



Ausarbeitung

**Ausgewählte Einzelfragen zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
zur Umsetzung der revidierten EU-Entsenderichtlinie**

zur Umsetzung der revidierten EU-Entsenderichtlinie

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 019/20
Abschluss der Arbeit: 7. April 2020
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Entlohnung als allgemeine Arbeitsbedingung	5
3.	Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen	5
3.1.	Erstreckung tarifvertraglicher Bestimmungen	5
3.2.	Beschränkung auf bundesweite Tarifverträge	6
3.3.	Differenzierung zwischen „Mindestentgeltsätzen“ und „darüber hinausgehenden Entlohnungsbestandteilen“	7
3.4.	Beschränkung der Mindestentgeltsätze auf drei Entgeltstufen	8
4.	Differenzierung zwischen Kurzzeit- und Langzeitentsendungen	8
5.	Berücksichtigung von Tariftreueregelungen	9
5.1.	Aktuelle Rechtslage	9
5.2.	Änderungsentwurf	10
5.3.	Änderungsspielraum	10
6.	Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Beschränkung der Mindestentgeltstufen	11
6.1.	Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit	11
6.2.	Inhalt des § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E	11
6.3.	Tarifautonomie der Tarifparteien des zu erstreckenden Tarifvertrages	12
6.4.	Tarifautonomie anderer Koalitionen	12

1. Einleitung

Die EU-Entsenderichtlinie¹ setzt die europarechtlichen Rahmenbedingungen für die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union um. In Deutschland ist sie durch das Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG) umgesetzt.

Am 29. Juli 2018 ist die 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 Dienstleistungen² (Änderungsrichtlinie) in Kraft getreten. Bis zum 30. Juli 2020 haben die Mitgliedstaaten Zeit, die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.

Die Bundesregierung hat am 21. Februar 2020 den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie³ vorgelegt, der derzeit dem Bundesrat zur Stellungnahme vorliegt. Artikel 1 des Gesetzentwurfs sieht Änderungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG-Entwurf - AEntG-E) vor. Zum Referentenentwurf vom 12. November 2019 hatte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) Stellungnahmen der betroffenen politischen Akteure eingeholt.⁴

Im Folgenden sollen die Regelungen des AEntG-E unter ausgewählten Gesichtspunkten näher beleuchtet werden.

Die Frage der Vereinbarkeit dieser Regelungen mit den europarechtlichen Vorgaben ist Gegenstand einer parallel erstellten Arbeit des Fachbereichs PE 6 (Europa):

Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste: Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957, Ausarbeitung PE 6 -3000-017/20 vom 7. April 2020.

-
- 1 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 in der durch RL (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 geänderten Fassung, abrufbar in Internetauftritt der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder): https://www.rewi.europa-uni.de/de/lehrstuhl/br/arbeitsrecht/Veranstaltungen/Service_-Entsenderichtlinie-konsolidierte-Sprachfassungen/Entsende_RL_konsolidierte_Fassung_DE.pdf (letzter Abruf: 13. März 2020).
 - 2 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, ABl. EU L 173 vom 9. Juli 2018, S 16.
 - 3 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, Bundesratsdrucksache 84/20 vom 21. Februar 2020.
 - 4 Die Stellungnahmen sind abrufbar im Internetauftritt des BMAS: <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze/umsetzung-richtlinie-2018-957-zur-aenderung-der-richtlinie-96-71-eg-entsendung-von-arbeitnehmern.html> (letzter Abruf: 18. März 2020).

2. Entlohnung als allgemeine Arbeitsbedingung

§ 2 AEntG bestimmt, welche der in Rechts- und Verwaltungsvorschriften festgelegten Arbeitsbedingungen auf das Arbeitsverhältnis zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen anwendbar sind. Der in der aktuellen Fassung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEntG verwendete Begriff der „Mindestentgeltsätze“ soll in § 2 Abs. 1 AEntG-E durch den Begriff der „Entlohnung“ ersetzt werden, der in einem neu einzufügenden § 2a AEntG-E wie folgt definiert wird:

Entlohnung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 sind alle Bestandteile der Vergütung, die der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin vom Arbeitgeber in Geld oder als Sachleistung für die geleistete Arbeit erhält. Zur Entlohnung zählen insbesondere die 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. Die Entlohnung umfasst auch Regelungen zur Fälligkeit der Entlohnung einschließlich Ausnahmen und deren Voraussetzungen.

Vom Begriff der Entlohnung werden danach die vollständigen tariflichen Entgeltgitter erfasst. Laut Entwurfsbegründung ist „die Definition aufgrund des Verweises in § 5 Satz 1 Nr. 1a [AEntG-E] nicht nur für die in Rechts- und Verwaltungsvorschriften geregelten Entlohnungsbedingungen, sondern auch für tarifvertragliche Entlohnungsvorschriften maßgeblich.“⁵

Die Aufzählung von Beispielen für von der Definition erfasste Entgeltbestandteile in § 1 Abs. 2a Satz 2 AEntG-E ist nicht abschließend und nach der Entwurfsbegründung „offen für künftige Entwicklungen im Bereich der durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften und über den Verweis in § 5 Satz 1 Nummer 1a [AEntG-E] in Verbindung mit § 3 Satz 1 Nummer 1 [AEntG-E] in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgesetzten Entlohnungsbedingungen.“⁶

3. Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen

3.1. Erstreckung tarifvertraglicher Bestimmungen

§ 3 AEntG enthält die Anordnung, welche nach dem Tarifvertragsgesetz für allgemeinverbindlich erklärten oder durch Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a AEntG erstreckten tariflichen Arbeitsbedingungen auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland Anwendung finden.

5 Bundesratsdrucksache 84/20 (Fn. 3), S. 24.

6 Bundesratsdrucksache 84/20, (Fn. 3), S. 24.

Durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz⁷ vom 11. August 2014 war im Rahmen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes die Erstreckung von Tarifnormen durch Rechtsverordnung in den Vordergrund gestellt worden. Nach § 3 Satz 1 AEntG kommt daher die Anwendung von Rechtsnormen eines nach den Bestimmungen des § 5 des Tarifvertragsgesetzes (TVG) für allgemeinverbindlich erklärten bundesweiten Tarifvertrages nur für den Bereich des Baugewerbes im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 1 AEntG in Betracht. In allen übrigen Fällen bedarf es einer Erstreckung tariflicher Bestimmungen durch Rechtsverordnung nach § 7 bzw. 7a AEntG.⁸

Diese Beschränkung soll nach dem Gesetzentwurf rückgängig gemacht werden. § 3 AEntG-E bestimmt nun, „dass künftig auch außerhalb des Baugewerbes bundesweite Tarifverträge, die nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes für allgemeinverbindlich erklärt wurden, auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland Anwendung finden, soweit sie bestimmte Arbeitsbedingungen enthalten.“⁹ Eine Branchenbeschränkung ist nach dem Entwurf in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtslage auch nicht für die Erstreckung von Tarifnormen durch Rechtsverordnung nach § 7 bzw. § 7a AEntG vorgesehen. Beide Möglichkeiten stehen mithin gleichberechtigt nebeneinander.

3.2. Beschränkung auf bundesweite Tarifverträge

Unverändert gegenüber der aktuellen Fassung soll § 3 Satz 1 AEntG bleiben, soweit er anordnet, dass nur die Rechtsnormen eines bundesweiten Tarifvertrages auf das Arbeitsverhältnis zwischen einem ausländischen Arbeitgeber und seinen in Deutschland tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Anwendung findet. Soweit andere Arbeitsbedingungen als die Entlohnung Gegenstand tariflicher Regelungen sind, ist es ausreichend, dass sie zusammengefasst den gesamten räumlichen Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes abdecken (§ 3 Satz 2 AEntG).

Die Beschränkung auf bundesweit geltende Tarifbestimmungen wird von der Bundesregierung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz begründet. Nur so sei eine Gleichbehandlung zwischen inländischen Arbeitgebern mit einem Betriebsitz, der sich vom Arbeitsort unterscheidet, und

7 Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) vom 11. August 2014 (BGBl. I 2014, S. 1348).

8 Die Beschränkung der Anwendung allgemeinverbindlicher Tarifverträge auf die Baubranche diene der Berücksichtigung der Tradition der Allgemeinverbindlicherklärung im Bereich der Sozialkassen der Bauwirtschaft, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz), Bundestagsdrucksache 18/1558, S. 50.

9 Bundesratsdrucksache 84/20 (Fn. 3), S. 25.

ausländischen Arbeitgebern ohne Betriebssitz im Inland sichergestellt.¹⁰ Jedoch sollen der Entwurfsbegründung zufolge regionale Differenzierungen in den bundesweit geltenden Tarifverträgen zulässig sein.¹¹

Nur bei der Langzeitsendung nach § 13b AEntG-E sollen auch auf Arbeitgeber mit Sitz im Ausland sämtliche allgemeinverbindlichen Tarifverträge (einschließlich der regional allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge) Anwendung finden,¹² (siehe dazu auch unten Abschnitt 4, S. 8).

3.3. Differenzierung zwischen „Mindestentgeltsätzen“ und „darüber hinausgehenden Entlohnungsbestandteilen“

Welche Arbeitsbedingungen Gegenstand eines Tarifvertrages nach § 3 AEntG sein können, bestimmt sich nach § 5 AEntG. Bisher können nach § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG in einem Tarifvertrag nach § 3 AEntG lediglich „Mindestentgeltsätze“ geregelt werden; künftig sollen nach 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1a AEntG-E entsprechend der Erweiterung in § 2 Abs. 1 Nr. 1 AEntG-E auch die darüber hinausgehenden Bestandteile der Entlohnung im Sinne des § 2a Abs. 1 Nr. 1 AEntG-E geregelt werden können. Dabei wird allerdings zwischen „Mindestentgeltsätzen“ (§ 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E) und „darüber hinausgehenden Entgeltbestandteilen“ (§ 5 Satz 1 Nr. 1a AEntG-E) differenziert.

Nach der Entwurfsbegründung ist die Differenzierung erforderlich, weil einzelne Vorschriften wie etwa die Verordnungsermächtigungen nach den § 7 und § 7a AEntG, weiterhin nur für Mindestentgeltsätze nach § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG-E gelten sollen, nicht aber für tarifvertragliche Arbeitsbedingungen nach § 5 S. 1 Nr. 1a AEntG-E.¹³ Eine Anwendung solcher Bestandteile soll weiterhin nur über eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG möglich sein. Die §§ 7 und 7a AEntG sollen hierzu jeweils entsprechend ergänzt werden.

Grund ist die besondere Rechtsfolge des insoweit unveränderten § 8 Abs. 2 AEntG, wonach Tarifverträge, die durch Rechtsverordnungen nach §§ 7, 7a AEntG verbindlich erstreckt sind, gegenüber anderen Tarifverträgen Vorrang genießen. Diesen zwingenden Vorrang hatte der Gesetzgeber bei der Novellierung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes 2009 eingeführt. § 8 Abs. 2 AEntG-E in Verbindung mit § 5 Satz 1 Nr. 2 und 3 AEntG übernimmt darüber hinaus die bereits in § 5 Abs. 4 Satz 2 TVG für den Fall der Tarifpluralität angeordnete verdrängende Wirkung urlaubskassenrelevanter bundesweiter allgemeinverbindlicher Tarifverträge. Außerhalb der beschriebenen Fälle gelten allgemeinverbindliche Tarifverträge für Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland nach Maßgabe des § 5 Abs. 4 Satz 1 TVG.

10 Antwort der Parlamentarischen Staatssekretärin Anette Kramme auf eine schriftliche Anfrage der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke vom 2. März 2020, Bundestagsdrucksache 19/17630, S. 55.

11 Bundesratsdrucksache 84/20 (Fn. 3), S. 26.

12 Bundesratsdrucksache 84/20, (Fn. 3), S. 5 f., S. 31 f.

13 Bundesratsdrucksache 84/20 (Fn. 3), S. 26.

Die Beschränkung der Verordnungsermächtigung auf Mindestentgeltsätze zielt nach der Entwurfsbegründung darauf ab „die Betätigungsfreiheit anderer Koalitionen beim Aushandeln und Festsetzen von Entlohnungsbedingungen“ zu respektieren und sie in einen „besonders schonenden Ausgleich mit den Zielen des § 1 AEntG“ zu bringen.¹⁴

3.4. Beschränkung der Mindestentgeltsätze auf drei Entgeltstufen

Der Begriff der „Mindestentgeltsätze“ umfasst bereits in der aktuellen Fassung des § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG die Möglichkeit der Erstreckung nach Art der Tätigkeit, Qualifikation und Region differenzierender Entgeltsätze. Nach der Gesetzesbegründung ermöglicht die Vorschrift allerdings nicht die Erstreckung kompletter Lohngitter.¹⁵ In der Literatur ist hingegen vereinzelt bezweifelt worden, dass Lohngitter von dem Begriff der „Mindestentgeltsätze“ nicht erfasst seien.¹⁶ Demgegenüber wurde im Einzelfall vertreten, § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG lasse lediglich zwei grobe Differenzierungen zu.¹⁷ Insgesamt wurde eine gewisse Rechtsunsicherheit konstatiert.¹⁸

Nach § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E soll die Regelung des Mindestentgelts „die Differenzierung nach Art der Tätigkeit und Qualifikation insgesamt bis zu drei Stufen umfassen können.“ Durch die zahlenmäßige Einschränkung zulässiger Stufen strebt der Regierungsentwurf an, die bestehenden Unsicherheiten über die Grenze zwischen einer zulässigen Ausdifferenzierung nach Tätigkeiten und Qualifikation und einem unzulässigen gesamten Lohngitter zu überwinden.¹⁹ Eine weitergehende Differenzierung nach regionalen Aspekten ist dagegen weiterhin möglich.

4. Differenzierung zwischen Kurzzeit- und Langzeitentsendungen

Der Entwurf übernimmt die in Art. 3 Abs. 1a der konsolidierten Fassung der Entsenderichtlinie 2018 vorgesehene Differenzierung zwischen kurzzeitiger und längerfristiger Entsendung. Zur Umsetzung dieser Vorgabe soll § 13b AEntG-E eingefügt werden. Die neue Regelung sieht vor,

14 Bundesratsdrucksache 84/20 (Fn. 3), S. 28.

15 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG), Bundestagsdrucksache 16/10486 vom 7. Oktober 2008, S. 12; Schlachter/Franzen in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020, § 5 AEntG, Rn. 2.

16 So etwa ausdrücklich Rödl, Florian, Europarechtliche Rahmenbedingungen für eine Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, WSI-Mitteilungen 7/2012, S. 517, 523.

17 Bayreuther, Frank, Einige Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit des Arbeitnehmerentsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingungsgesetzes, NJW 2009, S. 2006.

18 Kühn in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, AEntG, § 5 Arbeitsbedingungen, Rn. 2.

19 Bundesratsdrucksache 84/20 (Fn. 3), S. 26.

dass Arbeitgeber mit Sitz im Ausland Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die sie länger als zwölf Monate in Deutschland beschäftigen, grundsätzlich alle Arbeitsbedingungen gewähren müssen, die in Deutschland in Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in allgemein verbindlichen Tarifverträgen festgelegt sind. Dazu gehören unter anderem der Entgeltfortzahlungsanspruch bei Krankheit und an Feiertagen sowie Ansprüche auf Eltern- und Pflegezeit. Nicht erfasst sind allerdings nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AEntG-E Verfahrens- und Formvorschriften sowie Regeln über die betriebliche Altersversorgung. Nach § 13b Abs. 2 AEntG-E verlängert sich der Zeitraum der kurzfristigen Entsendung auf 18 Monate, wenn der Arbeitgeber vor Ablauf der Beschäftigungsdauer eine entsprechende Mitteilung abgibt. Dies liegt nicht im Ermessen der zuständigen Behörde.

Die Ausweitung der Anwendung der Vorschriften für langfristig entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wird durch die auch in Erwägungsgrund 9 der Änderungsrichtlinie anerkannte enge Verbindung mit dem Arbeitsmarkt begründet, die es anders als bei kurzfristigen Entsendungen rechtfertigt, den Arbeitgeber mit Sitz im Ausland ebenso zu behandeln wie einen Arbeitgeber mit Sitz am Ort des Arbeitseinsatzes.²⁰

5. Berücksichtigung von Tariftreuerregelungen

5.1. Aktuelle Rechtslage

Wie bereits unter Punkt 2 (oben S. 5) ausgeführt, bestimmt § 2 AEntG, welche in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften enthaltenen Mindestarbeitsbedingungen auch zwischen Arbeitgebern mit Sitz im Ausland und deren nach Deutschland entsandten Beschäftigten zwingend einzuhalten sind. Hierzu gehören alle Gesetze, Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, nicht aber Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen.²¹ Die Berücksichtigung tarifvertraglicher Normen im Rahmen der Arbeitnehmerentsendung beschränkt sich vielmehr auf § 3 in Verbindung mit § 5 Satz 1 AEntG.

Das Vergaberecht des Bundes sieht vor, dass Unternehmen bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einhalten müssen. Hierzu gehören auch die gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen. Die meisten Bundesländer haben darüber hinaus Tariftreuerregelungen erlassen, die bei Ausschreibungen der öffentlichen Hand die Einhaltung bestimmter - nicht notwendig allgemeinverbindlicher - tariflicher Arbeitsentgelte oder anderer tariflicher Bestimmungen vorschreiben. Lediglich der Freistaat Bayern und der Freistaat Sachsen verfügen nicht über entsprechende Gesetze.²²

20 Bundesratsdrucksache 84/20 (Fn. 3), S. 31, 32.

21 Kühn in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, § 2 AEntG, Rn. 3.

22 Eine Linkliste zu den Tariftreuegesetzen der Bundesländer bietet Wikipedia:
<https://de.wikipedia.org/wiki/Tariftreuerregelung> (letzter Abruf: 23. März 2020).

Die Berücksichtigung gesetzlicher Tariftreuregelungen, die die Einhaltung der im Einzelfall zu benennenden tarifvertraglichen Mindestentgelte verlangen, wurden vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) bisher als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Art. 56 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gewertet.²³

5.2. Änderungsentwurf

Hinsichtlich der Berücksichtigung von Tariftreuregelungen ist auch im AEntG-E keine Änderung vorgesehen. Auch der AEntG-E sieht eine Verpflichtung zur Einhaltung von Tariftreuregelungen nicht vor. Lediglich im Rahmen von Langzeitentsendungen mit einer Dauer von mehr als zwölf bzw. 18 Monaten schreibt der neu einzufügende § 13b Abs. 1 Satz 1 AEntG-E die Beachtung aller Arbeitsbedingungen vor, die am Beschäftigungsort in Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie allgemeinverbindlichen Tarifverträgen vorgeschrieben sind. Ausnahmen gelten nach § 13b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 AEntG-E lediglich für Vorschriften, die den Bestand des Arbeitsverhältnisses selbst betreffen, sowie das Betriebsrentengesetz.²⁴ Damit dürften bei Langzeitentsendungen auch die am Beschäftigungsort geltenden landesrechtlichen Tariftreuebestimmungen zu berücksichtigen sein.

5.3. Änderungsspielraum

Die Frage, inwieweit die EU-Entsenderichtlinie in der Fassung der Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957 unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zur primärrechtlich verankerten Dienstleistungsfreiheit eine Öffnung für eine allgemeine Regelung zur Berücksichtigung von Tariftreuregelungen bedeuten könnte, ist Gegenstand einer früheren Arbeit des Fachbereichs WD 7 (Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht, Bau und Stadtentwicklung):

Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste, Vergaberechtliche Tariftreueklauseln im Lichte der Änderung der EU-Entsenderichtlinie im Jahre 2018, Sachstand WD 7 - 3000 - 010/19 vom 30. Januar 2019.

- Anlage -

Danach muss offenbleiben, welchen Standpunkt der EuGH zu einer AEntG-Änderung entsprechend dem vorgelegten Regierungsentwurf einnehmen könnte.

23 Vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 3. April 2008 - C-346/06 (Dirk Ruffert gegen Land Niedersachsen); EuGH, Urteil vom 18. September 2014 - C-549/13 (Bundesdruckerei GmbH gegen Stadt Dortmund).

24 Vgl. dazu Bundesratsdrucksache 84/20 (Fn. 3), S. 35.

6. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Beschränkung der Mindestentgeltstufen

Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) hat in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf²⁵ verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung des § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E erhoben, wonach in Tarifverträgen im Sinne des § 3 AEntG-E die Differenzierung der im Wege einer Rechtsverordnung erstreckbaren Mindestentgeltsätze hinsichtlich der Art der Tätigkeit und der Qualifikation der Arbeitnehmer auf drei Stufen beschränkt ist. Wenn dies so zu verstehen sei, dass es den Tarifparteien unmöglich werde, ein ausdifferenzierteres Lohngitter zu vereinbaren, sei dies mit der Tarifautonomie unvereinbar.²⁶

6.1. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit

Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG garantiert für jedermann und für alle Berufe das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Das Grundrecht schützt Einzelne in ihrer Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten, aber auch ihr fernzubleiben oder sie zu verlassen, sowie die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und allen ihren koalitionsspezifischen Verhaltensweisen.²⁷ „Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu ordnen.“²⁸ Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG garantiert damit die Tarifautonomie als Teilaspekt der kollektiven Koalitionsfreiheit.

6.2. Inhalt des § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E

Die in § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E vorgesehene Differenzierung der Mindestentgeltsätze nach der Art der Tätigkeit, der Qualifikation, sowie der Region ist auch nach der geltenden Fassung der Vorschrift zulässig.²⁹ Die Formulierung der Bestimmung führte jedoch in der Literatur zu Unsicherheiten bei der Auslegung hinsichtlich der Frage, wie viele unterschiedliche Entgeltstufen für

25 Referentenentwurf 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, Bearbeitungsstand 12. November 2019, abrufbar siehe oben Fn. 4; der Referentenentwurf stimmt in dem in diesem Abschnitt zu behandelnden Zusammenhang mit dem Regierungsentwurf vom 21. Februar 2020 überein.

26 Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes vom 10. Dezember 2019 zu dem Referentenentwurf 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 vom 13.11.2019, S. 8, abrufbar siehe oben Fn. 4.

27 Ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. zuletzt Urteil vom 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15, Rn. 130 (zit. nach juris).

28 BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1977, NJW 1977, S. 2255 (2256).

29 Bundestagsdrucksache 16/10486, S. 12.

eine staatliche Erstreckung in Betracht kommen (siehe oben unter 3.3, S. 4). Die vorgesehene Änderung besteht lediglich in der zahlenmäßigen Begrenzung der Differenzierungsstufen der Mindestentgeltsätze nach Tätigkeit und Qualifikation, die die aufgetretenen Auslegungsprobleme beiseitigen sollte. Regionale Differenzierung bleibt danach unbegrenzt möglich.

6.3. Tarifaufonomie der Tarifparteien des zu erstreckenden Tarifvertrages

Die Vorschrift des § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E bestimmt, welche tarifvertraglichen Inhalte im Wege einer Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG auf die gesamte Branche erstreckt werden können. Sie verbietet den Tarifvertragsparteien entgegen der Annahme des DGB nicht, in Ausübung ihrer Tarifaufonomie für ihre Mitglieder weitergehende Entgeltregelungen und damit auch umfangreiche Tarifgitter zu vereinbaren. Darüber hinausgehende Regelungen können lediglich nicht Gegenstand einer Rechtsverordnung gemäß §§ 7, 7a AEntG sein.³⁰ Die staatliche Erstreckung der eigenen Verhandlungsergebnisse auf andere Arbeitgeber dient jedoch nicht mehr der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der eigenen Mitglieder und dürfte daher vom Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG nicht umfasst sein. Der Schutzbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit der Tarifpartner ist mithin durch die Neuregelung nicht berührt.

6.4. Tarifaufonomie anderer Koalitionen

Durch die verbindliche Erstreckung tarifvertraglicher Mindestentgeltsätze nach § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E in Verbindung mit §§ 7 oder 7a AEntG kann allerdings die Betätigungsfreiheit derjenigen Koalitionen betroffen sein, die selbst nicht Vertragsparteien des Tarifvertrages sind, dessen Mindestentgeltsätze erstreckt werden. Die Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG löst die normativen Inhalte des Tarifvertrags aus dem tariflichen System heraus und macht sie zu staatlichem Recht.³¹ Die Verordnung wird vom zugrunde liegenden Tarifvertrag unabhängig.³² Diese staatliche Rechtsetzung beschränkt notwendigerweise den von Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Freiraum autonomer Rechtsgestaltung für andere Koalitionen.

Wenn der Staat Mindestarbeitsbedingungen festlegt, die nach § 8 Abs. 2 AEntG von Arbeitgebern auch dann einzuhalten sind, wenn sie nach § 3 TVG oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind, greift er in dem den Tarifparteien zugewiesenen Bereich der autonomen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ein.³³ Das Bundesverfassungsgericht hat zwar grundsätzlich gegen die Mitwirkung des Staates bei der Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen keine Bedenken im Hinblick auf die Tarifaufonomie

30 Klumpp in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3: Kollektives Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2019: § 249 Tarifbasierte Rechtsverordnung, Rn. 9.

31 Vgl. dazu etwa Klumpp in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München 2019: C.H. Beck § 249 Rn. 4 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BVerfG.

32 BAG, Urteil vom 20. April 2011, NZA 2011, S. 1105.

33 Kocher, Eva, Mindestlöhne und Tarifaufonomie- Festlegung allgemeiner Mindestentgelte durch Verbindlicherklärung nach AEntG?, NZA 2007, S. 600 (601).

erkannt.³⁴ Bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen kommt es jedoch stets auf die Verhältnismäßigkeit an. Indem § 5 Satz 1 Nr. 1 AEntG-E die verbindliche Erstreckung tarifvertraglicher Mindestentgeltsätze zahlenmäßig begrenzt, wird die Möglichkeit des Eingriffs in die Koalitionsfreiheit durch staatliche Rechtsetzung im Sinne der Verhältnismäßigkeit dieses Eingriffs beschränkt und den Tarifvertragsparteien ein angemessener Spielraum für weitergehende Regelungen belassen.³⁵

Mit der Regelung dürfte daher der nach der Entwurfsbegründung angestrebte „schonende Ausgleich“³⁶ zwischen der staatlichen Rechtsetzung zur Verwirklichung der in § 1 AEntG genannten Ziele und der Tarifautonomie anderer Koalitionen erreicht werden. Eine Entscheidung darüber bleibt jedoch letztlich dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten.

34 Schlachter/Franzen in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020, § 1 AEntG, Rn. 13.

35 Schlachter/Franzen in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020, § 7 AEntG, Rn. 4.

36 Bundesratsdrucksache 84/20 (Fn. 3), S. 28.