

WTS Legal Newsletter

Global Expatriate Services

Überarbeitung Arbeitnehmerentsendegesetz - Bundesregierung legt Gesetzesentwurf vor

Liebe Leserin, lieber Leser,

am 28. Juni 2018 ist die Richtlinie (EU) 2018/957 in Kraft getreten und ist von den EU-Mitgliedsstaaten bis zum 30. Juli 2020 in nationales Recht umzusetzen. Im November 2019 wurde ein Referentenentwurf vorgelegt, der aufzeigt, wie die Bundesregierung die weitreichenden Änderungen aus der Richtlinie durch eine umfassende Änderung und Erweiterung des Arbeitnehmerentsendegesetzes umsetzen möchten. Seit dem 12.02.2020 liegt nunmehr ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung vor, der weitestgehend – aber nicht vollständig - mit dem Referentenentwurf übereinstimmt.

Dies wird zu tiefgreifenden Änderungen für alle ausländischen Arbeitgeber mit in Deutschland tätigen Arbeitnehmer führen. Inwieweit im Gesetzgebungsverfahren hieran noch Änderungen erfolgen werden, ist zu beobachten.

Mit freundlichen Grüßen

WTS Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH



München

Otfried Böhmer

Director
Rechtsanwalt
Telefon +49 (0) 89 28646 2658
otfried.boehmer@wts-legal.de



Frankfurt

Frank Dissen

Partner
Rechtsanwalt, Steuerberater
Telefon +49 (0) 69 1338456 52
frank.dissen@wts-legal.de

1. Für wen gelten die (Neu-)Regelungen?

Das Arbeitnehmerentsendegesetz gilt für alle deutschen und ausländischen Arbeitgeber (unabhängig davon, ob sie in einem EU- oder Drittstaat sitzen). Erfasst werden alle Arbeitnehmer, die in Deutschland beschäftigt werden, auch Leiharbeiter. Das Arbeitnehmerentsendegesetz ordnet an, dass näher bestimmte Mindestarbeitsbedingungen zwingend auf die in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer deutscher und ausländischer Arbeitgeber Anwendung finden.

Dies gilt allerdings nur für die Mindestarbeitsbedingungen, die in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder in bestimmten für allgemeinverbindlich erklärten bzw. die durch eine Rechtsverordnung erweiterten Tarifverträge bundesweit gültig sind.

Dies ist nicht neu. Neu ist jedoch, dass zukünftig bundesweite allgemeinverbindliche Tarifverträge nicht mehr nur im Baugewerbe, sondern **in allen Branchen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz** auf ausländische Arbeitgeber Anwendung finden, wenn sie Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigen.

Außerdem finden solche allgemeinverbindlichen Tarifverträge künftig nicht nur hinsichtlich Mindestentgeltsätzen, sondern hinsichtlich aller Entlohnungsbedingungen im Rahmen des Arbeitnehmerentsendegesetzes Anwendung.

Des Weiteren werden in § 24 des Gesetzesentwurfs eine Vielzahl von Tätigkeiten vom Geltungsbereich des Arbeitnehmerentsendegesetzes für **ausländische** Arbeitgeber ausgenommen. Dies sind die folgenden:

- Arbeitnehmer, die im Rahmen eines Liefervertrags unerlässliche **Erstmontage- oder Einbauarbeiten** durch Facharbeiter oder angeleitete Arbeiter des Lieferunternehmens erbringen und die Dauer der Beschäftigung in Deutschland **8 Tage innerhalb eines Jahres** nicht übersteigt;
- Arbeitnehmer und Leiharbeiter, die von ausländischen Arbeitgebern vorübergehend in Deutschland beschäftigt werden und ohne im Inland Werk- oder Dienstleistungen für ihren Arbeitgeber gegenüber Dritten zu erbringen
 - für ihren Arbeitgeber Besprechungen oder Verhandlungen im Inland führen, Vertragsangebote erstellen oder Verträge abschließen,
 - als Besucher an einer Messeveranstaltung, Fachkonferenz oder Fachtagung teilnehmen (nicht: Messebauer!)
 - für ihren Arbeitgeber einen Unternehmensteil gründen
 - als Fachkräfte eines international tätigen Konzerns oder Unternehmens zum Zweck der betrieblichen Weiterbildung im inländischen Konzern- oder Unternehmensteil beschäftigt werden.

Vorübergehend ist dabei eine Beschäftigung, in den ersten vier Fällen, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr als vierzehn Tage ununterbrochen und nicht mehr als dreißig Tage innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten im Inland tätig ist.

2. Ausweitung des Katalogs anwendbarer Vorschriften

Nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz gelten bestimmte, näher definierte Arbeitsbedingungen auch für in Deutschland tätige Arbeitnehmer ausländischer Arbeitgeber, soweit sie in Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen bzw. durch Rechtsverordnung erweitert anwendbaren Tarifverträgen geregelt sind. Dieser Katalog wird wesentlich erweitert und gilt potentiell für alle aus dem Ausland nach Deutschland geschickten Arbeitnehmer (Inbounds).

2.1. Entgelt

Eine wesentliche Änderung, die durch die EU-Richtlinie und den Gesetzesentwurf vorgesehen ist, ist, dass zukünftig ausländische Arbeitgeber für ihre in Deutschland tätigen Arbeitnehmer nicht nur einen gesetzlichen oder allgemeinverbindlichen tariflichen **Mindestlohn** zu zahlen hat, sondern - wesentlich weiter - die **komplette Entlohnung einschließlich der Überstundensätze**.

Entlohnung sind nach der gesetzlichen Definition

- alle Vergütungsbestandteile
- in Geld oder als Sachleistung
- die der Arbeitnehmer
- von seinem Arbeitgeber
- für die geleistete Arbeit erhält.

Beispiele sind etwa

- Grundvergütung, einschließlich Entgeltbestandteilen, die an die Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung der Arbeitnehmer und die Region anknüpfen,
- Zulagen
- Zuschläge
- Gratifikationen
- Überstundensätze
- sowie Regelungen zur Fälligkeit solcher Ansprüche.

Nicht umfasst sollen allerdings sein Arbeitgeberleistungen, die nicht Austausch für die Arbeitsleistung, sondern nur anlässlich des Arbeitsverhältnisses gewährt werden, z.B. Zugang zu Sozialeinrichtungen (Kantine, Firmenparkplatz), oder Leistungen Dritter.

Ebenfalls aus dem Entlohnungsbegriff ausdrücklich ausgeschlossen ist die **betriebliche Altersvorsorge**.

Derzeit existieren in Deutschland keine über Mindestentgeltsätze hinausgehende, auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften beruhende Entlohnungs-Bedingungen.

Diese Neuerung wird in Deutschland daher voraussichtlich auch zukünftig nur über allgemeinverbindliche Tarifverträge umgesetzt werden; eine Erstreckung von Tarifverträgen auf ausländische Arbeitnehmer durch eine Rechtsverordnung wird in dem Gesetzesentwurf ausgeschlossen. Wichtig ist dabei in diesem Zusammenhang eine Ein-

schränkung, die in dem Gesetzesentwurf vorgesehen ist: nach dieser dürfen zwar wie bisher Tarifverträge über Mindestlöhne für allgemeinverbindlich erklärt werden. Jedoch wird die Differenzierung nach Art der Tätigkeit und Qualifikation auf 3 Stufen begrenzt. D.h. die Regelung eines noch umfassenderen Lohngitters ist danach nicht zulässig.

2.2. Erstattung von Reise- und Unterbringungskosten, Verpflegungsmehraufwendungen

In den Katalog wurde weiter aufgenommen die Verpflichtung des ausländischen Arbeitgebers, an seinen Arbeitnehmer gesetzlich oder in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag geregelte Erstattung von Reisekosten, Unterbringungskosten und Verpflegungskosten zu zahlen. Nach der gesetzlichen Definition gilt dies für alle Dienstreisen zum inländischen Arbeitsort und Dienstreisen innerhalb Deutschlands. Eine deutsche gesetzliche Regelung, die in diesem Zusammenhang Anwendung findet, ist der Aufwanderstattungsanspruch nach § 670 Bürgerliches Gesetzbuch.

2.3. Entsendezulagen

Oftmals erhalten Arbeitnehmer, die von ihren (ausländischen) Arbeitgebern entsandt werden, eine Zulage (Entsendezulage). Nicht erfasst sind Zulagen, die aus anderen Gründen gewährt werden (z.B. Erschwerniszulage, Gefahrenzulage, Feiertagszulage).

Nach § 2b des Gesetzesentwurfs wird diese auf die Mindestentlohnung (vgl. Ziff. 1.1.) angerechnet. Dies soll jedoch nicht gelten, wenn die Entsendezulage keine Vergütung für die Arbeitsleistung ist, sondern ein Ausgleich von Entsendekosten darstellt, insbesondere Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten.

Wenn sich aus den anwendbaren Arbeitsbedingungen nicht ergibt, welche Bestandteile einer Entsendezulage der Erstattung von Kosten und welche der Entlohnung dienen, so sieht der Gesetzesentwurf jetzt eine **unwiderlegbare Vermutung** vor, dass die gesamte Entsendezulage der Kostenerstattung dient, mithin nicht auf die in Ziff. 1.1. dargestellte Mindestentlohnung anrechenbar ist.

Von daher empfiehlt es sich, den Zweck einer solchen Entsendungszulage zukünftig näher zu definieren, um eine Anrechenbarkeit zu gewährleisten.

2.4. Unterkünfte

Neu in den Katalog werden aufgenommen Anforderungen an die Unterkünfte von Arbeitnehmern, wenn sie vom ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt eingesetzt werden, die von den Arbeitgebern unmittelbar oder mittelbar, entgeltlich oder unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Gesetzlich näher bestimmt sind diese Anforderungen an die Unterkünfte in der Arbeitsstättenverordnung. Diese Anforderungen können ebenfalls über allgemeinverbindliche Tarifverträge bzw. durch eine Rechtsverordnung auf in Deutschland tätige Arbeitnehmer ausländischer Arbeitgeber erstreckt werden.

2.5. Darstellung auf nationaler Website

Nach der Richtlinie sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, die insoweit geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auf einer einzigen offiziellen nationalen Website unverzüglich und transparent zu veröffentlichen. Dies wird in Deutschland voraussichtlich die Homepage der Zollverwaltung sein.

3. Langzeitentsendung ausländischer Arbeitgeber

3.1. Anwendung aller Arbeitsbedingungen ab 12 Monaten

Eine ganz zentrale Neuerung sind die Regelungen für Langzeitentsendungen. Beschäftigt ein ausländischer Arbeitgeber einen Arbeitnehmer für mehr als zwölf Monate in Deutschland, finden nach **zwölf Monaten Beschäftigungsdauer in Deutschland** zusätzlich zu den erwähnten Mindestarbeitsbedingungen alle Arbeitsbedingungen Anwendung, die am Beschäftigungsort in Rechts- und Verwaltungsvorschriften und in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen vorgeschrieben sind.

Dies umfasst etwa:

- Entgeltfortzahlung an Feiertagen (nicht: bei Krankheit)
- Elternzeitregelungen (nicht: Elterngeld)
- Pflegezeit nach dem Pflegezeitgesetz
- Mutterschutzgesetz
- Bundesurlaubsgesetz.

Ausgenommen sind hiervon nur Verfahrens- und Formvorschriften und Bedingungen für den Abschluss oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, einschließlich nachvertraglicher Wettbewerbsverbote sowie die betriebliche Altersversorgung.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass längere Entsendungen innerhalb der EU nicht mehr zulässig sind, sondern „lediglich“, dass dann die oben beschriebenen inländischen (arbeitsrechtlichen) Arbeitsbedingungen gelten. **Von dieser Erstreckung im Arbeitnehmerentsendegesetz nicht umfasst sein sollen aber sozialversicherungs- und steuerrechtliche Vorschriften.** Dies schließt aber nicht aus, dass solche Vorschriften aufgrund anderer Regelungen Anwendung finden können (etwa über die Doppelbesteuerungsabkommen oder die EU-VO 883/2004 für die Sozialversicherung).

3.2. Verlängerung auf 18 Monate durch Mitteilung

Gibt der Arbeitgeber vor Ablauf einer Beschäftigungsdauer im Inland von zwölf Monaten eine Mitteilung ab, verlängert sich der Zeitraum, nach dessen Ablauf die in Absatz 1 genannten Arbeitsbedingungen für den betroffenen Arbeitnehmer oder die betroffene Arbeitnehmerin gelten, auf 18 Monate.

Die Mitteilung muss in Textform nach § 126b BGB gegenüber der zuständigen Zollbehörde erfolgen und folgende Angaben enthalten:

1. Familienname, Vorname und Geburtsdatum des Arbeitnehmers,
2. Ort der Beschäftigung im Inland, bei Bauleistungen die Baustelle,
3. die Gründe für die Überschreitung der zwölfmonatigen Beschäftigungsdauer im Inland und
4. die zum Zeitpunkt der Mitteilung anzunehmende voraussichtliche Beschäftigungsdauer im Inland.

Die zuständige Zollbehörde muss den Eingang der Mitteilung bestätigen. Nach der Gesetzgebung bedarf es keiner Entscheidung durch die Behörde. D.h. mit der ordnungsgemäßen Mitteilung verlängert sich der Zeitraum automatisch auf 18 Monate. Inhaltliche Anforderungen an die Begründung sind gesetzlich nicht bestimmt. Hier wird man abwarten müssen, wie die Praxis der Zollbehörden sich entwickelt. Von Seiten der Gewerkschaften ist hier bereits eine restriktive Auslegung angemahnt worden.

3.3. Berechnung der maßgeblichen Beschäftigungsdauer

Äußerst ausführlich ist in dem Gesetzesentwurf die Berechnung der maßgeblichen Beschäftigungsdauer für die 12 bzw. 18 Monate geregelt.

3.3.1. Zu berücksichtigende Zeiten

Hierbei wird differenziert, ob der Arbeitnehmer auf Grundlage eines Dienst- oder Werkvertrages, einer Konzernentsendung, einer Arbeitnehmerleihe oder keines dieser Gestaltungen tätig wird.

Bei **Dienst- oder Werkverträgen** werden alle Zeiten berücksichtigt, in denen der Arbeitnehmer im Rahmen dieser (konkreten) Verträge in Deutschland beschäftigt wird.

Wird ein Arbeitnehmer im Rahmen einer **Konzernleihe** einer deutschen Betriebsstätte des ausländischen Arbeitgebers oder eines deutschen Konzernunternehmens in Deutschland beschäftigt, so werden alle Zeiten berücksichtigt, in denen der Arbeitnehmer im deutschen Betrieb bzw. der deutschen Konzerngesellschaft beschäftigt wird. Nach dem Wortlaut ist es daher unerheblich, ob innerhalb der deutschen Betriebsstätte bzw. der deutschen Konzerngesellschaften unterschiedliche Tätigkeiten ausübt.

Bei einer **Arbeitnehmerüberlassung** kommt es auf die Zeiten an, die der Leiharbeiter im Rahmen des (konkreten) Überlassungsvertrages in Deutschland tätig wird.

3.3.2. Anschlussverbot

Beschäftigungszeiten werden zusammengerechnet, wenn der Arbeitnehmer **im unmittelbaren Anschluss** eine andere Beschäftigung in Deutschland ausübt.

3.3.3. Unterbrechungen

Wird eine Beschäftigung **unterbrochen**, gilt dies nicht als Beendigung der Beschäftigung in Deutschland. Wann eine Unterbrechung ausreichend lang ist, dass die Frist von Neuem zu laufen beginnt, ist leider nicht geregelt. Sollte dies nicht im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch verändert werden, muss hier die Auslegung durch die Rechtsprechung abgewartet werden.

3.3.4. Ersetzungsverbot

Des Weiteren ist ein **Ersetzungsverbot** normiert. D.h. ersetzt der Arbeitgeber einen in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer durch einen anderen Arbeitnehmer ab, der die gleiche Tätigkeit am gleichen Ort ausführt, erfolgt eine Zusammenrechnung der Beschäftigungsdauern.

Die gleiche Tätigkeit liegt dabei vor, wenn der Arbeitnehmer im Wesentlichen dieselben Aufgaben wie der Arbeitnehmer wahrnimmt, die er ersetzt, und wenn diese Aufgaben

1. im Rahmen derselben Dienst- oder Werkverträge ausgeführt werden,
2. bei Tätigkeit in einem Betrieb oder verbundenen Unternehmen des Arbeitgebers in demselben Betrieb oder demselben Unternehmen im Inland ausgeführt werden oder
3. als Leiharbeiter oder Leiharbeiterin bei demselben Entleiher mit Sitz im Inland ausgeführt werden.

Weiter wird der Begriff „gleicher Ort“ näher definiert. Gleicher Ort liegt vor, wenn der Arbeitnehmer

1. an derselben Anschrift oder in unmittelbarer Nähe derselben Anschrift wieder Arbeitnehmer tätig ist, die er ersetzt, oder
2. im Rahmen derselben Dienst- oder Werkverträge an anderen für diese Dienst- oder Werkverträge vorgegebenen Anschriften tätig ist.

3.3.5. Übergangsbestimmung für Langzeitentsendungen

Der Gesetzesentwurf sieht in einer Übergangsbestimmung vor, dass für die Berechnung der Beschäftigungsdauer auch Zeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes mitgezählt werden sollen. Inkrafttreten soll es nicht vor dem 30. Juli 2020.

4. Unterrichtungspflichten des Entleihers bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung

Nach der neuen Vorschrift des § 15a Absatz 1 im Gesetzesentwurf hat ein ausländischer Entleiher, der Arbeitnehmer im Inland beschäftigt, den Verleiher hierüber in Textform nach § 126b BGB zu informieren. Damit soll gewährleistet werden, dass der Verleiher Kenntnis erlangt, dass dann die nach deutschem Recht einschlägigen Rechtsvorschriften zu beachten sind.

Nach § 15a Absatz 2 des Entwurfs hat des Weiteren ein in- oder ausländischer Entleiher, der einen Leiharbeitnehmer eines ausländischen Verleihers in Deutschland beschäftigt, den Verleiher vor Beginn der Beschäftigung in Deutschland über die anzuwendenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlohnung grundsätzlich zu informieren.

Bußgeldbewehrt ist ein Verstoß nicht, jedoch kommen ggf. Schadensersatzpflichten des Entleihers in Betracht.

Unklar ist, ob diese Informationspflicht auch für konzerninterne Arbeitnehmerüberlassungen gilt. Nach der deutschen Rechtsumsetzung der Richtlinie über Leiharbeit im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz dürfte dies zu verneinen sein, da in § 1 Absatz 3 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nach wie vor ein Konzernprivileg in Deutschland gilt. Dieses Konzernprivileg wird jedoch wohl überwiegend als europarechtswidrig und damit als unwirksam angesehen.

5. Kontrollen

Im Referentenentwurf war vorgesehen, dass die Zollbehörden nicht die Einhaltung der Mindestentlohnung prüfen sollten. Dies ist nunmehr im Gesetzesentwurf der Bundesregierung wieder geändert worden. Danach soll jetzt die Zollverwaltung nicht nur die Mindestentgeltsätze, sondern auch darüber hinausgehende Entlohnungsbedingungen, die in bundesweiten allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthalten sind, prüfen (und wie bisher auch die in einem allgemeinverbindlichen bundesweiten Tarifvertrag geregelten Urlaubsregelungen, Urlaubskassenregelungen und Unterkunftsregelungen).

6. Fazit

Entsendungen nach Deutschland aus dem Ausland, aber auch aus Deutschland in andere EU-Länder werden zukünftig noch aufwändiger und bürokratischer. Insbesondere die Identifizierung der jeweiligen geltenden nationalen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wird eine erhebliche Herausforderung werden, die voraussichtlich mit einer Website nicht erledigt werden wird.

Herausgeber

WTS Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
wts.com/de | info@wts.de

Ansprechpartner/Redaktion

Otfrid Böhmer | T +49 89 28646-2658 | otfrid.boehmer@wts-legal.de
Frank Dissen | T + 49 69 1338456-52 | frank.dissen@wts-legal.de

München

Thomas-Wimmer-Ring 1-3 | 80539 München
T +49(0) 89 286 46-0 | F +49 (0) 89 286 46-111

Berlin

Wilhelmstraße 43G | 10117 Berlin
T +49 (0) 30 2062-2570 |

Düsseldorf

Peter-Müller-Straße 18 | 40468 Düsseldorf
T +49 (0) 211 200 50-5 | F +49 (0) 211 200 50-950

Erlangen

Allee am Rötelheimpark 11-15 | 91052 Erlangen
T +49 (0) 9131 97002-11 | F +49 (0) 9131 97002-12

Frankfurt

Taunusanlage 19 | 60325 Frankfurt am Main
T +49 (0) 69 133 84 56-0 | F +49 (0) 69 133 84 56-99

Hamburg

Brandstwierte 4 | 20457 Hamburg
T +49 (0) 40 320 86 66-0 | F +49 (0) 40 320 86 66-29

Köln

Sachsenring 83 | 50677 Köln
T +49 (0) 221 348936-0 | F +49 (0) 221 348936-250

Kolbermoor

Carl-Jordan-Strasse 18 | 83059 Kolbermoor
T: +49 (0) 8031 87095-0 |

Regensburg

Lilienthalstraße 7 | 93049 Regensburg
T: +49 (0) 941 383873-0 | F: +49 (0) 941 383873-130

Stuttgart

Büchsenstraße 10 | 70173 Stuttgart
T: +49 (0) 711 6200749-0 | F: +49 (0) 711 6200749-99

Disclaimer

Diese WTS-Information stellt keine Beratung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, ausgewählte Themen allgemein darzustellen. Die hierin enthaltenen Ausführungen und Darstellungen erheben daher weder einen Anspruch auf Vollständigkeit noch sind sie geeignet, eine Beratung im Einzelfall zu ersetzen.

Für die Richtigkeit der Inhalte wird keine Gewähr übernommen. Im Falle von Fragen zu den hierin aufgegriffenen oder anderen fachlichen Themen wenden Sie sich bitte an Ihren WTS-Ansprechpartner oder an einen der oben genannten Kontakte.