 2 für fachlich qualifizierte Arbeiten vor.

Der vorgeschlagene § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG soll klarstellen, dass die Differenzierung nach Art der Tätigkeit und Qualifikation höchstens in drei Stufen erfolgen darf. Eine durchgreifende sachliche Rechtfertigung für diese Einschränkung liefert die Entwurfsbegründung nicht. Es wird angedeutet, dass die Verfasser des Entwurfs offenbar Bedenken hinsichtlich der zwingenden Erstreckung der Tarifnormen auf Basis von § 8 Abs. 2 AEntG-E hatten und einen möglichen Konflikt mit Art. 9 Abs. 3 GG sehen: „[D]ie Betätigungsfreiheit anderer Koalitionen beim Aushandeln und Festsetzen von Entlohnungsbedingungen“ solle respektiert werden und „sie in einen besonders schonenden Ausgleich mit den Zielen des § 1 [AEntG]“ bringen.²⁶ Der Bundesrat hat sich zu dieser Einschränkung ausgesprochen kritisch positioniert.²⁷

Kurz zum Hintergrund: Die h.M. in der Literatur geht davon aus, dass im Falle eines Konflikts eines allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags mit einem Tarifvertrag, der aufgrund der Zugehörigkeit zu einer der Tarifvertragsparteien durch § 3 Abs. 1 TVG autonom zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer wirkt, sich der speziellere Tarifvertrag durchsetzt (dazu schon oben unter b). In der Regel führt das dazu, dass sich der autonome Tarifvertrag durchsetzt. Hiervon wird (in Bezug auf die Entlohnung allerdings nur in Bezug auf Tarifverträge, die nach den §§ 7, 7a AEntG erstreckt sind) durch § 8 Abs. 2 AEntG ausdrücklich abgewichen, um sicherzustellen, dass die Normen für inländische und ausländische Arbeitsverhältnisse einheitlich gelten. Es ist daher nicht mehr möglich, durch einen anderen Tarifvertrag (nach unten!) von dieser Regelung abzuweichen. Allerdings ist es nach wie vor möglich, (für die Arbeitnehmer) bessere als die im Tarifvertrag vorgesehene Regelung zu vereinbaren.

²³ EuGH, 18.12.2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 (Laval un Partneri).

²⁴ Bspw. Waltermann, NZA-Beil. 2009, 110, 117.

²⁵ Bspw. Hamann, RdA 2011, 321, 330.

²⁶ BT-Drs. 19/19371, S. 27.

²⁷ Ebenso der Bundesrat, BT-Drs. 19/19371, S. 46.

Schon deshalb überzeugt die Entwurfsbegründung nicht, denn es verbleibt immer noch ein tarifpolitischer Spielraum – wenn auch nur nach oben. Darüber hinaus fordert Art. 9 Abs. 3 GG eine Einschränkung der Erstreckbarkeit auf drei Lohnstufen nicht. Insbesondere lässt sich eine solche Vorgabe nicht aus der Rechtsprechung des BVerfG ableiten. Denn das BMAS darf einen Tarifvertrag nach § 5 TVG wie auch nach den §§ 7, 7a AEntG ohnehin nur bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses erstrecken. Es muss die Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne des Arbeitnehmerschutzes für geboten erachten. Tut es dies, ist es auch gerechtfertigt, durch den Gesetzgeber eine ausschließliche Wirkung anzuordnen.

Dass mehr als nur drei Lohnstufen erstreckbar sein müssen, wird durch den AEntG-E im Grundsatz durchaus anerkannt. Daher soll aus rechtstechnischen Gründen neben Nr. 1 eine Nr. 1a in § 5 Satz 1 AEntG eingefügt werden. Dieser erfasst dann alle anderen Entlohnungsbestandteile, die unter den Entlohnungsbegriff des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEntG-E fallen. Damit wird ein ohnehin schon schwer lesbares und kompliziert aufgebautes Gesetz für die Rechtsanwender noch schwerer verständlich.

Der Hintergrund dieser Regelungsweise wird durch §§ 7, 7a AEntG deutlich. Diese regeln die Möglichkeit, einen Tarifvertrag über die „reguläre“ Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG hinaus per Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates für allgemeinverbindlich zu erklären. In Bezug auf die Entlohnung sind allerdings nur Mindestentgeltsätze bis zu drei Stufen i.S.v. § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG erfasst, nicht aber hinsichtlich der darüberhinausgehenden Entlohnungsbestandteile (§ 7 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 7a Abs. 1 Satz 2 AEntG-E). Diese darüberhinausgehenden Entlohnungsbestandteile (und damit auch sogenannte „Lohngitter“) können nur mittels einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG erstreckt werden.

Das ist insofern fragwürdig, als die Möglichkeit der Erstreckung über die §§ 7, 7a AEntG gerade deshalb geschaffen worden ist, um die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen zu erleichtern. So ist es in der jüngeren Vergangenheit kaum mehr gelungen, Entlohnungstarifverträge allgemeinverbindlich zu erklären. Dies mag auch darauf zurückzuführen sein, dass die Arbeitgeberseite im Tarifausschuss eine besonders kritische Haltung einnimmt und dabei ein Vetorecht besitzt. In der Frühphase der Bundesrepublik waren Entgelttarifverträge noch die häufigste Form von allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen.²⁸ Auch hier weist der Entwurf eine Inkonsistenz auf. Denn nach dem oben unter b) zitierten § 4 Abs. 2 AEntG soll die Erstreckung von Tarifverträgen über die §§ 7, 7a AEntG gerade dem Dumpingwettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken. Insofern ist es wenig plausibel, gerade die Erstreckbarkeit von Lohnklauseln einzuschränken.

Sollte der Gesetzgeber den Vorschlag in dieser Form verabschieden, nimmt sich die Politik ohne Not und ohne dass dies verfassungsrechtlich erforderlich wäre, unnötig politischen Handlungsspielraum für die Zukunft. Ein Verstoß gegen die Tarifautonomie wäre auch ohne diese Einschränkung nicht gegeben. So sind die Tarifvertragsparteien am Verfahren zum Erlass der Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a TVG maßgeblich beteiligt, da sie einen gemeinsamen Antrag stellen müssen. Außerdem sehen die Normen einen speziellen Mechanismus vor, der etwaige Konflikte mit anderen Tarifverträgen im Vorfeld auflöst. Potenzielle Normunterworfenen können sich in das Verfahren einbringen. Beim erstmaligen Antrag ist sogar der Tarifausschuss zu befragen. Auf der anderen Seite wird durch den vorliegenden Regelungsvorschlag die Tarifautonomie eingeschränkt, da die Tarifvertragsparteien, die eine Allgemeinverbindlicherklärung nach den §§ 7, 7a AEntG-E anstreben, faktisch gezwungen sind, lediglich drei Lohngruppen in ihrem Tarifvertrag vorzusehen – zumindest aber dürfen sie den Antrag auf Erlass der Rechtsverordnung nur in Bezug auf diese Lohngruppen stellen.

Sehr wohl möglich ist eine Erstreckung von Entlohnungsbestandteilen über § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E hinaus – wie bereits erwähnt – im Rahmen einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG (vgl.

²⁸ Vgl. etwa Bispinck/Schulten, WSI-Mitteilungen 2009, 201, 204.

insofern § 5 Satz 1 Nr. 1a AEntG-E).²⁹ Dass dies praktisch gelingt, ist – wie ebenfalls bereits dargelegt – in der derzeitigen politischen Konstellation sehr unwahrscheinlich. Es empfiehlt sich daher, die Einschränkung des § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E aufzugeben und stattdessen die Formulierung des § 2 Nr. 1 AEntG-E zu übernehmen.

e) Gegenstand der Entlohnung

Was Gegenstand der Entlohnung ist, soll § 2a AEntG-E regeln. Erfasst sein sollen alle Bestandteile der Vergütung, die ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber in Geld oder als Sachleistung für die geleistete Arbeit erhält. Die Bestimmung enthält in Satz 2 eine nicht abschließende Auflistung von Bestandteilen, darunter die Grundvergütung, einschließlich von Entgeltbestandteilen, die an die Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung der Arbeitnehmer sowie an die Region anknüpfen und außerdem Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen, einschließlich Überstundensätze. Letzteres ist eine Doppelung, da § 2 Nr. 1 AEntG die Überstundensätze bereits ausdrücklich nennt. Der Begriff soll außerdem Regelungen zur Fälligkeit der Entlohnung einschließlich Ausnahmen und deren Voraussetzungen umfassen. Die Aufzählung ist nicht abschließend. Ausgenommen ist – wie von der Änderungsrichtlinie vorgegeben – die betriebliche Altersversorgung.

Die Definition macht deutlich, dass es auf das Austauschverhältnis Geld gegen Arbeit bzw. den Pflichten des Arbeitnehmers und den Pflichten des Arbeitgebers ankommt. Nicht erfasst sein sollen Leistungen, die nur anlässlich des Beschäftigungsverhältnisses gewährt werden.³⁰ Hier sind insbesondere die sogenannten „social benefits“ gemeint, Parkplatz, Kita etc. Auch Leistungen Dritter sollen nicht erfasst sein.

Ein relevantes Problem der Praxis ist die Frage der Anrechenbarkeit von Entsendezulagen. Über die Anrechnung versuchen manche Entsendearbeitgeber das einschlägige Mindestlohniveau zu erreichen. Dem soll § 2b AEntG-E entgegenwirken, der eine Anrechnung nur zulässt, wenn sie nicht der Erstattung der Entsendekosten dient, sondern als Zulage gewährt wird. Hierzu bedarf es allerdings einer ausdrücklichen Regelung in den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Arbeitsbedingungen, seien sie gesetzlich, kollektiv- oder individualvertraglich festgelegt. Ansonsten wird nach § 2b Abs. 2 AEntG vermutet, dass es sich um eine Kostenerstattung handelt, ohne dass der Arbeitgeber den Gegenbeweis antreten kann. Diese Gestaltungsvariante erscheint – entgegen der Kritik des Bundesrates³¹ – sinnvoll und zulässig.

Dennoch hilft die Regelungsvariante des § 2b Abs. 2 AEntG-E, den Missbrauch zu bekämpfen und erleichtert die ohnehin nicht einfache Kontrolle durch die Zollbehörden und sonstigen Einrichtungen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit. So werden langwierige, kostenintensive und in der Beweisführung schwierige Verfahren vermieden. Außerdem hat es der Arbeitgeber in der Hand, für eine entsprechende Regelung zu sorgen.

f) Ausgewählte weitere erfasste Arbeitsbedingungen

Vor dem Hintergrund vielfach unhaltbarer Zustände in den Unterkünften entsandter Arbeitnehmer erfasst die Änderungsrichtlinie in Art. 3 Abs. 1 lit. h auch die Bedingungen der Unterkünfte im Katalog

²⁹ Vgl. auch BT-Drs. 19/19371, S. 14.

³⁰ Vgl. auch BT-Drs. 19/19371, S. 24.

³¹ Vgl. auch BT-Drs. 19/19371, S. 45 f.

der Eingriffsnormen. Der AEntG-E nimmt diesen Aspekt als Unterfall von „Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz“ auf, was der Systematik des deutschen Arbeitsschutzrechts entspricht. Anstelle des Begriffs der „Bedingungen“, den die Änderungsrichtlinie verwendet, beziehen sich § 2 Nr. 5 sowie § 5 Satz 1 Nr. 4 AEntG-E auf Anforderungen. Dies klingt zunächst enger als die Richtlinienvorgabe. Allerdings deutet Erwägungsgrund 7 der Änderungsrichtlinie darauf hin, dass tatsächlich nur die Verhältnisse innerhalb der Unterkünfte gemeint sind. Insoweit erscheint die Umsetzung ausreichend. Begrüßenswert ist, dass der Wortlaut der § 2 Nr. 5 sowie § 5 Satz 1 Nr. 4 AEntG-E die Änderungsrichtlinie dahingehend konkretisiert, dass die Regelungen unabhängig davon gelten, ob die Unterkunft „unmittelbar oder mittelbar, entgeltlich oder unentgeltlich zur Verfügung gestellt“ wird. Diese Konkretisierung ist im Sinne einer effektiven Anwendung zu begrüßen und mit der Änderungsrichtlinie vereinbar. Zum einen bestimmt Art. 3 Abs. 7 Änderungsrichtlinie, dass für Arbeitnehmer günstigere Bedingungen geregelt werden können. Außerdem soll sie ein hohes Maß an Arbeitnehmerschutz verwirklichen (Art. 1 Abs. 1 Änderungsrichtlinie). Der Richtliniengeber der Änderungsrichtlinie bringt in Erwägungsgrund 7 ferner zum Ausdruck, dass „direkt oder indirekt zur Verfügung“ gestellte Unterkünfte erfasst sein sollen. Nach der Gesetzesbegründung sollen damit auch vom Arbeitgeber vermittelte Mietwohnungen erfasst sein.³²

Neu eingefügt soll außerdem § 2 Abs. 1 Nr. 8 AEntG-E werden, der eine Erstreckung von Regelungen zur Spesenerstattung i.S.d. Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten der Arbeitnehmer vorsieht. Auch hier sieht der Umsetzungsentwurf eine hilfreiche Konkretisierung der Richtlinie vor, wenn klargestellt wird, dass nicht nur die Einreise aus dem Ausland nach Deutschland erfasst ist. § 2 Abs. 3 AEntG-E enthält zudem eine Konkretisierung für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und erfasst insoweit auch die Kostenerstattung für eine innerstaatliche Entsendung. Auch gegen eine solche Regelung bestehen keine Bedenken. Allerdings geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass die Einschränkung des § 2 Abs. 3 AEntG-E nicht auf Arbeitsverhältnisse anwendbar sein soll, für die nach dem internationalen Privatrecht deutsches Recht gilt.³³ Dies geht aus dem Wortlaut jedoch nicht hervor und müsste insofern ausdrücklich klargestellt werden.

3. Verzichtregelung des § 9 AEntG-E

Fragwürdig ist die Verzichtregelung in § 9 AEntG-E. Der Verzicht auf Mindestentgeltansprüche, die aufgrund von Rechtsverordnungen nach §§ 7 oder 7a AEntG entstanden sind, soll durch gerichtlichen Vergleich möglich sein. Diese Regelung weicht insofern von § 4 Abs. 4 TVG ab. Danach ist ein Verzicht auf tarifliche Rechte nur in einem von den Tarifvertragsparteien gebilligten Vergleich zulässig. Dies gilt auch für Rechte aus einem nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag.³⁴ Hintergrund der Regelung im TVG ist, dass die Tarifvertragsparteien die Herrschaft über die von ihnen geschaffenen Normen behalten sollen. Insofern ist diese Regelungsform unmittelbarer Ausdruck der Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie.

Wenn § 9 AEntG-E den Verzicht auch im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs zulässt, stellt dies einen erheblichen Eingriff in die Tarifautonomie dar. Art. 1 Abs. 1a der Änderungsrichtlinie stellt – in Übereinstimmung mit Art. 153 Abs. 5 AEUV – insoweit klar, dass die Richtlinie nationale Koalitionsrechte nicht berühren soll. Unionsrechtlich spräche also nichts dagegen, auch im Rahmen von § 9 AEntG den Tarifvertragsparteien die Hoheit über „ihre“ Tarifverträge zu lassen – und zwar auch dann, wenn diese mittels Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a AEntG erstreckt worden sind.

³² BT-Drs. 19/19371, S. 22.

³³ BT-Drs. 19/19371, S. 23.

³⁴ Vgl. etwa NK-GA/Bepler, § 4 TVG Rn. 133.

Darüber hinaus soll der Schutz vor Verzicht nur Mindestentgelte umfassen. Das entwertet die Erstreckung massiv. Es ist gerade die Errungenschaft des Tarifrechts gewesen, dass Tarifnormen zwingende Wirkung haben. Das 100-jährige Jubiläum dieser Errungenschaft haben wir im vergangenen Jahr gefeiert. Sie sollte nicht für die Arbeitsbedingungen außer Mindestentgelte zur Disposition gestellt werden. Das würde auch der Systematik und dem Zweck des AEntG und der Entsenderichtlinie, die gerade auf die Nicht-Dispositivität ausgelegt sind, widersprechen.

Nicht erwähnt sind in § 9 AEntG-E die Normen, die in einem Tarifvertrag nach § 5 TVG erstreckt worden sind. Die Formulierung der Entwurfsbegründung deutet an, dass diese nicht erfasst sein sollen:

„Die Änderungen konzentrieren den besonderen Schutz, den tarifvertragliche Entlohnungsbedingungen erfahren, auf die durch Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a erstreckten Tarifverträge“.³⁵

Es ist aber davon auszugehen, dass für solche Tarifnormen – auch im Falle der Auslandserstreckung – nach wie vor die Regelungen des TVG – und damit sowohl die zwingende Wirkung aus § 5 Abs. 4 TVG wie auch die Verichtsregelung aus § 4 Abs. 4 TVG – Anwendung finden. Denn diese Normen beziehen ihre Normwirkung aus § 5 TVG. Dafür spricht zudem, dass die Anwendbarkeit des § 4 Abs. 4 TVG im AEntG-E nicht ausgeschlossen wird. Fraglich ist allerdings, ob die Formulierung des § 9 S. 1 Hs. 2 AEntG-E („im Übrigen ist ein Verzicht ausgeschlossen“), den Verzicht auch unter Zustimmung der Tarifvertragsparteien verbieten will. Sie deutet allerdings darauf hin, dass sie sich nur auf die Rechte aus einer Rechtsverordnung nach den §§ 7, 7a AEntG-E bezieht.

Um Missverständnisse auszuschließen, sollte Hinweis in die Norm aufgenommen werden, der ausdrücklich bestimmt, dass § 4 Abs. 4 TVG in Bezug auf Tarifnormen, die nach § 5 TVG allgemeinverbindlich erklärt sind, unberührt bleibt und ein Verzicht auf Ansprüche aus einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag daher nur nach Billigung durch die Tarifvertragsparteien zulässig ist.

4. Entsendedauer/Langzeit-Entsendung

Neu eingefügt werden soll der Abschnitt 4b in das AEntG, der für den Fall der Entsendedauer über zwölf (bzw. auf 18 Monate erweiterbar) die vollständige Anwendung der inländischen zwingenden Arbeitsbedingungen vorsieht. Im Fall der Langzeitentsendung sollen auch alle allgemeinverbindlich erklärten tarifvertraglichen Normen international zwingend gelten.³⁶ Auch diese Änderung beruht auf einer Anpassung der Änderungsrichtlinie durch den dort neu eingefügten Art. 3 Abs. 1a. Die praktische Relevanz dieser Bestimmung ist voraussichtlich überschaubar, da die Entsendedauer bspw. in der Bauwirtschaft in der weit überwiegenden Zahl von Fällen unter sechs Monaten liegt. Abzuwarten bleibt, wie sich die Zusammenrechnung von Entsendezeiten i.S.v. § 13c AEntG-E auswirkt. Sie macht missbräuchliche Rotationssysteme sicherlich unattraktiver, die praktische Handhabung wird allerdings schwierig. Erleichtert wird der Missbrauch allerdings dadurch, dass die Verlängerung der Kurzzeitentsendung von zwölf auf 18 Monate in § 13b Abs. 2 AEntG-E nur an minimale Voraussetzungen geknüpft ist. Selbst die erforderliche Begründung ist in keiner Weise definiert.

5. Auftraggeberhaftung

Ein ausgesprochen wichtiges Instrument für die effektive Durchsetzung des Entsenderechts in der Praxis ist die Auftraggeberhaftung nach § 14 AEntG. Im europäischen Vergleich zeigt sich, dass hierdurch

³⁵ BT-Drs. 19/19371, S. 28.

³⁶ BT-Drs. 19/19371, S. 14.

deutlich mehr Ansprüche durchgesetzt werden können, als in Ländern, in denen eine solche Auftraggeberhaftung nicht besteht. Insoweit verwundert es, dass der Entlohnungsbegriff des § 2 Nr. 1 AEntG-E hier nicht übernommen worden ist und nach wie vor nur auf Mindestentgelte abgestellt wird. Auch hier sollte einheitlich auf den Entlohnungsbegriff des § 2 Nr. 1 AEntG-E abgestellt werden.

Besonders wichtig für eine effektive Durchsetzung der Auftraggeberhaftung in der Praxis der Behörden und der gemeinsamen Einrichtungen von Tarifvertragsparteien ist es, die Daten der Auftraggeber und überhaupt zu kennen. Diese Informationen sind von der Meldepflicht in § 18 AEntG bislang aber nicht umfasst. Hier sollte das Gesetzgebungsverfahren zum Anlass genommen werden, diese Lücke zu schließen und die praktische Durchsetzung des Entsenderechts effektiv zu stärken.

6. Änderung des Mindestlohngesetzes

Bislang sieht § 1 Abs. 3 MiLoG vor, dass nach dem AEntG per Rechtsverordnung erstreckte tarifvertragliche Mindestlöhne Vorrang vor dem allgemeinen Mindestlohn erhalten, sofern diese höher sind. Für tarifliche Mindestlöhne, die nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt worden sind und die die Kriterien des § 4 AEntG erfüllt haben, gilt nach § 1 Abs. 2 Satz 2 MiLoG dieselbe Rechtsfolge. Letzteres soll nun durch den vorliegenden Gesetzesentwurf gestrichen werden. In den Erläuterungen wird dazu ausgeführt, es handele sich um eine Folgeänderung aufgrund der Anpassung der §§ 3-6, 8 und 9 AEntG-E.³⁷ Diese Streichung trägt den Besonderheiten der einzelnen Branchen nicht ausreichend Rechnung. So ist der Gesetzgeber ursprünglich davon ausgegangen, dass die Besonderheiten der Bauwirtschaft abweichende Regelungen (bspw. zur Fälligkeit) rechtfertigen.³⁸ Diese haben sich in den vergangenen sechs Jahren aber nicht verändert.

7. Informations- und Kontrollpflichten

Ein zentrales Problem des Entsenderechts ist das Auseinanderklaffen gesetzlicher Regelungen und der praktischen Anwendung. Für eine effektive Durchsetzung sind insbesondere Informationspflichten und Markttransparenz entscheidend. Insofern ist zu begrüßen, dass im Fall der Arbeitnehmerüberlassung zusätzliche Informationspflichten in § 15a AEntG-E vorgesehen sind.

Ebenso ist zu begrüßen, dass die Behörden der Zollverwaltung künftig auch Entgeltbestandteile oberhalb der Mindestentgeltsätze überprüfen müssen (§ 16 AEntG-E).³⁹ Dabei darf allerdings nicht vernachlässigt werden, dass dies eine erhebliche Herausforderung darstellt. Selbst dort, wo entsprechende Vorgaben bereits bestehen, können sie in der Praxis häufig nicht in ausreichendem Maß durchgeführt werden. Entscheidend ist daher, dass innerhalb der Zollbehörden zum einen das entsprechende Fachpersonal verfügbar ist, zum anderen aber auch die Zusammenarbeit mit anderen Stellen so weit wie möglich gefördert und forciert werden sollte, die im Bereich der Schwarzarbeitsbekämpfung aktiv sind. Dazu gehören insbesondere auch die gemeinsamen Einrichtungen von Tarifvertragsparteien. Beispielsweise könnte daran gedacht werden, diese Einrichtungen unmittelbar in die internationale Zusammenarbeit mit ausländischen und europäischen Behörden wie z.B. der ELA einzubinden und ihnen etwa einen Zugang zum Binnenmarktinformationssystem IMI zu verschaffen.

Wenn in der Entwurfsbegründung dagegen ausgeführt wird, dass „[d]ie Durchsetzung darüberhinausgehender arbeitsrechtlicher Zahlungsansprüche aufgrund anderer Rechtsgrundlagen [...] weiterhin

³⁷ BT-Drs. 19/19371, S. 38.

³⁸ Dazu NK-GA/Bepler, § 4 TVG Rn. 141.

³⁹ Vgl. auch BT-Drs. 19/19371, S. 25.

über die Arbeitsgerichtsbarkeit“ erfolgt,⁴⁰ trägt dies kaum zu einer effektiveren Durchsetzung des Entsenderechts bei. Sich in diesem Zusammenhang auf die individuelle Durchsetzung arbeitsrechtlicher Ansprüche zu verlassen, ist blauäugig. Auch zeigen Studien, dass eine effektive Durchsetzung des Entsenderechts nur dort erfolgt, wo auch ein durchsetzungsstarker institutioneller Rahmen besteht.⁴¹

Hier spielt die sogenannte A1-Bescheinigung eine wesentliche Rolle. Ihren Einsatz einzuschränken wäre fatal. Vielmehr sollte sie in ihrer Aussagekraft gestärkt und ihre Missbrauchsanfälligkeit geschwächt werden. Hier kann eine verbesserte Zusammenarbeit im Rahmen der Europäischen Arbeitsagentur hilfreich sein. Gleichzeitig muss es für die Aufnahmestaaten einfacher werden, missbräuchliche oder betrügerisch erlangte A1-Bescheinigungen nicht anzuerkennen.

V. Abschließende Bewertung

Der Entwurf orientiert sich in vielen Bereichen eng an der Richtlinie, was durchaus sinnvoll ist. Allerdings nutzt er die durch die Änderungsrichtlinie neu geschaffenen Möglichkeiten nicht, die auch zu einer Stärkung der Tarifautonomie in Deutschland hätten führen können. Dies betrifft beispielsweise eine stärkere Berücksichtigung tarifvertraglicher Normen im Rahmen von öffentlichen Vergabeverfahren. Kompliziert und rechtspolitisch wenig überzeugend ist die Regelung zum Entlohnungsbegriff. Insbesondere schränkt sie die Tarifpolitik unnötig ein. Ebenso sollte die Verzichtregelung stärker im Sinne der Tarifautonomie gestaltet werden. Nicht im Einklang mit der Richtlinie steht die Einschränkung der Erstreckbarkeit von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen auf bundesweit einheitliche Tarifverträge.

⁴⁰ BT-Drs. 19/19371, S. 14.

⁴¹ Vgl. Rasnaca/Bernaciak, Posting of workers before national courts, Brüssel 2020, S. 239 ff.; für Deutschland auch Fechner, ebenda, S. 105, 106.