

## Stellungnahme der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU)

zum

### Gesetzentwurf der Bundesregierung 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 (Kabinettsbeschluss vom 12. Februar 2020)

#### Zusammenfassung:

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht kaum Verbesserungen gegenüber dem Referentenentwurf des BMAS vom 13. November 2019 vor.

Er setzt erhebliche Teile der neuen Arbeitnehmerentsenderichtlinie nicht wirksam in deutsches Recht um, darunter auch zwingende Teile der Richtlinie wie den neuen Anspruch von entsandten Beschäftigten auf Entgeltgleichheit statt nur auf die Mindestentgeltsätze.

Dieser Anspruch wird ihnen bei der absolut vorherrschenden Entsendung von weniger als 12 bzw. 18 Monaten Dauer verweigert. Er ist insoweit europarechtswidrig.

Er nutzt darüber hinaus viele der in der Richtlinie sowie in der Durchsetzungsrichtlinie zur bisherigen Entsenderichtlinie vorhandenen Spielräume zur Verbesserung der schlechten Situation vieler nach Deutschland entsandter Beschäftigter und der besseren Bekämpfung des Sozialdumpings nicht. Teilweise enthält er sogar Einschränkungen der bisherigen Handlungsmöglichkeiten der Tarifparteien. Von ihm ist daher nahezu keine positive Wirkung zu erwarten.

Der Entwurf steht noch dazu im krassen Widerspruch zum bisherigen Handeln und den Forderungen der Bundesregierung auf europäischer Ebene bei diesem Thema. Er untergräbt damit die Glaubwürdigkeit unseres Landes auf europäischer Ebene. Wir fordern deshalb, im parlamentarischen Verfahren grundlegende Änderungen des Entwurfes.

Insbesondere folgende Verbesserungen, die nicht über eine 1:1-Umsetzung der Richtlinie hinausgehen, sollten vordringlich behandelt werden:

#### 1. Unmissverständliche und klare Umsetzung des Grundsatzes „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“:

- a. Die von der Entsenderichtlinie nicht vorgesehene und hinter die aktuelle Rechtslage zurückfallende Aufspaltung des Entlohnungsbegriffs in „Mindestentgeltsätze“ nach § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E und „darüber hinausgehende Entlohnungsbestandteile“ nach § 5 Nr. 1a AEntG-E ist aufzugeben.
- b. Die Begrenzung der durch Rechtsverordnung verbindlich erstreckbaren Lohngruppen auf höchstens drei Stufen in § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E, die die Tarifautonomie beschneidet und hinter der aktuellen Rechtslage zurückbleibt, ist ersatzlos zu streichen.

#### 2. Öffnung für regionale Tarifverträge:

Das in der Richtlinie nicht vorgesehene Erfordernis eines „bundesweiten Tarifvertrages“ in § 3 Satz 1 AEntG, an dem der Gesetzentwurf festhält, ist zu streichen. Die Bundesländer müssen unter Berücksichtigung der jeweiligen unterschiedlichen Situation entscheiden können, auch nach Deutschland entsandte Beschäftigte unter den Schutz regionaler Tarifverträge zu stellen.

#### 3. Ausschluss des Verzichts auf tarifliche Ansprüche:

Zur Bekämpfung eines absehbaren flächendeckenden Missbrauchs ist in § 9 AEntG-E unmissverständlich klarzustellen, dass ein - schlimmstenfalls formularmäßig schon im Arbeitsvertrag vorgegebener - Verzicht auf sämtliche tariflich vorgesehenen Entlohnungsbestandteile sowohl für inländische als auch für entsandte Beschäftigte nur durch gerichtlichen Vergleich zulässig und im Übrigen ausgeschlossen ist.

## Vorbemerkung und Ausgangslage

Am 18. Juni 2015 schrieben die Arbeits- und Sozialminister von Belgien, Deutschland (damals Andrea Nahles), Frankreich, den Niederlanden, Österreich, Luxemburg und Schweden einen gemeinsamen Brief an die damalige EU-Kommissarin Mariannen Thyssen. Sie begrüßten darin den Plan der Kommission für eine gezielte Überarbeitung der EU-Entsenderichtlinie grundsätzlich. Sie forderten aber zugleich, dass dabei künftig der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am selben Ort“ die „goldene Regel“ darstellen müsse und bei der Bezahlung deshalb künftig kein Unterschied mehr gemacht werden sollte, unabhängig davon, ob jemand entsandt ist oder nicht. Diese Forderung bedeutete einen Abschied vom bisher geltenden Prinzip, dass entsandte Beschäftigte im Gastland nur Anspruch auf die Mindestentlohnungssätze haben.

Die Europäische Kommission legte in der Folge einen Richtlinienentwurf vor, der diese Forderung bereits teilweise aufnahm. Nach langem Ringen einigten sich das Europaparlament (mit einer Mehrheit vor allem aus SPE, Grünen, Linken und Teilen der EVP-Fraktion) und der Rat auf eine revidierte Entsenderichtlinie, die nun ausdrücklich den bewusst weit angelegten Ausdruck „Entlohnung“ (im Original „remuneration“) statt bisher „Mindestlohnsätze“ enthält. Die Richtlinie stellt klar, dass die „Entlohnung“ alle Entgeltbestandteile umfasst, die im Mitgliedstaat in entsprechenden allgemein verbindlichen oder allgemein wirksamen Tarifverträgen zwingend verbindlich gemacht worden sind. Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 5 der Richtlinie dafür zu sorgen, dass diese Bestimmungen auch auf entsandte Beschäftigte Anwendung finden und haben dies durch wirksame Kontrollen und insbesondere abschreckende Sanktionen durchzusetzen.

Zugleich erweitert die neue Richtlinie die Handlungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten bei der Bestimmung der einzuhaltenden Entlohnung und sonstiger Entgeltbestimmungen auf der Basis von Tarifen deutlich. Zum Einen ist jede Branchenbindung (vor allem auf den Bau) entfallen. Zum anderen konnten nach der alten Richtlinie die Mitgliedstaaten mit einem existierenden System für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifen nur diese auf Entsendefirmen anwenden, jedoch keine anderen Tarife, z.B. allgemein wirksame Tarife oder Tarife der repräsentativsten Tarifpartner.

Mitgliedstaaten können nach der revidierten Entsenderichtlinie wie bisher sowohl national geltende als auch nur in einem geographischen Gebiet (z.B. für nur ein Bundesland) geltende allgemeinverbindliche Tarifverträge auf Entsendefirmen anwenden. Neu hinzugekommen ist in der Richtlinie die Möglichkeit, nunmehr auch

- die bundesweit gültigen oder die nur in einem geografischen Gebiet allgemein wirksamen Tarifverträge als auch
- die Tarifverträge der repräsentativsten Tarifparteien auf nationaler Ebene mit Wirkung im gesamten Hoheitsgebiet mit Wirkung für Entsendefirmen zu erstrecken.

Des Weiteren enthält die neue Richtlinie die so genannte Montiklausel, die garantiert, dass die Richtlinie und deren Umsetzung nicht einschränkend auf die Rechte von Beschäftigten auf gewerkschaftliche Organisation, Kollektivverhandlungen und Streik wirken. Damit könnte die Bundesrepublik Deutschland es rechtssicher ermöglichen, dass sich entsandte Beschäftigte einer Gewerkschaft ihres Gastlandes anschließen und mit ihr zum Beispiel einen für die Zeit der Entsendung im Gastland gültigen Firmentarifvertrag erstreiten können.

Umso erstaunter sind wir nun, dass das selbe Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), welches sich beim Zustandekommen der neuen Richtlinie auf europäischer Ebene so entschieden für diese neuen Regelungen eingesetzt hat, jetzt einen Entwurf für eine nationale Umsetzung vorgelegt hat, der weit hinter den Anforderungen und Optionen der neuen Richtlinie zurückbleibt und ausdrücklich auf Kontrollen und Sanktionen über die bisher schon sanktionierten Mindestlohnverstöße hinaus verzichtet.

Und der überdies weder von den erweiterten Möglichkeiten zur Anwendung von Tarifen Gebrauch macht, noch den hiesigen Gewerkschaften neue rechtsichere Handlungsspielräume für die Organisation und Vertretung von entsandten Beschäftigten eröffnet.

Damit bleibt die Bundesregierung bei ihrem Entwurf der Umsetzung der Richtlinie nicht nur weit hinter den meisten anderen Ländern Westeuropas, sondern auch hinter den eigenen Ankündigungen von Bundesarbeitsminister Hubertus Heil zurück.

Wir, die Gewerkschaft der Beschäftigten in vielen Branchen, die von Entsendung und der damit oft einhergehenden Ausbeutung und unfairem Wettbewerb besonders betroffen sind, erwarten daher von der Bundesregierung, dem Bundesrat und dem Bundestag im weiteren Prozess eine grundlegende Überarbeitung dieses in weiten Teilen missglückten und teilweise sogar im Widerspruch zum Europarecht stehenden Entwurfes vorzulegen. Im Folgenden erläutern wir die in der Zusammenfassung dargelegten am dringendsten notwendigen Änderungen und zeigen den Überarbeitungsbedarf aus unserer Sicht auf. Ergänzend nehmen wir Bezug auf unsere Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 19. November 2019 und die Stellungnahmen des DGB zu beiden Entwürfen.

## **1. Unmissverständliche und klare Umsetzung des Grundsatzes „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“**

**Zur Gewährleistung des Grundsatzes der von der Richtlinie vorgesehenen gleichen Entlohnung von inländischen Beschäftigten und entsandten Beschäftigten ist**

- **§ 5 Nr. 1 AEntG wie folgt zu fassen: „1. die Entlohnung im Sinne von § 2 Absatz 1 Nummer 1,“**,
- **§ 5 Nr. 1a AEntG-E ersatzlos zu streichen und**
- **Art. 1 Nr. 4 AEntG-E zu streichen.**

### **a) Einheitlicher Entlohnungsbegriff**

Der Gesetzentwurf sieht in Art. 1 Nr. 1 zunächst vor, in § 2 Abs. 1 des Arbeitnehmerentwengesetzes (AEntG) den Begriff „die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze“ durch „die Entlohnung einschließlich der Überstundensätze“ zu ersetzen.

Mit Art. 1 Nr. 2 des Gesetzentwurfs wird dann ein neuer § 2a in das AEntG eingefügt, der „Entlohnung“ und deren Bestandteile wie folgt definiert: „Grundvergütung, einschließlich Entgeltbestandteilen, die an die Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und die Region anknüpfen, sowie Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen, einschließlich Überstundensätze.“

Soweit bewegt sich der Gesetzentwurf hier zwar noch im Einklang mit dem vom europäischen Gesetzgeber Festgelegten.

Aber diese Regelungen werden in Bezug auf tarifvertragliche Entlohnung sogleich durch Art. 1 Nr. 5 und die weiteren dementsprechenden Regelungen teilweise entwertet.

Statt § 5 Nr. 1 des AEntG, wie zuvor vorgeschlagen so zu ändern, dass auch hier das Wort „Mindestentgeltsätze“ durch „die Entlohnung im Sinne von § 2 Absatz 1 Nummer 1“ ersetzt wird, spaltet der Gesetzentwurf den Entlohnungsbegriff auch in der Kabinettsfassung weiter künstlich in die bisherigen, mit der revidierten Entsenderichtlinie überwundenen „Mindestentgeltsätze“ (§ 5 Nr. 1 AEntG-E) und die darüber „hinausgehenden Entlohnungsbestandteile“ (§ 5 Nr. 1a AEntG-E) auf.

Nur die Regelungen nach § 5 Nr. 1 AEntG-E (Mindestentgeltsätze) sollen weiterhin durch Rechtsverordnung erstreckt werden können, nicht jedoch die nach § 5 Nr. 1a AEntG-E. Für die „sonstigen Entgeltbestandteile“ soll also nur das reguläre Allgemeinverbindlichkeitsverfahren gelten, bei dem z.B. die Dachverbände der Arbeitgeber von ihrem Veto Gebrauch machen könnten, unabhängig davon, was deren unmittelbar betroffene Branchenverbände selbst wollen.

Positiv ist hier allerdings anzumerken, dass die für allgemein verbindlich erklärten sonstigen Entgeltbestandteile im Gegensatz zum Referentenentwurf nun doch vom Zoll kontrolliert werden können (die Beschränkung der Zollkontrolle auf die Mindestentgeltsätze des RefE durch eine Änderung des § 16 AEntG ist im Kabinettsentwurf nicht mehr enthalten). Dies ergibt sich u.E. bei näherer Betrachtung des Art. 1 Nr. 9 des Entwurfs (Änderung des § 8 (1) AEntG mit Bezugnahme auf § 3 Satz 1 Nr. 1 AEntGNeu) im Zusammenhang mit dem unveränderten Art. 16 AEntG.

Negativ ist aber, dass nach dem neuen § 9 AEntG (Art. 1 Nr. 10 des Entwurfes) weiterhin nur auf die Mindestentgeltsätze selbst nicht außerhalb eines gerichtlichen Vergleiches verzichtet werden kann. Dem sehr wahrscheinlichen Missbrauch wird damit Tür und Tor geöffnet. Obwohl die sonstigen Entgeltbestandteile in allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen verankert sind und weitere Arbeitsbedingungen nach § 2 sogar zwingend erstreckt werden können, könnte diese Regelung dazu führen, dass Entsendebesetzte zum Vorabverzicht oder zum Verzicht per Ausgleichsquittung o.ä. gedrungen werden und so Entsendefirmen und deren Auftraggeber sich ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile verschaffen können.

Der Gesetzentwurf sieht eine Erstreckung der in § 5 Nr. 1a AEntG-E geregelten „sonstigen tariflichen Entgeltbestandteile“ nämlich weiterhin ausdrücklich nicht vor. Das ergibt sich explizit aus Art. 1 Nrn. 5 b und 7 AEntG-E; indirekt außerdem aus Art. 1 Nr. 4 AEntG-E, der für die Tarife nach § 4 AEntG nur noch auf § 3 Satz 1 Nr. 2 AEntGNeu (durch Rechtsverordnung nach §§ 7, 7 a AEntGNeu erstreckte Tarife) verweist. Wie letztere Regelung wegen der gegenseitigen Verschränkung von § 3 mit § 4 AEntG insgesamt auszulegen sein wird, bleibt rätselhaft. Wir empfehlen und fordern deshalb die Streichung von Art. 1 Nr. 4 AEntG-E.

Es ist für einen fairen Wettbewerb völlig unzumutbar, für tariftreue Betriebe untragbar und der Stärkung der Tarifautonomie abträglich, wenn mangels wirksamer internationaler Erstreckung der weiteren Lohnbestandteile auf Entsendefirmen und der damit gegebenen Verzichtsmöglichkeit praktisch keine Sanktionsmöglichkeiten bestehen.

## **b) Aufhebung der Beschränkung auf drei Lohnstufen:**

§ 5 Nr. 1 AEntG-E entspricht zwar teilweise dem „alten“ § 5 Nr. 1 AEntG, indem dort die Erstreckung von Mindestentgeltsätzen geregelt wird. Aber der neue § 5 Nr. 1 AEntG-E schränkt diese mit einem neu eingefügten Halbsatz auf maximal drei Differenzierungsstufen, und zwar nur solche nach Art der Tätigkeit und Qualifikation, ein.

Diese Einschränkungen auf wenige Lohnstufen gab es bisher nicht. Sie entspricht auch nicht der Richtlinie. Nach der Richtlinie gilt equal pay. Würden also z.B. sieben Stufen in einem richtlinienkonformen, für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag existieren, müssten diese auch auf entsandte Beschäftigte angewandt werden. Daneben lässt der Gesetzentwurf unbeachtet, dass die Richtlinie von „allen die Entlohnung ausmachenden Bestandteilen“ spricht, wodurch z.B. auch an Berufserfahrung anknüpfende tarifliche Entgeltgruppenregelungen (z.B. „mit x Jahren Berufserfahrung“) oder nur an die Erfüllung bestimmter Tätigkeitszeiten anknüpfende Entgeltgruppen („Regelaufstieg“) anzuwenden wären.

Auch die Rechtsprechung des EuGH steht einer Erstreckung weiterer Entgeltgruppen nicht entgegen. Die Frage wurde im Hinblick auf die 1999 erfolgte Erweiterung des AEntG, nach

der nicht mehr nur ein unterstes „Mindestentgelt“ sondern mehrere „Mindestentgeltsätze“ auf Entsende erstreckt werden konnten, bereits umfangreich in der juristischen Literatur aufgearbeitet (vgl. Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 3. Auflage, § 5 Rn. 1ff. m.W.N.).

Es war schon vor der Revision der Entsenderichtlinie unzutreffend, dass die Erstreckung eines gesamten Lohngitters (europarechtlich) unmöglich war (vgl. aaO, § 5 Rn. 7). Mit der durch die revidierte Entsenderichtlinie Ausdehnung des Entlohnungsbegriffs und der Öffnung für „allgemein wirksame Tarifverträge“ und „Tarifverträge der repräsentativsten Organisationen“ ist diese Rechtsansicht nicht mehr haltbar.

Damit stellen die im AEntG-E vorgesehenen Vorschriften neben einer völlig unzureichenden Umsetzung der unionsrechtlich geforderten Entgeltgleichheit zugleich einen gravierenden Eingriff in die grund- und unionsrechtlich geschützte Autonomie der Tarifpartner dar.

Den Koalitionen wird dadurch vorgeschrieben, dass sie weiterhin Mindestentgeltsätze (und neu nur noch maximal drei davon) festschreiben müssen, statt einfach die gesamte tarifübliche Lohn­tabelle verbindlich erklären lassen zu können, wie es der Richtlinie entspräche. Das bedeutet im Vergleich zur aktuellen Fassung des AEntG sogar eine gravierende Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien.

## 2. Öffnung für regionale Tarifverträge

Auch für die unterbliebene Streichung des Erfordernisses eines „bundesweiten“ Tarifvertrags für die Erstreckung in § 3 AEntG gilt: das ist ein Eingriff in die Tarifautonomie. Und die revidierte Entsenderichtlinie fordert ausdrücklich die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge unabhängig von deren geografischem Geltungsbereich.

Bestes Beispiel dafür, dass die Öffnung für regionale Tarifverträge und damit die Erweiterung der Handlungsspielräume der Bundesländer dringend geboten ist, ist die Branche des Maler- und Lackiererhandwerks, wo seit Jahren Tarifverträge für 15 Bundesländer allgemeinverbindlich erklärt sind, eine internationale Erstreckung aber daran scheitert, dass ein Arbeitgeberverband in einem (kleinen) Bundesland sich verweigert und so für die gesamte Bundesrepublik verhindert, dass (zumindest in den übrigen Bundesländern) ein einheitliches Niveau von Mindestbeschäftigungs- und Wettbewerbsbedingungen hergestellt wird.

Außerdem zeigt das Beispiel der jüngst für das Steinmetzhandwerk in Schleswig-Holstein gemeinsam von Arbeitgebern und der IG BAU beantragten und vom Tarifausschuss befürworteten Allgemeinverbindlicherklärung von vier Lohngruppen, dass (neben der praxisrelevanten Einschränkung der Tarifautonomie durch die angedachte Begrenzung auf drei Lohngruppen) auch auf Landesebene nicht zuletzt aus Gründen eines fairen Wettbewerbs für die Unternehmen die Notwendigkeit besteht, regionale Tarifverträge auch auf Entsendebetriebe und ihre Beschäftigten erstrecken zu können.

Um sowohl für in- und ausländischen Betrieben ein einheitliches, verpflichtendes Entlohnungssystem vorzuschreiben, sehen Entgelttarifverträge, die auf eine Allgemeinverbindlichkeit oder internationale Erstreckung angelegt sind, regelmäßig das Arbeitsortsprinzip vor. Danach ist stets mindestens das am Arbeitsort geltende Tarifentgelt zu bezahlen. Es ist sowohl verfassungs- als auch unionsrechtlich ohne weiteres zulässig, Tarifverträge, die das Arbeitsortsprinzip vorsehen, sowohl für nicht-tarifgebundene als auch für an einen für eine andere Region geltenden Tarifvertrag kraft Mitgliedschaft tarifgebundene Arbeitgeber mit Sitz im In- und Ausland gelten. Die (negative) Tarifautonomie eines Arbeitgebers, der an einen räumlich für eine andere Region geltenden Tarifvertrag gebunden ist, wird nicht tangiert, wenn die Arbeitnehmer außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Tarifvertrags eingesetzt werden.

Das Festhalten an der Notwendigkeit eines bundesweiten Tarifvertrags ist weder sachgerecht noch in Einklang mit Tarifautonomie und Unionsrecht.

### 3. Ausschluss des Verzichts auf tarifliche Ansprüche

**§ 9 Satz 1 ist wie folgt zu fassen:**

**„Ein Verzicht auf den Anspruch der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen auf Entlohnung nach § 5 ist nur durch gerichtlichen Vergleich zulässig; im Übrigen ist ein Verzicht ausgeschlossen.“**

Im neuen § 5 Nr. 1a AEntG-E werden – wie zuvor dargelegt - die „sonstigen Entgeltbestandteile“, die über die bisherigen Mindestentgeltsätze nach § 5 Nr. 1 AEntG-E hinausgehen, definiert.

Diese „sonstigen Entgeltbestandteile“ sollen aber nach Art. 1 Ziffer 7. und 8. des Gesetzentwurfs kein Gegenstand von Rechtsverordnungen nach §§ 7 oder 7a AEntG sein können.

Ferner soll auf sie von Entsendearbeitnehmern auch außerhalb von gerichtlichen Vergleichen verzichtet werden können (also z.B. formularmäßig durch Arbeitsvertrag vorab), weil sich das Verzichtsverbot nach § 9 AEntG-E ausdrücklich nur auf den Anspruch auf die Mindestentgeltsätze nach § 5 Nr. 1a AEntG-E bezieht.

#### **Zwischenfazit:**

**Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf wird die neue Entsenderichtlinie unterlaufen. Diese sieht die im Gesetzentwurf vorgenommene Differenzierung nach Mindestentgeltsätzen und sonstigen Bestandteilen ausdrücklich nicht vor. Sie sieht bei dem Anspruch auf „remuneration“ wie bei allen anderen Bestandteilen des Art. 3 Abs. der Richtlinie keinerlei Differenzierung nach der Entsendedauer vor. Diese sind von Tag Eins der Entsendung an wirksam zu gewähren. Auch die Kontrollvorschriften der neuen Richtlinie differenzieren hier nicht, sondern sehen die Kontrolle und Durchsetzung aller Entgeltbestandteile ab dem ersten Tag vor.**

**Der Gesetzentwurf ist damit an dieser Stelle klar europarechtswidrig. Denn praktisch bewirkt er, dass die neue Regelung der Richtlinie zu „remuneration“ im Bereich der Entsendungen von bis zu 18 Monaten Dauer – und das ist der ganz überwiegende Teil der Entsendungen nach Deutschland – nicht wirksam in nationales Recht umgesetzt wird. Er verbietet im Gegenteil dem zuständigen Ministerium eine Erstreckung.**

**Diesen Spielraum gibt die Richtlinie den Mitgliedstaaten nicht. Sie können zwar definieren, welche Entgeltbestandteile im Einzelnen in ihrem Land genau unter „remuneration“ zu verstehen sind. Ihr Spielraum dabei ist aber durch die Definition der Richtlinie von „remuneration“ festgelegt. Danach sind alle Bestandteile des Entgeltes einzubeziehen, nicht nur die Mindestentgeltsätze.**

Sollten diese Bestimmungen unverändert bleiben, könnte die Europäische Kommission deswegen ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten, und zugleich müssten wir den bei uns organisierten Entsendebeschäftigten empfehlen, die Bundesrepublik Deutschland auf Schadenersatz zu verklagen, wenn ihnen Teile ihrer Entgeltansprüche durch diese fehlerhafte Umsetzung verloren gehen würden. Dies wäre für unser Land umso peinlicher, als Deutschland sich ja auf europäischer Ebene in den Verhandlungen zur Revision der Entsenderichtlinie massiv für Sicherstellung des equal pay eingesetzt hatte.

Neben den eingangs dargelegten vordringlichen Themen bestehen weitere wichtige Verbesserungsnotwendigkeiten:

#### **4. Umsetzung Unterkunfts-, Verpflegungs- und Reiseregungen: stark verbesserungsfähig**

##### **a) Unterkunft**

In § 2 Abs. 1 Nr. 5. AEntG-E werden nunmehr auch die nationalen Standards für angemessene Unterkünfte auf Entsendearbeitnehmer erstreckt. Das soll allerdings nur dann gelten, wenn die entsandten Arbeitnehmer\*innen „von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt eingesetzt werden“. Ob als regelmäßiger Arbeitsplatz nur ein Arbeitsplatz im Inland gemeint ist und damit die Regelung in den meisten Entsendefällen mangels „Binnenentsendung“ überhaupt nicht zur Anwendung kommen kann, erschließt sich weder aus dem Gesetzestext noch aus der Begründung.

Damit bleibt der Entwurf mutlos bei einer minimalistischen Umsetzung stehen und verweist die betroffenen Entsendearbeitnehmer\*innen mit den offenen Fragestellungen an die Gerichte. Dabei hätten europarechtlich hinreichende Spielräume bestanden, die Mindeststandards für angemessene Unterkünfte auf alle im Inland gelegenen Unterkünfte mit Wirkung auch für Entsendekräfte zu erstrecken.

Dass der Entwurf die Klärung dieser Fragen Individualrechtsstreitigkeiten überlässt, ist völlig unangemessen. Das zeigen die von den Berater\*innen des Europäischen Vereins für Wanderarbeiter (EVW) und des DGB-Projekts Faire Mobilität allzu oft festgestellten verheerenden Zuständen bei Unterkünften von Entsendearbeitnehmer\*innen, z.B. in Massen-Bauarbeiterunterkünften in schlechtem Zustand, mit oft mehreren Bewohnern in einem Zimmer und ohne ausreichende Sanitäreinrichtungen zur Genüge. Auch die Unzahl von Medienberichten darüber unterstreicht die Notwendigkeit, dieses Thema verbindlich zu regeln. Es darf nicht weiter dem Engagement und der Kreativität lokaler Baubehörden überlassen werden, dieses Thema eventuell mithilfe des Baurechtes zu regeln, denn sie haben mit ihren Kernaufgaben bereits mehr als genug zu tun.

Hinzu kommt, dass nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer\*innen nur selten von ihren Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch machen. Und das nicht ohne Grund, denn ihre Arbeitsverhältnisse sind nur schlecht abgesichert und Klagen gegen den Arbeitgeber bedeuten in aller Regel die sofortige Kündigung, Einstellung aller (auch ausstehenden) Zahlungen und in Folge dessen häufig sofortige Hilfsbedürftigkeit.

Aus den gleichen Gründen unverständlich bleibt, warum die Frage der Kostenerstattung für die Unterkünfte durch den Arbeitgeber, die sich nach deutschem Recht aus § 670 BGB ableiten lässt, nicht auch explizit auf Entsendearbeitnehmer\*innen erstreckt wurde. Dass die Begründung auf § 670 BGB hinweist, nutzt Entsandten nichts.

Bedauerlich ist, dass der Entwurf auch hinsichtlich der besonders praxisrelevanten Regelung des § 7 Nr. 4.2 BRTV-Bau nicht deutlich klarstellt, dass auch auf Baustellen entsandte gewerbliche Arbeitnehmer\*innen am Bau einen tariflichen Anspruch auf Bezahlung einer angemessenen Unterkunft haben und die Einschränkungen des § 2 Abs. 3 AEntG-E nicht greifen. § 7 Nr. 4.2 BRTV-Bau sieht unabhängig von einer grenzüberschreitenden Entsendung oder eines innerdeutschen Einsatzes auf einer weit entfernten Baustelle die Stellung einer – vom Arbeitgeber zu bezahlenden – angemessenen Unterkunft vor.

Darüber hinaus bleibt unklar, welche wirksamen und genügend abschreckenden Sanktionen bei festgestellten Verstößen verhängt werden können. Insgesamt bleibt der Entwurf weit hinter den vollmundigen Ankündigungen im Eckpunktepapier des BMAS zur Umsetzung der Entsenderichtlinie aus dem Mai 2019 zurück.

Dort heißt es:

*„Wir stellen außerdem sicher, dass nach Deutschland entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für Reisen, die sie innerhalb Deutschlands antreten müssen, von denselben Regeln profitieren wie fest in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.“*

Genau das ist mit dem vorliegenden Gesetzentwurf nicht sichergestellt, sondern allenfalls eine halbwegs klare Regelung für wenige Ausnahmefälle vorgesehen.

## **b) Reisekosten**

Nach dem Gesetzentwurf bleibt unklar, welche Reisekosten Arbeitgeber an die entsandten Arbeitnehmer\*innen erstatten müssen. § 2 Nr. 8 AEntG-E versäumt es, auch hier die Regelung des § 670 BGB oder entsprechende einschlägige allgemeinverbindliche, allgemein wirksame oder von den repräsentativsten Tarifvertragsparteien abgeschlossene Tarifnormen eindeutig auf entsandte Arbeitnehmer\*innen zu erstrecken. Die Einschränkungen des § 2 Abs. 3 AEntG-E sind bezüglich der Reisekosten unverständlich.

Zumindest für die Wegstrecken, die entsandte Arbeitnehmer\*innen für berufliche Reisezeiten innerhalb Deutschlands ab Grenzübertritt zum Arbeitsort bzw. bis zum Grenzübertritt vom Arbeitsort an den Heimatort zurücklegen, hätte die Anwendung der einschlägigen Regelungen des Arbeitsortes zur Reisekostenerstattung unter Berücksichtigung des Günstigkeitsprinzips klar normiert werden müssen.

## **c) Verpflegung/Auslösung**

Der mit einer Entsendung regelmäßig verbundene, vom Arbeitgeber bestimmte wohnortferne Einsatz führt regelmäßig zu erhöhten Verpflegungskosten beim Arbeitnehmer. Die IG BAU bedauert es, dass die insbesondere in (allgemeinverbindlichen) Tarifverträgen festgesetzten Erstattungssätze für diese Mehrkosten im RefE nicht unmissverständlich auf Entsendearbeitsverhältnisse erstreckt worden sind.

Ergänzend verweisen wir auf die Ausführungen in der DGB-Stellungnahme.

## **5. Langzeitentsendungen: zu kurz gesprungen**

Der Entwurf sieht bei – in der Praxis seltenen – Langzeitentsendungen in § 13b AEntG-E nur die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge vor. Von den in der revidierten Entsenderichtlinie vorgesehenen neuen Möglichkeiten, auch allgemein wirksame – bundesweit oder regional geltende - oder von repräsentativsten Tarifvertragsparteien abgeschlossene Tarifverträge zumindest in diesen Fällen auf Entsendearbeitsverhältnisse zu erstrecken, wird kein Gebrauch gemacht.

Damit verpasst der Entwurf die Chance, einen wichtigen Beitrag zur Stärkung der Tarifautonomie zu leisten und verweist in der Begründung im Wesentlichen nur auf die bei Langzeitentsendung zusätzlich anzuwendenden staatlichen Regelungen. Das widerspricht dem Geist des Grundgesetzes, das aus guten Gründen die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Kern den Tarifvertragsparteien zugunsten eines möglichst „staatsfreien Raums“ überlassen hat.

Die laxen Regelung zur Verlängerung des 12-Monats-Zeitraums durch bloße Mitteilung des Arbeitgebers wird in der Praxis dazu führen, dass das von der Richtlinie vorgesehene Regel-Ausnahmeprinzip ins Gegenteil verkehrt wird. Da ohne größere Hürden oder klare Sanktionen eine Verlängerung des Zeitraums möglich ist, werden Entsendearbeitgeber davon regelmäßig auch Gebrauch machen. Das lässt unionsrechtliche Probleme bis hin zu möglichen Vertragsverletzungsverfahren befürchten.

Bei der Bestimmung der Entsendedauer hat der Entwurf die Chance vertan, endlich wirksame Regelungen zur Bekämpfung von Scheinentsendungen und von Briefkastenfirmen zu treffen.

Denn bevor die Entsendedauer geprüft werden kann, ist zunächst anhand von klaren Kriterien zu ermitteln, ob überhaupt ein Entsendefall vorliegt. Für die Fälle, in denen von vorneherein eine unbefristete, auf längere Dauer angelegte Tätigkeit im Einsatzland geplant ist, fehlt es an einer klaren Rechtsfolgenfestlegung oder Sanktionierung, wenn die Entsendefirma versuchen sollte, ein Entsendearbeitsverhältnis zu fingieren.

Ebenso wenig enthält der Entwurf Regelungen für Briefkastenfirmen, die als bloße Vermittlungsagenturen ohne (nennenswerte) einschlägige, dem angegebenen Betriebszweck entsprechende Tätigkeiten im Sitzland fungieren. Die Eindämmung dieses offensichtlichen und massenhaft zu beobachtenden krassen Missbrauchs der europäischen Freiheiten des Binnenmarktes auf dem Rücken der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wird vom vorliegenden Referentenentwurf erst gar nicht angegangen.

Die ausführlichen Regelungen zur Berechnung der Entsendedauer enthalten darüber hinaus auch keine Regelung für den Fall, dass nach einer beispielsweise 18monatigen Tätigkeit auf einer Baustelle in Deutschland die Rechtsfolgen des § 13b AEntG-E dadurch umgangen werden, dass nicht der Arbeitnehmer ausgetauscht wird, sondern der formale Arbeitgeber durch eine andere „Strohmannfirma“ ersetzt wird, obwohl der eigentliche Entsendevorgang weiter besteht. Solche Fälle sind am Bau immer wieder zu beobachten und haben durchaus – etwa auch zur Vermeidung von Sanktionen – erhebliche Praxisrelevanz. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass derartige Vorgänge durchaus zusammen betrachtet werden könnten, um die Umgehung der Vorschriften zur Langzeitentsendung zu verhindern.

**Insgesamt ist festzuhalten, dass der Entwurf die deutlich erweiterten Regelungsmöglichkeiten der revidierten Entsenderichtlinie zur besseren Bekämpfung von Lohndumping und Schmutzkonzurrenz nur unzureichend nutzt. Das wäre aber gerade in unseren von Dumping-Entsendungen besonders betroffenen Branchen dringend notwendig, auch um das Tarifsysteem insgesamt abzustützen und die Tarifautonomie nachhaltig zu stärken.**

Ansprechpartner bei der IG BAU: Frank Schmidt-Hullmann und Antonius Allgaier, IG BAU Bundesvorstand VB I, HA I Grundsatz und Politik, Olof-Palme-Str. 19, 60439 Frankfurt, Tel. 069 – 95737-115 bzw. -176, e-mail: frank.schmidt-hullmann@igbau.de, antonius.allgaier@igbau.de