

Die Landesvereinigung der Unternehmensverbände Nordrhein-Westfalen e.V. (unternehmer nrw) ist der Zusammenschluss von 129 Verbänden mit 80.000 Betrieben und drei Millionen Beschäftigten. unternehmer nrw ist Mitglied der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und vertritt die Interessen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e. V. (BDI) als dessen Landesvertretung.

05.03.2020

STELLUNGNAHME

im Rahmen des Clearingverfahrens für den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Entsenderichtlinie (EU) 2018/957, BR-Drs. 84/20

A. Vorbemerkung

Die am 29. Juli 2018 in Kraft getretene 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 (Änderungsrichtlinie) revidiert die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen 96/71/EG (EU-Entsenderichtlinie).

In den letzten Jahren wurden die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben für die Entsendung von Beschäftigten innerhalb der Europäischen Union so verschärft, dass der Aufwand für Unternehmen in keinem vernünftigen wirtschaftlichen Verhältnis mehr steht. Schon die Durchsetzungs-Richtlinie zur Entsenderichtlinie (2014/67/EU), die bis 2016 in nationales Recht umgesetzt werden musste, hat zu einem wahren Flickenteppich an unterschiedlichsten nationalen Melde- und Dokumentationspflichten für Arbeitgeber geführt.

Durch die Revision der Entsenderichtlinie wird der grenzüberschreitende Mitarbeiterereinsatz innerhalb der EU noch komplexer und bürokratischer. Statt sich auf das Kerngeschäft zu konzentrieren, müssen Unternehmen unter steigendem Personaleinsatz einen immer größer werdenden finanziellen Aufwand betreiben, um sämtliche bürokratischen Anforderungen zu erfüllen. Das trifft vor allem kleine und mittelständische Unternehmen. Daher muss der Gesetzgeber bei der Umsetzung der revidierten Entsenderichtlinie umso mehr darauf achten, dass Unternehmen, die

Mitarbeiter nach Deutschland entsenden oder mit solchen entsandten Arbeitnehmern in Deutschland zusammenarbeiten, nicht mit zusätzlicher Bürokratie belastet werden. Der Europäische Binnenmarkt ist eine der größten Errungenschaften der EU. Gerade im Exportland Nordrhein-Westfalen sichert uns der Europäische Binnenmarkt mit der Freizügigkeit von Personen, Dienstleistungen, Waren und Kapital Wohlstand und Arbeitsplätze. Die Revision der Entsenderichtlinie liegt im Widerspruch zu diesen europäischen Grundfreiheiten.

Am 12. Februar 2020 hat das Bundeskabinett einen Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der neu gefassten Entsenderichtlinie beschlossen. Die Vorgaben der geänderten Richtlinie werden zu weitgehenden Änderungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) führen. Dies betrifft grundsätzlich alle grenzüberschreitenden Entsendungen nach Deutschland (sog. Inbound-Fälle). Das AEntG soll deutlich verschärft und in seinem Geltungsbereich erweitert werden. Die Erstreckungswirkung allgemeinverbindlicher Tarifverträge bzw. die Erstreckung durch Rechtsverordnung unterhalb der Schwelle von 12 bzw. 18 Monaten soll weiterhin einen bundesweiten Tarifvertrag voraussetzen. Besonders kritisch zu werten sind allerdings die (rückwirkende) Berücksichtigung von Vorbeschäftigungszeiten bei langzeitentsendeten Arbeitnehmern und die zeitliche Begrenzung der Sonderregelungen für bestimmte Tätigkeiten, auch ohne Dienstleistungsbezug.

B. Im Einzelnen

I. §§ 2, 2a AEntG

1. Ausweitung des Katalogs zwingender Arbeitsbedingungen

§ 2 AEntG ordnet an, welche in Rechts- und Verwaltungsvorschriften geregelten Arbeitsbedingungen zwingend auch von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland bei Entsendungen nach Deutschland einzuhalten sind. Dieser Katalog wird erweitert.

a. Entgelt

Im Katalog der allgemeinen Arbeitsbedingungen waren bislang in § 2 Nr. 1 AEntG die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze geregelt. Künftig sind die Entgeltpflichten nicht mehr nur auf den gesetzlichen Mindestlohn und die Mindestentgeltsätze der einschlägigen Tarifverträge beschränkt, sondern es wird der Begriff der „Entlohnung“ eingeführt. Der Begriff der Entlohnung ist weiter und umfasst z. B. sämtliche Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen sowie Überstundensätze. Die Definition ist aufgrund des Verweises in § 5 Satz 1 Nr. 1a AEntG nicht nur für die in Rechts- und Verwaltungsvorschriften geregelten Entlohnungsbedingungen, sondern auch für tarifvertragliche Entlohnungsvorschriften maßgeblich. Nicht umfasst sind die Regelungen über die betriebliche Altersversorgung.

b. Sicherheit und Gesundheitsschutz

§ 2 Nr. 5 AEntG wird dahingehend geändert, dass zu den Vorschriften über Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz auch die in Rechts- und Verwaltungsvorschriften enthaltenen Anforderungen an Unterkünfte fallen, die vom Arbeitgeber gestellt werden.

2. Bewertung

Aktuell existieren in Deutschland keine über Mindestentgeltsätze hinausgehende, auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften beruhende „Entlohnungs“-Bedingungen. Zunächst drohen also durch die Änderungen keine direkten neuen Belastungen.

Die Richtlinie sieht zudem vor, dass die Mitgliedstaaten eine nationale Website einrichten müssen, auf der die von ausländischen Dienstleistungserbringern einzuhaltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen in einfacher und transparenter Weise zu entnehmen sind. Es ist zu begrüßen, dass die Bundesregierung dieser Verpflichtung nachkommen und dazu die Website www.zoll.de ausbauen und fortlaufend pflegen will. Dort sollen zukünftig die relevanten Informationen inklusive der zu zahlenden Entlohnung und ihre Bestandteile veröffentlicht werden. Es bleibt abzuwarten, ob die Weiterentwicklung der Website diesen selbst gestellten Anforderungen der Bundesregierung zukünftig in der Praxis standhalten wird.

II. § 2b AEntG

1. Unwiderlegliche Vermutung des Zulagenzwecks

Der neue § 2b AEntG legt fest, unter welchen Voraussetzungen eine Zulage, die Arbeitnehmer für ihren vorübergehenden Einsatz in Deutschland erhalten (sog. Entsendezulage), auf die Entlohnung nach § 2 Nr. 1 AEntG angerechnet werden kann. Dies gilt allerdings nicht, wenn mit der Entsendezulage keine Gegenleistung für die Arbeitsleistung in Deutschland vergütet werden soll, sondern nur ein Ausgleich für tatsächlich entstandene Kosten für Reise, Verpflegung oder Unterbringung erfolgen soll (**Entsendekosten**). In diesem Fall darf keine Anrechnung dieser Zulage auf die zu zahlende Entlohnung erfolgen. Für den Fall, dass der Zweck der Entsendezulage – z. B. in der Entsendevereinbarung – nicht näher definiert wird, greift die gesetzliche Vermutung von § 2b AEntG, wonach die gesamte die Zulage der Abdeckung der Entsendekosten dient und darf nicht angerechnet werden.

Zudem müssen zukünftig auch entsandte Arbeitnehmer für inländische Arbeitnehmer geltende Zulagen oder Kostenerstattungen zur Deckung der Reise-, Unterbringungs- Verpflegungskosten bei Entsendungen bzw. Dienstreisen innerhalb Deutschlands erhalten.

2. Bewertung

Die unwiderlegliche Vermutung in § 2b Abs. 2 AEntG lehnen wir in dieser Form ab. Die Entsenderichtlinie erfordert nicht, dass eine Vermutung durch den Verpflichteten nicht widerlegt werden kann. Die Bundesregierung geht damit über die Richtlinie hinaus. Diese enthält in Artikel 1 Nr. 2 Buchstabe c.) letzter Absatz lediglich eine (widerlegbare) Regelvermutung:

„[...] so ist davon auszugehen, dass die gesamte Zulage als Erstattung von infolge der Entsendung entstandenen Kosten gezahlt wird.“

Für eine 1:1 Umsetzung der Richtlinie muss die Bundesregierung hier zumindest den nachträglichen Nachweis des entsendenden Unternehmens über die Zweckbestimmung zulassen. Die mit dem Beschluss des Bundeskabinetts neu in den Begründungstext aufgenommene Möglichkeit (siehe dort S. 27 im 5. Absatz), dass die „Vermutung [nicht] greift, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass in den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Arbeitsbedingungen geregelt ist, welchem Zweck die Entsendezulage dient und in welchem Umfang sie der Kostenerstattung oder anderen Zwecken dient“, ist unzureichend. Wenn die Vermutung richtigerweise widerleglich als Regelvermutung durch den Gesetzgeber ausgestaltet sein soll, muss dies im Gesetzestext selbst klar normiert werden.

III. §§ 3 bis 9 AEntG

1. Anwendung tariflicher Arbeitsbedingungen

Arbeitgeber mit Sitz im Ausland müssen zukünftig bestimmte tarifliche Arbeitsbedingungen einhalten, wenn die Entsendung entweder in den Geltungsbereich eines bundesweit für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags nach dem Tarifvertragsgesetz oder eine Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG vorliegt.

Die zwingend geltenden tariflichen Arbeitsbedingungen werden in § 5 AEntG geregelt. Die Arbeitsbedingung „Mindestentgeltsätze“ in Nummer 1 wird grundsätzlich weiterhin beibehalten. Dies wird damit begründet, dass einzelne Vorschriften, wie etwa die Verordnungsermächtigungen nach §§ 7, 7a, weiterhin nur für Mindestentgeltsätze gelten. Allerdings wird der Begriff durch die Erweiterung zukünftig präzisiert und über die neu eingeführt Nummer 1a und den Verweis auf die „Entlohnung“ an die Vorgaben der Änderungsrichtlinie angepasst.

2. Bewertung

§ 3 AEntG wird deutlich ausgeweitet, so 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.

Zukünftig wird es hier also zwei bedeutsame Fallgruppen geben: allgemeinverbindliche Tarifverträge und Rechtsverordnungen. Positiv ist der rechtstechnische Ansatz zu bewerten, diese für eine verbesserte Verständlichkeit der Vorschrift in zwei Nummern aufzuteilen. Wenn für diese beiden Fallgruppen unterschiedliche Regelungen gelten sollen, wird somit zugleich eine einfachere Verweisung ermöglicht.

Ob die Begrenzung der Differenzierung nach Art und Tätigkeit der Qualifikation auf drei Entgeltstufen die Bürokratie und den Aufwand der Arbeitgeber in Grenzen halten kann, ist noch fraglich. Die Erfahrungen im Baugewerbe, wo schon heute mit Lohngruppe 1 und 2 im für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag zwei Stufen bestehen, sind eher negativ. Schon dort gelingt es wohl oftmals nicht, einfach und transparent die erfolgte Eingruppierung und damit die Einhaltung der tariflichen Mindestlöhne zu überprüfen. Eine weitere Stufe oder zusätzliche tarifliche Bestimmungen werden zu weiterer Komplexität und damit einer erheblichen Steigerung der Prüfanforderungen für die Kontrollbehörden führen.

Auch bleibt abzuwarten, ob die Weiterentwicklung der Website www.zoll.de im tariflichen Bereich den selbst gestellten Anforderungen der Bundesregierung in der Praxis standhält. Die gewählte Struktur mag es vielleicht Kennern der Materie erleichtern, den Überblick zu behalten. Wir haben jedoch starke Zweifel, ob ausländische Dienstleistungserbringer die einzuhaltenden tariflichen Arbeitsbedingungen in einfacher und transparenter Weise entnehmen bzw. erkennen werden können.

Die Ausweitung der anzuwendenden tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen auf eine Vielzahl an Entlohnungsbedingungen erhöht den Transaktions- und Verwaltungsaufwand für die entsendenden Unternehmen erheblich. Es darf schon bezweifelt werden, dass der im Kabinettsbeschluss beschriebene Aufwand für den ausländischen Arbeitgeber, zur Ermittlung der für eine Inlandsbeschäftigung geltenden zusätzlichen Arbeitsbedingungen, mit 30 Minuten (bis 12 bzw. 18 Monate) bzw. 2 Stunden (mehr als 12 bzw. 18 Monate) realistisch angesetzt ist. Zudem basiert die Annahme der tatsächlichen Fallzahlen auf veraltetem, statistischem Zahlenmaterial aus dem Jahr 2017. Die Zahl der formal angemeldeten grenzüberschreitenden Tätigkeiten hat in den letzten beiden Jahren massiv zugenommen. Dies vor allem aufgrund der vielen Presseartikel über den Flickenteppich rund um A1 und die Meldepflichten in Europa sowie vermehrte praktische Kontrollen und Sanktionen vor Ort.

Für Entsendungen in einige Branchen, wie beispielsweise in die deutsche M + E-Industrie, ändern diese entgeltrechtlichen Neuregelungen allerdings zunächst nichts, da hier kein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag und auch keine Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG existiert.

IV. § 13b AEntG

1. Langzeitentsendungen

Der neue Abschnitt 4b enthält besondere Bestimmungen für Arbeitnehmer, die von ihrem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland zwar vorübergehend, aber für einen längeren Zeitraum als 12 bzw. 18 Monate nach Deutschland entsandt werden. In diesen Fällen sollen – entsprechend den neuen Vorgaben der Entsenderichtlinie – über den Katalog des § 2 AEntG hinaus alle Arbeitsbedingungen, die in deutschen Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelt sind gelten.

Zudem gelten sämtliche in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen (auch regionalen) geregelte Arbeitsbedingungen, d. h. auch über den Katalog der Arbeitsbedingungen in § 5 AEntG hinaus. Davon ausgenommen sind lediglich die Arbeitsbedingungen, die die Entstehung oder Beendigung von Arbeitsverhältnissen oder die betriebliche Altersversorgung betreffen.

2. Bewertung

Durch diese komplexe Regelung, wonach spätestens ab 18 Monaten ein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen ist, werden Langzeitentsendungen massiv erschwert und erfordern zwingend vertiefte Rechtskenntnisse in zwei Rechtsordnungen, was in der Praxis selbst für Spezialisten nur schwer abbildbar ist.

Es besteht eine große Rechtsunsicherheit für deutsche und ausländische Unternehmen. Die Unternehmen stehen von nun an vor der Frage, welche arbeitsrechtlichen Vorgaben des jeweiligen nationalen, ausländischen Arbeitsrechts für die Entsendung nach Deutschland weitergelten oder durch im Einzelnen günstigere deutsche Arbeitsbedingungen ersetzt werden müssen.

Im Gesetzentwurf des Bundeskabinetts werden einige Beispiele für möglicherweise anwendbare Arbeitsrechtskomplexe gegeben. Allerdings wird hier selbst auf den nicht abschließenden Charakter dieser Übersicht hingewiesen. Da ausländische Arbeitgeber mit diesen komplexen Rechtsfragen in der Regel überfordert sein werden, ist zu erwarten, dass in der Praxis die Entsendedauer auf maximal 18 Monate zurückgehen wird. Die neue Vorgabe würde damit aber indirekt als objektive Zugangsschranke wirken und die unionsrechtlich geschützte Dienstleistungsfreiheit unverhältnismäßig einschränken und beschädigen.

Um unternehmensseitig diesen Anforderungen nachkommen zu können, müssen die wesentlichen Inhalte der anwendbaren allgemeinverbindlichen Tarifverträge vereinfachend zusammengestellt und auf der einheitlichen Website benutzerfreundlich aufbereitet werden. Zudem ist es dauerhaft erforderlich, die entsprechenden Informationen aktuell zu halten. Dies kann sich jedoch nicht in der Wiedergabe der Titel und des Volltextes erschöpfen. Hier muss die Bundesregierung auch die zu erstellenden Übersichten in weitere Amtssprachen übertragen, damit der Transparenzpflicht für ausländische Unternehmen Genüge getan werden kann.

Im Beschluss des Bundeskabinetts wurden richtigerweise Erleichterungen gegenüber dem Referentenentwurf im Hinblick auf die Form der (Verlängerungs-) Mitteilung aufgenommen. Diese Mitteilung soll nun nicht mehr zwingend in der strengen, gesetzlichen Schriftform des § 126 BGB erfolgen, sondern es genügt die Textform nach § 126b BGB. Diese Änderung ist ausdrücklich zu begrüßen. Dass so zukünftig auch eine Mitteilung per E-Mail möglich ist, ist im Hinblick auf neue Kommunikationsformen dringend geboten.

V. § 13c AEntG

1. Berechnung der maßgeblichen Beschäftigungsdauer

§ 13c AEntG enthält Angaben zur Berechnung der maßgeblichen Entsendedauer in Deutschland.

2. Bewertung

Die Regelungen bzgl. einer möglichen Unterbrechung sind zu unbestimmt. Es sollte ein weiterer Absatz eingefügt werden, damit die Unternehmen Rechtssicherheit haben, ab wann die Frist wieder von vorn zu laufen beginnt. Diese Klärung darf nicht der Rechtsprechung überlassen werden. Vorbild könnte die Regelung des § 21 Abs. 1b S. 2 AÜG sein; danach dürfen *„[...] zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monaten liegen“*.

VI. § 15 AEntG

1. Begründung des deutschen Gerichtsstands

Die Begründung des deutschen Gerichtsstands auf Erfüllung der Verpflichtungen aus dem AEntG wird zukünftig auf die Ansprüche aus § 13b AEntG ausgedehnt.

2. Bewertung

Die Begründung des deutschen Gerichtsstands für die erweiterten Ansprüche nach Abschnitt 4b ist konsequent und folgt der bisherigen Systematik des bestehenden AEntG. Die noch im Eckpunktepapier enthaltene Ankündigung, dass zukünftig Gewerkschaftsorganisationen stärker die Rechte der entsandten Arbeitnehmer geltend machen sollen, also quasi eine Prozessstandschaft für deutsche Gewerkschaften angedacht wurde, ist richtigerweise im Gesetzentwurf des Bundeskabinetts nicht mehr enthalten. Dies wäre weit über die Vorgaben der Entsenderichtlinie hinausgegangen und zudem immanent systemfremd gewesen.

VII. § 24 AEntG

1. Sonderregelungen für bestimmte Tätigkeiten

§ 24 AEntG nimmt bestimmte Fallkonstellationen teilweise aus dem Geltungsbereich des AEntG aus. Es soll eine Ausnahme für Entsendungen von bis zu 8 Tagen für Erstmontage- und Einbauarbeiten geben, diese wird allerdings auf einen einmaligen Einsatz in einem Zeitraum von einem Jahr beschränkt. Daneben sind Tätigkeiten ohne Dienstleistungserbringung, explizit die Teilnahme an Besprechungen, Fachkonferenzen oder Messebesuchen und an einer betrieblichen Weiterbildung ausgenommen.

Die übrigen Tätigkeiten sollen für einen Zeitraum von bis zu 2 Wochen ununterbrochen bzw. max. 30 Tage im Zwölfmonatszeitraum teilweise nicht unter den Geltungsbereich des AEntG fallen.

2. Bewertung

Grundsätzlich sind die Ausnahmetatbestände für Erstinstallationsarbeiten und für Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug nach zu begrüßen.

Die Einschränkung der Ausnahme für Erstmontagearbeiten auf einmalig maximal 8 Tage im Zeitraum von einem Jahr lehnen wir jedoch entschieden ab. Die Regelung fällt deutlich hinter die Vorgaben der zugrundeliegenden Entsenderichtlinie zurück. Dort gilt diese Ausnahme „bis 8 Tage“ ohne jede Einschränkung für die „Dauer der Entsendung für eine Erstinstallation“ und verbietet nicht, dass weitere Erstinstallationseinsätze im Aufnahmeland stattfinden. Es sollten keine zusätzlichen Hürden für Entsendungen nach Deutschland aufgestellt werden. Die Norm orientiert sich am jetzigen § 6 AEntG und dort ist die Einschränkung auf ein Jahr ebenfalls nicht enthalten. Der Zusatz „innerhalb eines Jahres“ muss daher gestrichen werden.

Für die Beschränkung auf einen allgemeinen einmaligen Erstinstallationseinsatz in diesem Jahreszeitraum in Deutschland findet sich daher gerade keine Grundlage in der Richtlinie. Um der laut Koalitionsvertrag gebotenen Selbstverpflichtung der Bundesregierung zu einer 1:1 Umsetzung europäischen Rechts nachzukommen, muss die Begrenzung der Erleichterungen auf einen einmaligen, 8-tägigen Erstinstallationseinsatz in diesem zeitlichen Bezugsrahmen daher zwingend gestrichen werden.

Hinsichtlich der zeitlichen Einschränkung für Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug ist nicht einmal der zeitliche Bezugsrahmen gerechtfertigt. Laut offiziellem Praxisleitfaden der Europäischen Kommission für die Umsetzung der Richtlinie fallen Auslandseinsätze ohne Dienstleistungserbringung für Dritte überhaupt nicht in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie. Vor diesem Hintergrund ist die zeitliche Beschränkung dieser wichtigen Ausnahmeregelung abzulehnen. Sie muss vielmehr zeitlich uneingeschränkt gelten und kann so lediglich klarstellenden Rechtscharakter haben.

3. Signalcharakter deutscher Regelungen

Diese vorgenannten Ausnahmeregelungen gelten zwar leider nur für Inbound-Sachverhalte, d. h. für ausländische Arbeitnehmer, die nach Deutschland entsendet werden. Sie haben aber dennoch einen wichtigen Signalcharakter für andere Mitgliedstaaten und deren Umsetzungsgesetze. Für unsere ins EU-Ausland entsendenden Unternehmen sollte sich das Bundesarbeitsministerium daher zur Vermeidung eines immer weiter ausufernden Flickenteppichs für ähnliche Ausnahmeregelungen in den anderen EU-Staaten einsetzen.

Ein weiterer positiver Ansatz zur Vermeidung ausufernder Bürokratie könnte der Katalog in § 1 Absatz 5 des österreichischen LSD-BG sein, der der Umsetzung der Entsenderichtlinie in Österreich dient. Die dort aufgeführten Beispiele stellen für bestimmte Tätigkeiten ohne Dienstleistungsbezug klar, dass sie vollständig nicht unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Besonders interessant ist zudem die dort unter der Nummer 8 geregelte Ausnahme für Einkommen oberhalb einer bestimmten monatlichen Bruttoentlohnung. Hier kann von „Sozialdumping“ und Ausbeutung keine Rede mehr sein, so dass Erleichterungen für den Nachweis nationaler Arbeitsbedingungen gerechtfertigt sind. Dieser Ansatz sollte auch in § 24 AEntG Eingang finden. Vorstellbar wäre z. B. in Anlehnung an die Vorgaben zum Erhalt der sog. „Blauen Karte EU“ in Deutschland anzuknüpfen. Dieser Bezug zur Beitragsbemessungsgrenze ließe sich so zum Beispiel auch auf bestimmte Branchen unterschiedlich übertragen bzw. wegen besonderer Herausforderungen differenziert ausgestalten. In Anlehnung an diesen europarechtskonformen Ansatz ließe sich so eine Vielzahl unbedenklicher und vor allem wirtschaftlich wünschenswerter Entsendesachverhalte in Hochlohnbranchen von unnötiger Bürokratie befreien.

VIII. § 25 AEntG

1. Übergangsvorschrift für Langzeitentsendungen

In § 25 AEntG werden Übergangsbestimmungen für Langzeitentsendungen eingeführt. Die Regelung sieht vor, dass der maximale Verbleib von 18 Monaten im ausländischen Arbeitsrecht auch für bereits laufende Entsendungen gelten soll. D. h. bei der Berechnung, ob eine sog. Langzeitentsendung vorliegt, müssen die Zeiten der Beschäftigung in Deutschland vor dem Inkrafttreten des geänderten AEntG im Wege der tatbestandlichen Rückanknüpfung mitgezählt werden. Ist ein Arbeitnehmer am Tag des Inkrafttretens des geänderten AEntG z. B. schon seit 17 Monaten in Deutschland, so würde er schon im August 2020 den Maximalverbleib von 18 Monaten im ausländischen Arbeitsrecht erreichen. Damit müsste innerhalb eines Monats der Günstigkeitsvergleich mit den maßgeblichen deutschen Arbeitsbedingungen vorgenommen und die Entsendebedingungen entsprechend angepasst werden.

2. Bewertung

Diese Neuregelung stellt faktisch eine rückwirkende Inkraftsetzung der Entsenderichtlinie dar. Dieses lehnen wir klar ab. Mit der Regelung in der aktuellen Form würde in bereits laufende Entsendesachverhalte eingegriffen und das zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende, zugrundeliegende Recht nachträglich verändert.

Der rückwirkende Charakter der Übergangsvorschrift verletzt in unverhältnismäßiger Weise den Grundsatz des Vertrauensschutzes des entsendenden Arbeitgebers. Er widerspricht auch den Vorgaben in Artikel 3 der Richtlinie (EU) 2018/957:

„[Die Mitgliedstaaten] wenden diese Maßnahmen ab dem 30. Juli 2020 an. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Richtlinie 96/71/EG weiterhin in der Fassung anwendbar, die vor dem mit dieser Richtlinie eingeführten Änderungen galt.“

Entsende- bzw. Beschäftigungszeiten, die vor Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes liegen, dürfen bei der Berechnung einer Langzeitentsendung nicht mitgezählt werden. Im ungünstigsten Fall müssten sonst bereits am Folgetag nach Inkrafttreten des neuen AEntG arbeitsrechtsvergleichende Systembetrachtungen durch den entsendenden, ausländischen Arbeitgeber durchgeführt werden.

Hier handelt es sich um eine deutliche Übererfüllung der Vorgaben der Änderungsrichtlinie zur Entsenderichtlinie, also einen weiteren Verstoß gegen die Selbstverpflichtung der Bundesregierung zu einer 1:1 Umsetzung europäischen Rechts.