

# Europarechtliche Rahmenbedingungen für eine Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

In der Diskussion um eine Stärkung gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen durch eine Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes stoßen einige der Vorschläge auf europarechtliche Bedenken. Der folgende Beitrag geht den einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben im Einzelnen nach. Die Untersuchung führt zu dem Ergebnis, dass die meisten der Bedenken unbegründet sind. Das gilt sowohl mit Bezug auf den Vorschlag, in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz erneut Tarifverträge mit regionalem Geltungsbereich einzubeziehen, als auch für die Forderung, auf Entsendearbeit nicht nur unterste Lohngruppen, sondern ausdifferenzierte Lohngitter zu erstrecken.

FLORIAN RÖDL

## 1. Die rechtliche Regelung von Mindestarbeitsbedingungen im Überblick

Auf den ersten Blick mag die rechtliche Regelung von Mindestarbeitsbedingungen in Deutschland einen etwas unübersichtlichen Eindruck machen. Doch an sich gibt es eine klare Systematik. Wesentlich ist zunächst die Unterscheidung zwischen allgemeinverbindlichen und gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen.

Die rechtliche Grundlage *allgemeinverbindlicher* Mindestarbeitsbedingungen findet sich allein in § 5 des Tarifvertragsgesetzes (TVG). Diese Vorschrift regelt die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen und ordnet insbesondere an, dass nur dann ein Tarifvertrag auf Antrag einer Tarifpartei für allgemeinverbindlich erklärt werden kann, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber mehr als 50 % der dem Geltungsbereich unterfallenden Arbeitnehmer beschäftigen und wenn der beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales gebildete paritätisch besetzte Tarifausschuss seine Zustimmung erteilt. § 5 TVG wird ergänzt durch § 3 1. Alt. des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG). Diese Vorschrift ordnet für eine Reihe ausdrücklich benannter Branchen (vgl. § 4 AEntG) an, dass allgemeinverbindliche Tarifverträge mit bundesweitem Geltungsbereich, soweit sie ausdrücklich aufgezählte Kernarbeitsbedingungen (§ 5 AEntG) betref-

fen, auch auf im Inland geleistete Entsendearbeit Anwendung finden.

Die relevanteste Vorschrift für *gesetzliche* Mindestarbeitsbedingungen findet sich in § 7 AEntG. Diese Vorschrift enthält eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen für Mindestentgelte auf der Basis eines Tarifvertrages, für den die Tarifparteien einen gemeinsamen Antrag auf Allgemeinverbindlichkeit gestellt haben. Die Ermächtigung gilt gleichfalls nur für die Branchen, deren allgemeinverbindliche Tarifverträge auf Entsendearbeit Anwendung finden. Folgerichtig sind die nach § 7 AEntG erlassenen Rechtsverordnungen ebenfalls auf Entsendearbeit anzuwenden (§ 3 2. Alt. AEntG).

Eine der Ermächtigung in § 7 AEntG vergleichbare Vorschrift findet sich für die Leiharbeitsbranche in § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG). Daneben können gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen als Rechtsverordnungen auch auf der Basis von paritätisch besetzten Kommissionen erlassen werden. Das gilt für die Pflegebranche (§§ 10–13 AEntG) und in Branchen mit schwacher Tarifabdeckung (Mindestarbeitsbedingungengesetz, Mi-ArbG), wobei im letzteren Bereich trotz einer Reform des Gesetzes im Jahr 2009 bis heute keine Rechtsverordnung erlassen wurde. ▶

## 2. Aktuelle Reformansätze

Die gegenwärtige Diskussion um eine Stärkung gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen (vgl. BT-Drucksachen 17/8148, 17/4437 und 17/8459, Ausschussdrucksache 17(11)766neu) betrifft einerseits die Regelung allgemeinverbindlicher Mindestarbeitsbedingungen in § 5 TVG. Dort wird erstens diskutiert, das feste Quorum der erforderlichen Tarifabdeckung von 50 % entweder abzusenken oder durch das qualitative Kriterium der Repräsentativität zu ersetzen. Zweitens wird diskutiert, einen Antrag nicht nur einer, sondern beider Tarifvertragsparteien zu verlangen und im Gegenzug dem sogenannten Tarifausschuss eine nur mehr beratende Funktion zuzuweisen; alternativ wird über eine Änderung in der Besetzung des Ausschusses nachgedacht. <sup>1</sup>

In Bezug auf die Erstreckung allgemeinverbindlicher oder gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen auf Entsendearbeit wird erwogen, sämtliche Branchen in den Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetz einzubeziehen. Darüber hinaus wird bisweilen vorgeschlagen, eine an sich erforderliche Reform von § 5 TVG (Greiner et al. 2011) dadurch zu umgehen, dass die Verordnungsermächtigung nach § 7 AEntG für sämtliche tarifliche Regelungsgegenstände geöffnet wird. Weiterhin wird gefordert, in Anknüpfung an die frühere Rechtslage (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 AEntG 1996 und § 1 Abs. 1 AEntG 1998) auch allgemeinverbindliche Tarifverträge mit nur regionalem Geltungsbereich auf Entsendearbeit einzubeziehen und entsprechend Tarifverträge mit nur regionalem Geltungsbereich auch als Grundlage für eine Rechtsverordnung nach § 7 AEntG hinreichen zu lassen.

Schließlich wird gefragt, ob die auf Entsendearbeit erstreckten allgemeinverbindlichen Tarifträge oder Rechtsverordnungen, die sich gegenwärtig allein auf eine unterste Lohngruppe und in einigen Fällen noch eine zweite Lohngruppe für qualifizierte Arbeit beschränken (vgl. BMAS 2012), nicht stärker nach oben ausdifferenziert werden sollten bis hin zu vollständigen Tarifgittern. Umstritten ist dabei bereits, welche Ausdifferenzierung die geltenden Regelungen im Arbeitnehmer-Entsendegesetz erlauben. Nach § 5 Nr. 1 AEntG können die Mindestentgeltsätze „nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und Regionen differenzieren“. Die amtliche Gesetzesbegründung hielt insoweit fest, dass die Vorschrift keine Erstreckung eines gesamten Lohngitters ermögliche (BT-Drucksache 16/10486, S. 12). Allerdings gibt die Begründung keinen Aufschluss darüber, wo denn die Grenze zwischen einer zulässigen Ausdifferenzierung nach Tätigkeiten und einer unzulässigen Ausdifferenzierung in ein gesamtes Lohngitter verlaufen soll. Jedenfalls die moderne Tarifpraxis – anschaulich an den Leiharbeitsstarifen oder dem Entgelt-Rahmenabkommen in der Metallbranche – differenziert schließlich nahezu ausschließlich noch nach der Tätigkeit. Namentlich Seniorität oder Familienstand spielen keine Rolle mehr. Freilich sind die Tätigkeiten re-

gelmäßig mit dadurch charakterisiert, dass sie typischerweise bestimmte Qualifikationen erfordern, aber auch dies ist ein nach § 5 Nr. 1 AEntG zulässiges Kriterium. Insofern hat die vom historischen Gesetzgeber nach der amtlichen Begründung zu § 5 Nr. 1 AEntG offenbar intendierte Grenze zulässiger Ausdifferenzierung nicht nur im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, wie die Grenze gezogen werden sollte. Insofern ist davon auszugehen, dass nach der geltenden deutschen Rechtslage auch ganze Lohngitter auf Entsendearbeit zur Anwendung kommen können, sofern denn das Lohngitter allein auf den nach § 5 Nr. 1 AEntG zulässigen Kriterien beruht, also vor allem auf Tätigkeit und Qualifikation. Ob dieser Spielraum genutzt wird, hängt mithin an erster Stelle von den Tarifparteien ab, und zwar auch im Falle der tarifgestützten Rechtsverordnung nach § 7 AEntG. <sup>2</sup>

## 3. Vorgaben des Europarechts

### 3.1 Die Entsenderichtlinie als maßgeblicher Kontrollmaßstab

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass das Europarecht keine Vorgaben enthält für die Ausgestaltung des nur internen und also nicht auf Entsendearbeit angewandten Rechts der Mindestarbeitsbedingungen. Das bedeutet, dass die Reformdiskussion um eine Reform der Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG keinerlei europarechtliche Vorgaben berücksichtigen muss. Denn zumindest im Grundsatz gilt, dass Entsendearbeitsverhältnisse von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, die nicht dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz unterfallen, nicht erfasst werden (Rödl/Stumpf 2011, S. 28ff.).

Der Anwendungsbereich des Unionsrechts ist erst eröffnet, wenn die Mindestarbeitsbedingungen auch auf Entsendearbeit Anwendung finden. Ursprünglich war insoweit als Kontrollmaßstab allein die Dienstleistungsfreiheit (heute Art. 56 AEUV<sup>3</sup>) einschlägig. Diese ist für den Bereich der Entsendearbeit näher ausgestaltet worden durch die im Jahr 1996 verabschiedete Europäische Entsenderichtlinie 96/71/EG (im Folgenden: EntsendeRL). Die EntsendeRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen „harten Kern“ ihrer zwingenden Arbeitnehmerschutzbestimmungen auch auf Entsendearbeitsverhältnisse zu erstrecken. Definiert ist die-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu auch den Beitrag von Wolfgang Däubler in diesem Heft.

<sup>2</sup> Zur Zulässigkeit beschränkter Allgemeinverbindlicherklärung vgl. Wiedemann-Wank 2007, § 5 Rn. 57ff.

<sup>3</sup> AEUV = Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

ser Kern in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie materiell durch eine Aufzählung der maßgeblichen Regelungsgegenstände und prozedural durch seine Festlegung durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und im Bereich der Baubranche zusätzlich durch allgemeinverbindliche Tarifverträge.

Nun wird in der wissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion vielfach übersehen, dass in dieser gegebenen Regelungskonstellation für den Bereich der mitgliedstaatlichen Regelungen von Entsendearbeit der Kontrollmaßstab der EntsendeRL den Kontrollmaßstab der Dienstleistungsfreiheit abgelöst hat. Für diesen Bereich wird die Dienstleistungsfreiheit durch die EntsendeRL verbindlich ausgestaltet, soweit sie selbst abschließend ist. Die Dienstleistungsfreiheit greift nur noch insoweit, als die EntsendeRL den Mitgliedstaaten noch Gestaltungsspielräume lässt: Sofern die Mitgliedstaaten diese Spielräume nutzen wollen, haben sie weiterhin die Grundfreiheiten zu achten. Im Übrigen jedoch ist daneben kein Raum mehr für eine Kontrolle am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit (Rödl 2011; Preis/Temming 2006, S. 176ff.).

Viele politische Akteure und Beobachter waren ursprünglich davon ausgegangen, dass die EntsendeRL lediglich eine Mindestharmonisierung vollziehe, die es den Mitgliedstaaten weiterhin gestatte, über deren Regelungen hinauszugehen (Europäisches Parlament 2008, Ziff. 6, 12 und 19; Kokott 2009). Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat die EntsendeRL jedoch in der Entscheidung *Laval* (Rs. C-341/05), kurz darauf bestätigt in der Entscheidung *Rüffert* (Rs. C-346/06), als Maßnahme weitgehender Vollharmonisierung ausgelegt. Grundsätzlich dürfen die Mitgliedstaaten das für entsandte Arbeitnehmer greifende Schutzniveau nicht über das Maß hinaus verstärken, zu dem sie aufgrund der Richtlinie verpflichtet sind. Geringfügige Gestaltungsmöglichkeiten bestehen nur mehr nach Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie. Diese Interpretation der EntsendeRL als Vollharmonisierung ist auf scharfe Kritik gestoßen (vgl. die Beiträge in Scholz/Becker 2009 und in Fischer-Lescano et al. 2009). Aber darüber darf man die in rechtsdogmatischer Hinsicht wesentliche Konsequenz nicht übersehen: Der Dienstleistungsfreiheit kommt neben den abschließenden Regelungen der EntsendeRL keine rechtliche Bedeutung mehr zu. Nicht einmal im Rahmen einer primärrechtskonformen Auslegung kann die Dienstleistungsfreiheit zum Tragen kommen. Denn im Bereich der Grundfreiheiten kennt das Unionsrecht diese methodische Figur nicht (Rödl 2011, S. 296). Die verbreitete gegenteilige Annahme überträgt zumeist die Funktion der Grundrechte im staatlichen Verfassungsrecht als universale Kontrollnormen kurzerhand auf die Binnenmarktfreiheiten – und verkennt damit deren grundlegende begriffliche Differenz (Kingreen 2009).

## 3.2 Ausweitung des Anwendungsbereichs des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

### 3.2.1 Streichung der Begrenzung auf einzelne Branchen

Den richtigen Maßstab des Europarechts vor Augen lässt sich nun zunächst fragen, inwieweit dieses einer Öffnung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für alle Branchen entgegensteht. Dabei ist wieder zu unterscheiden: Zum ersten geht es um die Frage, ob aus europarechtlicher Sicht auch allgemeinverbindliche Tarifnormen in anderen als den in § 4 AEntG aufgezählten Branchen gemäß § 3 AEntG auf Entsendearbeit erstreckt werden dürften.

Diese Frage ist ohne Weiteres positiv zu beantworten: Die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie enthaltene Verpflichtung zur Erstreckung von allgemeinverbindlichen Tarifnormen auf Entsendearbeit bezieht sich zwar allein auf die Baubranche. Jedoch ist es den Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie freigestellt – hierin liegt eine der verbliebenen mitgliedstaatlichen Gestaltungsmöglichkeiten – andere Branchen (in der Richtlinie heißt es noch offener: „Tätigkeiten“) in den Anwendungsbereich des eigenen Entsenderechts einzubeziehen. Für zusätzlich einbezogene Branchen gelten dann die gleichen Maßgaben wie für die Baubranche, insbesondere darf der Mitgliedstaat nicht über das Schutzniveau der EntsendeRL hinausgehen. Diese Möglichkeit der Einbeziehung weiterer Branchen ist unbegrenzt. Eine Ausweitung der Erstreckungswirkung auf allgemeinverbindliche Tarifverträge aller Branchen ist mit der EntsendeRL vereinbar.

Die zweite Frage ist, ob das Europarecht entgegensteht, auch Tarifverträge in anderen als den in § 4 AEntG genannten Branchen zum Gegenstand einer Rechtsverordnung zu machen. Die Antwort ist dieselbe wie soeben, aber die Begründung ist technisch eine andere. Die EntsendeRL enthält keinerlei Vorgaben dazu, auf welcher inhaltlichen Grundlage der Mitgliedstaat gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen erlassen kann. Sie verlangt lediglich, dass *alle gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen*, sofern sie denn die in der EntsendeRL aufgezählten *Kernarbeitsbedingungen* betreffen, auch auf Entsendearbeit angewandt werden. Der bundesdeutsche Gesetzgeber ist also frei, die Verordnungsermächtigung in § 7 AEntG auf Tarifverträge aller Branchen auszudehnen. Und wenn er dies tut, ist er verpflichtet, auch die mit den Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG verbundene Erstreckung auf Entsendearbeit beizubehalten.

### 3.2.2 Öffnung von § 7 AEntG für sämtliche Regelungsgegenstände?

Die in der EntsendeRL enthaltene Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Normen des eigenen Arbeitsrechts auf Entsendearbeit zu erstrecken, besteht wie oben dargestellt nur für den in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie aufgezählten harten Kern von Arbeitnehmerschutzbestimmungen. Über dieses Schutzniveau darf der Mitgliedstaat grundsätzlich ►

nicht hinausgehen. Eine Ausnahme hierzu enthält Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie, der die Erstreckung weiterer Mindestarbeitsbedingungen erlaubt, sofern sie in den „Bereich der öffentlichen Ordnung“ zählen. Nach der Ansicht des EuGH, die er in der Entscheidung *Kommission vs. Luxemburg* (Rs. C 319/06) ausgesprochen hat, ist diese Öffnung jedoch eng auszulegen. Es müsse sich um Vorschriften handeln, deren Einhaltung „nach ihrer Art und ihrem Ziel den zwingenden Erfordernissen des öffentlichen Interesses gerecht werden“. Diese Voraussetzung erfüllen tarifliche Normen zu den üblichen Regelungsgegenständen in aller Regel nicht. Darum steht die EntsendeRL einer Neuregelung entgegen, mit der eine Rechtsverordnung, die Normen zu anderen als den in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie genannten Gegenständen enthielte, auf Entsendearbeit erstreckt würde.

Freilich hindert diese unionsrechtliche Vorgabe den deutschen Gesetzgeber nicht daran, zu differenzieren. Es wäre aus Sicht des Europarechts ohne Weiteres zulässig, die Verordnungsermächtigung in § 7 AEntG auf sämtliche tarifliche Regelungsgegenstände auszuweiten.<sup>6</sup> Denn wie oben festgehalten findet die EntsendeRL auf das nur intern wirkende Recht der Mindestarbeitsbedingungen keine Anwendung. Europarechtlich geboten ist es allein, im Falle einer solchen Erweiterung die Anwendung der Rechtsverordnungen auf Entsendearbeit auf die in § 5 AEntG aufgezählten (und im Einklang mit Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie stehenden) Regelungsgegenstände zu beschränken.

#### 4. Die Einbeziehung von Tarifverträgen mit regionalem Geltungsbereich

Seit seiner Novellierung im Jahr 2009 begrenzt das Arbeitnehmer-Entsendegesetz die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifnormen auf solche mit bundesweitem Geltungsbereich, und auch nur solche Tarifverträge können die Grundlage einer Verordnung nach § 7 AEntG bilden. Allerdings lässt das Gesetz nach § 5 Nr. 1 AEntG zu, dass innerhalb des bundesweiten Geltungsbereichs regional differenziert wird. Da gegenwärtig die erneute Einbeziehung regionaler Tarifverträge vorgeschlagen wird, ist zu klären, welche Vorgaben das Europarecht mit der EntsendeRL in diesem Zusammenhang enthält. Mit Blick auf den Vollharmonisierungscharakter der EntsendeRL ist allem voran zu überprüfen, ob nicht sogar eine Pflicht zur Einbeziehung von regionalen Tarifverträgen besteht.

##### 4.1 Auslegung der Entsenderichtlinie

Die zentrale Vorschrift in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass die mitgliedstaatliche Verpflichtung zur Erstreckung von gesetzlichen oder allgemeinverbindlichen tariflichen Mindestarbeitsbedingungen auf Entsendearbeit nur für Bedingungen gelten soll, deren Gel-

tungsbereich dem Territorium des Mitgliedstaats entspricht. Zwar ist in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie die Rede von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen „die in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird, [...] festgelegt sind“. Doch die Maßgabe „in dem Mitgliedstaat“ bedeutet nicht, dass es sich um Bedingungen handeln müsste, deren räumlicher Geltungsbereich dem mitgliedstaatlichen Territorium entspricht. Hätte man diese Anforderung zum Ausdruck bringen wollen, hätte man wenigstens anstelle der Präposition „in“ die Präposition „für“ einsetzen müssen, also von Bedingungen sprechen müssen, die „für den Mitgliedstaat“ festgelegt sind. In dieser Formulierung wäre die Auslegung der Maßgabe wenigstens zweifelhaft gewesen. So aber ist vom Wortlaut her eindeutig, dass es lediglich um Bedingungen geht, die zur internen Arbeitsrechtsordnung des Mitgliedstaates gehören. Auf deren räumliche Reichweite innerhalb dieser Ordnung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Einen positiven Anhaltspunkt für die Einbeziehung regionaler Tarifverträge ergibt sich aus Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie. Dort wird der Begriff des „für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages“ legal definiert. Anders als in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie wird an dieser Stelle der Aspekt des räumlichen Geltungsbereichs ausdrücklich angesprochen. Es heißt da, unter allgemeinverbindlichen Tarifverträgen seien solche zu verstehen, die „von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen“ einzuhalten sind. Das Merkmal der Allgemeinverbindlichkeit setzt also voraus, dass der fragliche Tarifvertrag auf alle Unternehmen angewandt wird, die in seinen räumlichen und branchenmäßigen Geltungsbereich fallen. Der räumliche Geltungsbereich wird an dieser Stelle allerdings nicht mit dem mitgliedstaatlichen Territorium identifiziert. Die Rede ist vom „jeweiligen geographischen Bereich“ der Tarifverträge. Diese Formulierung impliziert, dass die Tarifverträge unterschiedliche räumliche Geltungsbereiche haben können. Damit ist aber klar, dass sie nicht alle denselben räumlichen Geltungsbereich, nämlich den des mitgliedstaatlichen Territoriums, haben müssen.

Aus Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie lässt sich also ableiten, dass keine besonderen Anforderungen an den räumlichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages gestellt werden. Es sind weder Grund noch Anhaltspunkt in der EntsendeRL ersichtlich, dass für gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen etwas anderes gelten sollte. Weder für allgemeinverbindliche noch für gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen setzt die EntsendeRL also einen Geltungsbereich voraus, der mit dem Territorium des Mitgliedstaates identisch wäre.

<sup>6</sup> Verfassungsrechtliche Vorbehalte mit Blick auf Art. 80 GG sind an dieser Stelle nicht zu behandeln (vgl. dazu Ossenhühl/Cornils 2000).

Eine zusätzliche Bedingung muss freilich erfüllt sein. Wird ein Tarifvertrag mit lediglich regionalem Geltungsbereich auf Entsendearbeit erstreckt, dann darf das nicht dazu führen, dass dieser zwar von den ausländischen Unternehmen, nicht aber von inländischen Unternehmen mit Betrieben im Inland, aber außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des regionalen Tarifvertrages einzuhalten ist. Gegenüber Letzteren wären die ausländischen Unternehmen dann nämlich unzulässig benachteiligt. Doch diese Bedingung ist notwendig erfüllt. Stellt der Tarifvertrag, wie es bei den Tarifverträgen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz stets der Fall ist, für den räumlichen Geltungsbereich auf die Arbeitsort ab, unterliegen ihm auch die inländischen Unternehmen, deren Betrieb außerhalb des regionalen Geltungsbereichs liegt. Stellt der Tarifvertrag wie ansonsten üblich auf die Lage des Betriebes ab, findet er trotz Erstreckung auch auf die ausländischen Unternehmen gemäß § 3 AEntG gleichwohl keine Anwendung – so merkwürdig das dem Laien erscheinen muss. Denn die gesetzliche Erstreckung der Tarifnorm auf Entsendearbeit vermag nichts an ihrem räumlichen Geltungsbereich zu ändern, wie ihn der Tarifvertrag selbst festlegt.

#### 4.2 Europarechtliche Pflicht zur Einbeziehung regionaler AVE-Tarifverträge

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie enthaltene Verpflichtung des Mitgliedstaates, allgemeinverbindliche Tarifverträge der Baubranche über Kernarbeitsbedingungen auf Entsendearbeit zu erstrecken, auch für regionale Tarifverträge greift. Insoweit ist die gegenwärtig diskutierte künftige Einbeziehung regionaler Tarifverträge nicht etwa europarechtlich bloß zulässig, sondern sie ist schon gegenwärtig verpflichtend. Das gegenläufige Erfordernis eines bundesweiten Geltungsbereichs in § 3 AEntG steht insofern mit Bezug auf allgemeinverbindliche Tarifverträge der Baubranche nicht im Einklang mit der EntsenderRL und verstößt darum gegen Europarecht.

Wie bereits dargestellt, hat der deutsche Gesetzgeber von der Möglichkeit nach Art. 3 Abs. 10 Gebrauch gemacht und neben der Baubranche weitere Branchen in sein Entsenderecht einbezogen. Fraglich ist daher, ob er sich dabei auf Tarifverträge mit bundesweiter Geltung für das gesamte mitgliedstaatliche Territorium beschränken durfte. Vom Wortlaut her erlaubt Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie dem Mitgliedstaat nur die Ergänzung weiterer Branchen, nicht aber eine Eingrenzung der maßgeblichen Tarifverträge. Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie nimmt auf die Vorschrift in Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie Bezug, aus der sich gerade die Maßgeblichkeit auch regionaler Tarifverträge ergibt. Den Gehalt dieser Vorschrift stellt Art. 3 Abs. 10 der Richtlinie gerade nicht in den Gestaltungsspielraum des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers. Insofern verstößt die nach § 3 AEntG geltende Anforderung eines Tarifvertrages mit bundesweitem Geltungsbereich auch mit Bezug auf die übrigen Branchen gegen die EntsenderRL.

Anderes gilt für die Rechtsverordnung nach § 7 AEntG. Zwar kann diese nur auf der Basis eines bundesweiten Tarifvertrages erlassen werden. Aber es wäre verfehlt, aus der EntsenderRL die Verpflichtung ableiten zu wollen, dass auch regionale Tarifverträge zum Gegenstand einer Rechtsverordnung werden können. Vielmehr gilt erneut: Die EntsenderRL enthält zur Genese mitgliedstaatlicher Mindestlohngesetzgebung keinerlei Vorgaben. Die EntsenderRL ordnet nur an, dass vorhandene Gesetzgebung über Kernarbeitsbedingungen auf Entsendearbeit erstreckt werden muss. Wenn ein Mitgliedstaat entscheidet, gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen stets nur mit einem dem mitgliedstaatlichen Territorium entsprechenden Geltungsbereich zu erlassen, dann ist dies aus Sicht der EntsenderRL nicht zu beanstanden. Im Zusammenhang mit der Verordnungsermächtigung nach § 7 AEntG steht darum das Erfordernis eines bundesweiten Geltungsbereichs des zugrunde liegenden Tarifvertrages im Einklang mit dem Europarecht. Andererseits wäre es aus unionsrechtlicher Sicht ebenso zulässig, regionale Tarifverträge zum Gegenstand einer Rechtsverordnung zu machen. Wenn dies aber geschieht, dann verpflichtet die EntsenderRL den Mitgliedstaat dazu, diese Regelungen auch auf Entsendearbeit anzuwenden.

## 5. Lohngitter als „Mindestlohnsätze“ im Sinne der Entsenderichtlinie

Zum harten Kern der Mindestarbeitsbedingungen, den die Mitgliedstaaten auf Entsendearbeit zur Anwendung bringen müssen, sofern diese im internen Recht gesetzlich oder allgemein-tarifvertraglich geregelt sind, gehören nach Art. 3 Abs. 1 lit. c) der Richtlinie „Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze“ unter Ausschluss zusätzlicher betrieblicher Altersversorgungssysteme. Da es den Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht erlaubt ist, über den Schutz hinauszugehen, zu dem sie die Richtlinie verpflichtet, hängt für die Frage nach der zulässigen Ausdifferenzierung der Lohnsätze alles von der Bedeutung des Ausdrucks „Mindestlohnsätze“ ab.

### 5.1 Auslegung des Begriffs „Mindestlohnsätze“ nach der Entsenderichtlinie

#### 5.1.1 Begriffsbestimmung durch den Mitgliedstaat?

Einige Autoren stellen in diesem Zusammenhang auf Art. 3 Abs. 1 EntsenderRL ab, in dem es heißt, der Begriff der Mindestlöhne werde „durch die Rechtsvorschriften und/oder Praktiken“ des regelnden Mitgliedstaates bestimmt (Sithard 2010, S. 337f.; Velikova 2011, S. 237f.). Daraus wird dann abgeleitet, dass dem Mitgliedstaat auch das Maß der Ausdifferenzierung weitgehend frei stehe. Der eigentliche ►

Sinn der Vorschrift ist jedoch ein anderer. Es geht um die Bestandteile der Leistungen der Arbeitgeber, die den Mindestlohnsatz ausmachen (dazu Ulber 2009, § 5 Rn. 5). So bleibt es jedem Mitgliedstaat überlassen, ob Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen zum Mindestlohnsatz oder der Verzugslohn dazu zählen (vgl. Deckers 2008; rechtsvergleichend van Hoek/Houwerzijl 2011, S. 191f.). Für die Frage nach dem Maß zulässiger Ausdifferenzierung des Lohnsatzes trägt die Vorschrift mithin nichts bei.

### 5.1.2 „Mindestlohnsätze“ nur zur Sicherung des Existenzminimums?

Ursprünglich wurde die Auffassung vertreten, der Ausdruck Mindestlohnsätze bezeichne allein solche Lohnsätze, die im jeweiligen Mitgliedstaat das soziale Existenzminimum sichern (Konzen 2002, S. 783). Diese Auffassung war mutmaßlich durch den Sprachgebrauch in der deutschen öffentlichen Diskussion motiviert, in der vielfach von Tariflöhnen einerseits und einem gesetzlichen Mindestlohn zur Existenzsicherung andererseits die Rede war. Dieses Verständnis war freilich nicht damit vereinbar, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie von „Mindestlohnsätzen“ im Plural spricht (Preis/Temming 2006, S. 184). Demgegenüber kann der in Bezug auf einen Mitgliedstaat Existenz sichernde Mindestlohn an sich nur ein einziger sein.

Diesem Einwand entgehen diejenigen Autoren, die von einer politischen Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien über die notwendige Höhe des Existenzminimums ausgehen (Kocher 2007). Diese autonomieschonende Einschätzungsprärogative kann sich dann folgerichtig in unterschiedlichen existenzsichernden Mindestlohnsätzen niederschlagen, was den Plural der „Mindestlohnsätze“ zu erklären vermag. Doch lassen sich der EntsendeRL keine Anhaltspunkte entnehmen, die für eine entsprechende Auslegung sprechen. Weder gibt es einen Beleg für die Bindung von Mindestlohnsätzen an das Niveau der Existenzsicherung, noch gibt es ein Indiz dafür, dass sich der europäische Gesetzgeber die anspruchsvolle Idee einer Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien zu eigen machen wollte.

## 5.2 Auch nach EuGH: Keine unionsrechtliche Grenze der Lohndifferenzierung

Entsprechend ist der Rechtsprechung des EuGH keine Bindung von Mindestlohnsätzen an das Niveau der Existenzsicherung zu entnehmen. Dessen ungeachtet soll sich aber aus seiner Rechtsprechung doch ergeben, dass die EntsendeRL der Einbeziehung vollständiger Lohngitter entgegensteht. Als Beleg für diese Auffassung wird vielfach die Entscheidung in der Rechtssache *Kommission vs. Luxemburg* (C-319/06) zitiert (Schlachter § 5 AEntG Rn. 2, in: Dieterich et al. 2012).

### 5.2.1 Entscheidung *Kommission vs. Luxemburg*

In dieser Entscheidung hatte der EuGH das luxemburgische Recht der Arbeitnehmerentsendung auf seine Vereinbarkeit mit der EntsendeRL zu überprüfen. Das luxemburgische Entsendegesetz erstreckte unter anderem diejenigen Rechtsvorschriften auf Entsendearbeit, die den Bereich der automatischen Anpassung der Entlohnung an die Entwicklung der Lebenshaltungskosten betreffen. Der EuGH entschied, dass diese Vorschrift nicht von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie gedeckt sei, und zwar aus dem Grund, dass sich die automatische Lohnanpassung auf sämtliche Löhne und nicht nur auf Mindestlöhne bezog. Dies hatte Luxemburg jedoch an sich auch nicht bestritten. Vielmehr hatte es sich auf eine extensive Auslegung stützen wollen, der zufolge es die Vorschrift – in der Wiedergabe des Vortrags durch den EuGH – „dem Aufnahmestaat implizit gestatte“, den Entsendeunternehmen „die Einhaltung seines Lohnfestlegungssystems insgesamt vorzuschreiben“.

Diese dezidiert *extensive* Auslegung des Ausdrucks „Mindestlohnsätze“ hat der EuGH zurückgewiesen. Dem ist für die Wortlaut-Auslegung des Ausdrucks zunächst einmal überhaupt nichts zu entnehmen (ebenso Sitthard 2010, S. 338). Freilich kann man fragen, ob damit nicht zugleich implizit eine Begrenzung der Ausdifferenzierung in Lohngitter ausgesprochen ist – und die Entscheidung ist offenbar vielfach so verstanden worden, als sei die Frage zu bejahen. Dass die Frage tatsächlich zu verneinen ist, wird deutlich, wenn man sich den tragenden Grund der Beurteilung durch den EuGH vor Augen führt. Die luxemburgische Regelung zur automatischen Lohnanpassung regelt einen Modus zur Erhöhung der Löhne. Die Erhöhung erfolgt ungeachtet der Ausdifferenzierung der Löhne, insofern trägt die Regelung selbst nicht eigenständig zur Ausdifferenzierung bei. Den unionsrechtlichen Stein des Anstoßes bildete auch nicht die automatische Lohnanpassung an sich, sondern der Umstand, dass die Regelung sämtliche Löhne erfasste, also auch solche, die nicht in Rechtsvorschriften oder allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgelegt sind. Auch das Entgelt des entsandten Bauleiters mit individuell vereinbarter außertariflicher Entlohnung war demnach anzupassen gewesen und ebenso ein im Herkunftsland tarifierter Lohn, der über den nach luxemburgischem Entsenderecht anzuwendenden Lohnsätzen lag. Eine solche Regelung aber gestattet die EntsendeRL in der Tat nicht. Insofern ist der Entscheidung gerade nicht zu entnehmen, dass der Ausdruck Mindestlohnsätze in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie einer Erstreckung ausdifferenzierter Lohngitter entgegensteht.

### 5.2.2 Entscheidung *Rüffert*

Ein weiteres Indiz zur Auslegung ist der Entscheidung *Rüffert* zu entnehmen (Rs. C-346/06). Hier hatte der EuGH die Vereinbarkeit des niedersächsischen Tariftrüegegesetzes mit der EntsendeRL zu beurteilen, welches bei öffentlichen Auf-

trägen den ausführenden Unternehmen unabhängig von ihrem Sitz auferlegte, die zur Auftragsbefreiung eingesetzten Beschäftigten nach den örtlichen (und nicht allgemeinverbindlichen) Baurtarifverträgen zu entlohnen. Die niedersächsischen Baurtarifverträge waren freilich nicht bloß Mindestlohntarifverträge, sondern enthielten ein Tarifgitter mit der für den Baurbereich üblichen Ausdifferenzierung. Würde nun der Ausdruck „Mindestlohnsätze“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie dem entgegenstehen, ausländischen Unternehmen die Anwendung von umfassenden Lohnzetteln vorzuschreiben, dann hätte der EuGH sich auch auf diesen Aspekt stützen können. Dieser Aspekt hätte die Wertung des Tarifvertragsrechts als Unionsrechtsverstoß selbstständig getragen. Es hätte sich für den EuGH darum angeboten, seine absehbar höchst umstrittene Entscheidung<sup>5</sup> zusätzlich hierauf zu stützen. Tatsächlich aber hat der EuGH diesen Punkt nicht einmal am Rande angesprochen, sondern sich ausschließlich darauf bezogen, dass die Verbindlichkeit der Tarifverträge nicht wie von der EntsendeRL verlangt auf ihrer Allgemeinverbindlichkeit beruht. Die argumentative Unterlassung seitens des EuGH lässt sich am besten damit erklären, dass dieser eben nicht davon ausgeht, dass die Richtlinie das Maß der zulässigen Ausdifferenzierung der Lohnskala begrenzt.

Da sich folglich weder aus dem Wortlaut noch aus der Rechtsprechung des EuGH eine Grenze zulässiger Ausdifferenzierung der auf Entsendearbeit erstreckten Mindestlöhne entnehmen lässt, ist im Ergebnis davon auszugehen, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie einer Erstreckung ganzer Lohnzettel nicht entgegensteht.

## 6. Zusammenfassung

Für die gegenwärtige Diskussion um die Reform der Regelung von Mindestarbeitsbedingungen sind Vorgaben des Unionsrechts zu beachten, soweit allgemeinverbindliche oder gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen auch auf Entsendearbeit erstreckt werden. Für Mindestarbeitsbedingungen mit lediglich interner Reichweite enthält das Unionsrecht keine Vorgaben.

Als unionsrechtlicher Kontrollmaßstab ist im Wesentlichen die EntsendeRL einschlägig. Soweit diese als Maßnahme der Vollharmonisierung des mitgliedstaatlichen Entsenderechts abschließende Regelungen enthält, kommt die Dienstleistungsfreiheit daneben nicht zum Tragen.

Die EntsendeRL erlaubt dem deutschen Gesetzgeber eine Öffnung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für alle Branchen. In Bezug auf die auf Entsendearbeit erstreckbaren Arbeitsbedingungen sind die Vorgaben der EntsendeRL hingegen abschließend. Insofern darf namentlich die Verordnungsmächtigung nach § 7 AEntG nicht zum Zwecke ihrer weiteren Annäherung an die Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG für sämtliche tariflichen Regelungsgegenstände geöffnet werden, es sei denn, die Erstreckung auf Entsendearbeit würde für die zusätzlichen Regelungsgegenstände unterbleiben.

Die EntsendeRL erlaubt nicht nur, sondern sie verpflichtet die Bundesrepublik dazu, über den geltenden § 3 AEntG hinaus auch solche allgemeinverbindlichen Tarifverträge auf Entsendearbeit zu erstrecken, die lediglich

einen regionalen Geltungsbereich haben. Sofern der deutsche Gesetzgeber sich daneben – insoweit frei von unionsrechtlichen Vorgaben – dazu entschließt, auch regionale Tarifverträge zur Grundlage von gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen in Gestalt von Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG zu machen, verpflichtet die EntsendeRL, diese ebenfalls auf Entsendearbeit zu erstrecken.

Schließlich sind die Tarifparteien nach der EntsendeRL (und auch nach deutschem Recht) frei, ganze Lohnzettel zu vereinbaren, die anschließend aufgrund von Allgemeinverbindlicherklärung oder kraft Rechtsverordnung auf Entsendearbeit erstreckt werden sollen. Die EntsendeRL begrenzt das Entsenderecht weder auf Lohnsätze zur Sicherung des Existenzminimums noch enthält es eine andere Grenze zulässiger Ausdifferenzierung in Lohnzetteln. ■

## LITERATUR

- Bruun, N./Jacobs, A.** (2008): Das ILO-Übereinkommen 94 am Morgen nach Ruffert, in: *Arbeit und Recht* 56 (12), S. 417–423
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS)** (2012): Mindestlöhne im Sinne des Arbeitnehmerentsendegesetzes und Lohnuntergrenze nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, verfügbar unter <http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/pr-mindestloehne-aentg-uebersicht.html> (letzter Zugriff: 06.06.2012)
- Deckers, S.** (2008): Der Mindestentgeltbegriff in § 1a AEntG, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 25 (6), S. 321–325
- Dieterich, Th./Hanau, P./Schaub, G.** (Hrsg.) (2012): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 12. Auflage, München
- Europäisches Parlament** (2008): Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. Oktober 2008 zu den Herausforderungen für Tarifverträge in der EU (2008/2085[INI]), verfügbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0513&language=DE&ring=A6-2008-0370> (letzter Zugriff: 06.06.2012)
- Fischer-Lescano, A./Rödl, F./Schmid, Ch. U.** (Hrsg.) (2009): *Europäische Gesellschaftsverfassung*, Baden-Baden
- Greiner, St./Hanau, P./Preis, U.** (2011): Die Sicherung der Allgemeinverbindlichkeit bei gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Rechtsgutachten auf Ersuchen der SOKA-Bau, (nicht veröffentlicht)
- Hoek, A. van/Houwerzijl, M.** (2011): Comparative Study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union, to the European Commission, verfügbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471> (letzter Zugriff: 12.06.2012)
- Kingreen, T.** (2009): Grundfreiheiten, in: Bogdandy, A. von/Bast, J. (Hrsg.): *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin/Heidelberg, S. 705–748
- Koberski, W./Asshoff, G./Hold, D.** (2002): *Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, 2. Auflage, München
- Kocher, E.** (2007): Mindestlöhne und Tarifautonomie, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 24 (11), S. 600–604
- Konzen, H.** (2002): Europäische Dienstleistungsfreiheit und nationaler Arbeitnehmerschutz, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 19 (14), S. 781–783
- Kokott, J.** (2009): Die Auslegung der Entsenderrichtlinie in den Entscheidungen Laval und Ruffert, in: Scholz, O./Becker, U. (Hrsg.): *Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten*, Baden-Baden, S. 165–172
- Ossenbühl, F./Cornils, M.** (2000): Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, Rechtsgutachten, erstattet dem Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bonn
- Preis, U./Temming, F.** (2006): Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts, Frankfurt a. M.

<sup>5</sup> Die Entscheidung erging zum einen gegen das Votum des Generalanwalts, zum anderen steht sie im Widerspruch zu der für einige Mitgliedstaaten verbindlichen ILO-Konvention Nr. 94 (Bruun/Jacobs 2008).

**Rödl, F.** (2011): Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 14 (8), S. 292–296

**Rödl, F./Stumpf, F.** (2011): Einfallstore transnationaler Lohnkonkurrenz, Auswirkungen des europäischen Verbots der „Diskriminierung EU-ausländischer Tarifverträge“ im deutschen Arbeitsrecht, Hans-Böckler-Stiftung, HBS-Arbeitspapier Tarifpolitik und Verteilung (219), Düsseldorf

**Scholz, O./Becker, U.** (Hrsg.) (2009): Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten, Baden-Baden

**Sitthard, U.** (2010): Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, München

**Ulber, J.** (2009): Arbeitnehmerentsendegesetz, Frankfurt a. M.

**Velikova, S.** (2011): Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, Baden-Baden

**Wiedemann, H.** (Hrsg.) (2007): Tarifvertragsgesetz, 7. Auflage, München

#### AUTOR

**FLORIAN RÖDL**, Dr. M.A., Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“. Arbeitsschwerpunkte: Privatrechtstheorie, post-nationale Verfassungstheorie, Internationales Privatrecht, Arbeitsbeziehungen in Europa.

@ florian.roedl@normativeorders.net