

Kollektives Arbeitsrecht

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Reinhard Richardi, und Prof. Dr. Frank Bayreuther

4. Auflage 2018. Buch. XXX, 418 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8006 5777 3
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Betriebsverfassung, Mitbestimmung, Personalvertretung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

der Gesetzgeber war nicht untätig. Mit drei Novellen hat er in den Jahren 2011, 2014 und 2017 die Überlassungsdauer auf maximal 18 Monate begrenzt (§ 18 Abs. 1b AÜG, s. dazu § 5 Rn. 21), einen Mindestlohn für die Branche eingeführt (§ 3a AÜG), sowie Zeitarbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich stärker in die Stammebelegschaft eingegliedert (vgl. §§ 14 Abs. 2 u. 3 AÜG, 7 S. 2 BetrVG). 2017 wurde dann auch der Vergütungsanspruch des Leiharbeitnehmers einer grundlegenden Reform unterzogen.

2. Verleihrechtlicher Mindestlohn

Mit der Novelle des AÜG im Jahr 2011 hat der Gesetzgeber mit § 3a AÜG auch für die Leiharbeit eine Möglichkeit zur Festsetzung verbindlicher Mindestlöhne eingeführt. Dass er dabei seine ursprüngliche Absicht, die Branche in das AEntG aufzunehmen, aufgegeben hat,⁶⁹ ist bedauerlich, weil durch die Schaffung einer weiteren Mindestlohnregelung die Komplexität des Mindestlohnsystems noch weiter gesteigert wurde (→ Rn. 3f.). 66

Der verleihrechtliche Mindestlohn bewegt sich an der Grenze zwischen erstrecktem Tarifrecht und einem gesetzlichen Mindestlohn. Er hat insoweit einen kollektivrechtlichen Einschlag, als Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände im Bereich der Leiharbeit dem BMAS übereinstimmend vorschlagen können, die unterste Lohnstufe eines Tarifvertrags in einer Rechtsverordnung als verbindlichen Mindestlohn festzusetzen. Auch das konkrete Erstreckungsverfahren ähnelt dem der AVE nach § 5 TVG bzw. dem Verordnungserlass nach §§ 7 und 7a AEntG, so dass auf die dazu getroffenen Ausführungen verwiesen werden kann. Voraussetzung ist erneut, dass die Vorgabe einer Lohnuntergrenze im öffentlichen Interesse geboten erscheint (vgl. → Rn. 9, 11, 32, und 35). Nach § 3a AÜG hat das BMAS bei seiner Entscheidung im Rahmen einer Gesamtabwägung zu prüfen, ob eine Rechtsverordnung insbesondere geeignet ist, die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme zu gewährleisten. Der Verordnungsgeber hat weiter die bestehenden bundesweiten Tarifverträge in der Arbeitnehmerüberlassung und die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen. Ein den §§ 7 Abs. 4, 7a Abs. 3 AEntG nachgebildetes Anhörungsverfahren sieht § 3a Abs. 5 S. 1 AÜG vor. Der beim BMAS eingerichtete Tarifausschuss ist lediglich zu hören, § 3a Abs. 5 S. 2 AÜG, hat aber keine eigentlichen Beteiligungsrechte. Da sich gerade im Leiharbeitsbereich mehrere miteinander konkurrierende Arbeitgeberverbände finden, hat der Gesetzgeber in § 3a Abs. 4 AÜG eine Regelung für den Fall aufgenommen, dass dem BMAS divergierende Vorschläge auf Erlass einer Verordnung unterbreitet werden. Inhaltlich ist diese weitgehend § 7 Abs. 2 und 3 AEntG nachgebildet (vgl. dazu → Rn. 38ff.). Dessen ungeachtet haben sich die konkurrierenden Arbeitgeberverbände BAP und iGZ mit den DGB-Gewerkschaften stets auf einen gemeinsamen Vorschlag für einen Mindestlohn verständigt. 67

Im Unterschied zu §§ 5 TVG und 7 AEntG wird im Anwendungsbereich des § 3a AÜG dann aber kein Tarifvertrag im technischen Sinn auf tarifungebundene Arbeitsvertragsparteien erstreckt. Vielmehr schafft das BMAS mit dem Erlass einer Rechtsverordnung nach § 3a AÜG eine davon völlig isolierte, originäre Lohnbestimmung. Die Tarifregelung, auf die sie mittelbar zurückgeht, hat im Festsetzungsverfahren mehr 68

⁶⁹ Zwar könnte für die Branche nach der AEntG-Novelle 2014 eine Rechtsverordnung nach § 7a AEntG erlassen werden, doch macht das BMAS weiterhin alleine von dem in § 3a AÜG festgelegten Verfahren Gebrauch.

oder weniger nur Orientierungsfunktion, der Lohnanspruch ergibt sich dagegen aus staatlichem Recht.

- 69 Der Mindestlohn nach § 3a AÜG ist tarifvertragsfest (s. auch: § 3a Abs. 1 S. 1, Abs. 2, § 8 Abs. 5 TVG). Verleiher können also nicht einwenden, dass sie an einen eigenen, spezielleren Tarifvertrag gebunden seien, der ein niedrigeres Lohnniveau vorgibt. Weiter knüpft das AÜG an die Nichtgewährung des Mindestlohns Sanktionen, die denen des AEntG bzw. denen des MiLoG nachgebildet sind (Bußgeld nach § 16 Abs. 1 Nr. 7b i. V. m. § 8 Abs. 5 AÜG; Zuständigkeit [auch] der Zollverwaltung nach § 17 Abs. 2 AÜG). Allerdings kennt das AÜG weder einen Ausschluss von öffentlichen Vergaben, noch eine Generalunternehmerhaftung (insoweit anders aber das Sozialrecht: § 28 e Abs. 2 S. 1 SGB IV).
- 70 Den Rechtsschutz gegen eine Verordnung regeln §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG. Insofern ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber dem Verfahren der AVE (Rn. 23).
- 71 Die einschlägigen Mindestlöhne sind auch von ausländischen Verleihern einzuhalten, soweit sie Arbeitnehmer ins Inland verleihen. Das folgt aus § 2 Nr. 1 AEntG.
- 72 Die bei Manuskriptabschluss aktuelle Dritte Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung sieht seit dem 1.4.2018 einen Mindestlohn in Höhe von 9,49 EUR (West) bzw. 9,27 EUR (Ost) vor, der sich ab Januar 2019 auf 9,79 EUR (9,49 EUR) und ab Oktober 2019 auf 9,96 EUR (9,66 EUR) erhöht. Damit liegt der verleihrechtliche Mindestlohn, wenn auch nur knapp, über dem gesetzlichen Mindestlohn und ist diesem nach § 1 Abs. 3 MiLoG vorrangig.⁷⁰

V. Tariftreueverlangen und vergaberechtlicher Mindestlohn

- 73 In zahlreichen Landesvergabegesetzen finden sich Bestimmungen⁷¹, wonach die Vergabe eines öffentlichen Auftrags nach den §§ 98 ff. GWB davon abhängt, dass sich der Auftragnehmer verpflichtet, seinen Arbeitnehmern bestimmte (Mindest-) Arbeitsbedingungen zu gewähren. Großer Beliebtheit erfreuten sich dabei so genannte Tariftreueverlangen. Sie sehen vor, dass öffentliche Aufträge nur an Anbieter vergeben werden dürfen, die zusagen, ihren Arbeitnehmern während der Auftragsausführung die Arbeitsbedingungen zu gewähren, wie sie sich aus den vor Ort einschlägigen Tarifverträgen ergeben. Hier geht es also nicht etwa darum, dass der Bieter auf die Einhaltung eines grundständigen Mindestlohns eingeschworen werden soll. Vielmehr soll er das gesamte Tarifgitter umsetzen, so als wäre er selbst tarifgebunden. So muss er auch höheren Entgeltgruppen, bis hin zu tariflichen Höchstgehältern Beachtung schenken.
- 74 Ein derart weitreichendes Vorgehen der Vergabebehörden hatte der EuGH jedoch als europarechtswidrig verworfen (ausführlich → Rn. 103), woraufhin entsprechende Passagen aus den Vergabegesetzen gestrichen wurden.⁷² Möglicherweise werden die Uhren demnächst aber wieder auf den Anfang zurückgestellt. Die Union plant nämlich die Entsenderichtlinie zu novellieren (→ Rn. 91, 104f.). Die Neufassung erlaubt den Mitgliedstaaten ausdrücklich, bei Vergaben auf Tariftreue zu drängen.

70 Bis 31.12.2018: 8,84 EUR, für 2019: 9,19 EUR, ab 2020: 9,35 EUR.

71 Übersicht bei: www.boeckler.de (> Forschung > WSI > Tarifarchiv > Wer verdient was? > Tariftreue bei öffentlichen Aufträgen).

72 Partielle Ausnahme lediglich in Bremen: § 10 Abs. 1 S.1 Hs. 2 TarifVergabeG BR.

In den meisten aktuell geltenden Vergabegesetzen ist hingegen nur noch bestimmt, dass sich der Auftragnehmer zur Einhaltung derjenigen Mindestarbeitsbedingungen verpflichten muss, die Gegenstand einer Rechtsverordnung nach §§ 7 bzw. 7a AEntG sind.⁷³ Einige wenige Landesgesetze fügen noch Tarifverträge hinzu, die nach § 5 TVG für allgemein verbindlich erklärt wurden.⁷⁴ Rechtlich gesehen wirkt eine derartige Selbstverpflichtung freilich nur deklaratorisch, weil der Auftraggeber die fraglichen Tarifregelungen ja ohnehin beachten müsste (§§ 5 Abs. 4 TVG bzw. 7, 7a und 8 AEntG). Die Arbeitnehmer gewinnen durch sie im Ergebnis nichts hinzu und zwar selbst dann nicht, wenn man die gegenüber der Vergabebehörde abgegebene Erklärung ihres Arbeitgebers als Vertrag zu Gunsten Dritter i. S. d. § 328 BGB auslegen würde (→ Rn. 76). Dessen ungeachtet sind derartige Tariftreuerklärungen aber nicht völlig bedeutungslos, weil sie der Vergabebehörde die Kündigung des Auftrags erleichtern können, sollte der Auftragnehmer gegen Tarifrecht verstoßen. 75

Darüber hinaus sehen einige Landesgesetze vor, dass sich Auftraggeber verpflichten müssen, ihren Arbeitnehmern einen bestimmten, im Gesetz abstrakt festgelegten Arbeitslohn zu zahlen. Mit dem Erlass des MiLoG im Jahr 2015 ist diese Variante aber tendenziell bedeutungslos geworden, zumal die meisten Lohnsätze nur knapp über dem gesetzlichen Mindestlohn liegen⁷⁵ (einige veraltete Bestimmungen liegen sogar darunter⁷⁶). Dogmatisch umstritten ist zudem, ob Arbeitnehmer über das Vergabeangebot ihres Arbeitgebers einen individuellen Anspruch auf Gewährung des jeweiligen Mindestlohns erhalten (§ 328 BGB). Und ganz generell ist unklar, ob ein durch Landesgesetz festgelegter vergaberechtlicher Mindestlohn nach Erlass des MiLoG im Jahr 2015 überhaupt noch mit Art. 31 GG vereinbar ist. Dafür spricht, dass der Bund mit der Schaffung des MiLoG lediglich von seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) Gebrauch gemacht hat. Die einschlägigen Landesgesetze sind dagegen dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, also dem Recht der Wirtschaft, zuzuordnen.⁷⁷ 76

Am Rande finden sich in einigen aktuellen Landesgesetzen dann doch noch Tariftreuerverlangen im eigentlichen Sinn. Diese beschränken sich aber ausnahmslos auf die Vergabe von Verkehrsdienstleistungen im öffentlichen Nahverkehr, s. dazu → Rn. 105. 77

VI. Verfassungs- und europarechtliche Fragen der staatlichen Erstreckung von Tarifrecht

Die Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter und Andersorganisierte bringt, ebenso wie die direkte Vorgabe von Mindestlöhnen und -arbeitsbedingungen, nicht unerhebliche verfassungs- und europarechtliche Probleme mit sich. Dabei werfen alle zuvor besprochenen Erstreckungsformen mehr oder weniger die gleichen Rechtsfragen auf, weshalb diese hier zusammenfassend dargestellt werden sollen. 78

73 Ausnahme: Bayern, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg, Niedersachsen, Sachsen.

74 Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein.

75 Darüber liegen immerhin: Saarland: 8,84 EUR, Rheinland-Pfalz: 8,90 EUR, Brandenburg: Brandenburg: 9 EUR. Auch für diese wäre allerdings eine Anpassung zum 1.1.2019 erforderlich. Klare Ausnahme nur: Schleswig-Holstein: 9,99 EUR.

76 Etwa: Berlin und Mecklenburg-Vorpommern mit 8,50 EUR.

77 Vgl. *BVerfG* 11.7.2006, *BVerfGE* 116, 202 = *NJW* 2007, 51 (52); zweifelnd nun aber *VG Düsseldorf* 27.8.2015 – 6 K 2793/13 (dessen Vorlage an den *VerfGH NRW* hatte sich anderweitig erledigt: *VerfGH NRW* 21.6.2016, *VerfGH* 10/15).

1. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

a) Demokratiegebot

- 79 Aus dem Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG folgt, dass nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien nicht einfach der normsetzenden Gewalt der Tarifvertragsparteien unterworfen werden dürfen, die ihnen gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert sind.⁷⁸ Die Erstreckung des privat geschaffenen Tarifrechts auf außenstehende Dritte bedarf also eines konkreten staatlichen Erstreckungsakts. Unzureichend wäre dagegen eine Blankett-Verweisung, die dynamisch auf ein Tarifwerk oder gar nur auf Tarifverträge ganz allgemein Bezug nimmt. Dennoch erweisen sich die Regelungen der §§ 5 TVG, 7 bzw. 7a AEntG und 3a AÜG insoweit als akzeptabel, weil hier mit jedem einzelnen Erstreckungsakt nur ein ganz bestimmter Tarifvertrag (bzw. die unterste Lohngruppe eines bestimmten Tarifvertrags) auf Dritte erstreckt wird.

b) Negative Koalitionsfreiheit

- 80 Probleme der negativen Koalitionsfreiheit (→ § 2 Rn. 57) ergeben sich immer dann, wenn der Staat Tarifrecht auf Außenseiter und Andersorganisierte erstreckt. Das ist bei der AVE nach § 5 TVG, sowie beim Rechtsverordnungserlass nach §§ 7 und 7a AEntG der Fall. Gleiches gilt aber auch für »echte« Tariftreueverlangen (→ Rn. 73), jedenfalls in Branchen, die stark von öffentlichen Aufträgen abhängen.⁷⁹ Will sich nämlich ein Arbeitgeber an einem Ausschreibungsverfahren beteiligen, führt für ihn kein Weg an der Anwendung des vorgegebenen Tarifvertrags vorbei. Das gilt auch, wenn er eigentlich an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist (beachtlich ist dies freilich nur dann, wenn dieser einen im Vergleich zu den vergaberechtlichen Vorgaben geringeren Lohn vorsieht). Bedeutung erlangt die negative Koalitionsfreiheit auch bei der Vorgabe eines verleihrechtlichen Mindestlohns nach § 3a AÜG, da dieser immerhin an die unterste Lohngruppe eines aktuellen Tarifvertrags angelehnt ist. Vor allem aber das equal-pay-Prinzip der § 8 AÜG erweist sich insoweit als problematisch, weil dieses die Verleiher faktisch in eine Tarifbindung zwingt. Dem Verleiher ist es regelmäßig nicht möglich, sinnvoll zu wirtschaften, solange er nicht in den Genuss eines »Dispenstarifvertrags« gelangt (→ Rn. 63f.).⁸⁰
- 81 Doch hat das BVerfG⁸¹ bereits für die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG entschieden, dass die negative Koalitionsfreiheit Außenseiter und Andersorganisierte nur davor schützt, dass auf sie Zwang oder erheblicher Druck zum Beitritt zu einer bestimmten Koalition ausgeübt wird. Dazu reicht aber nicht, wenn auf den Außenseiter lediglich fremdes Tarifrecht erstreckt wird, weil dieser nicht beanspruchen kann, von jeder »Lebensentäußerung« der Koalition verschont zu bleiben. Nun mag es zwar sein, dass Außenseiter deshalb geneigt sein könnten, dem tarifschließenden Verband doch noch beizutreten, um dadurch Einfluss auf die nächsten Tarifverhandlungen zu

78 BVerfG 14.6.1983, BVerfGE 64, 208, 314 = NJW 1984, 1225.

79 Das relativiert allerdings stark: BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 = NZA 2007, 42.

80 Man kann hier auch umgekehrt argumentieren: Der Gesetzgeber ist nicht gezwungen, das staatliche Arbeitsrecht tarifdispositiv auszugestalten. Wenn er das dennoch tut, stellt dies zu allererst nur ein Angebot an Verleiher dar, dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu entgegen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, dass Verleiher von dieser Option nur durch Unterwerfung unter einen dispensierenden Tarifvertrag Gebrauch machen können, wäre folglich unproblematisch.

81 BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255; BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7 = NJW 1981, 215.

gewinnen. Indes ergibt sich daraus lediglich ein unbeachtlicher mittelbarer Beitrittsdruck. Zusammenfassend gilt also, dass die negative Koalitionsfreiheit den Gesetzgeber nicht daran hindert, die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen zu machen. Diese Grundsätze hat das BVerfG später auf die Rechtsverordnung nach § 7 AEntG⁸² und auch auf Tariftreuerverlangen⁸³ übertragen.

c) Positive Koalitionsfreiheit

Die Vorgabe von Mindestarbeitsbedingungen bewirkt immer dann einen Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, wenn diese tariffest ausgestaltet sind, so dass Arbeitsvertragsparteien von diesen auch dann nicht abweichen dürfen, wenn sie an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind, der andere (oder genauer: für den Arbeitnehmer weniger günstige) Arbeitsbedingungen vorgibt. 82

Als unproblematisch erweist sich die AVE von Tarifverträgen außerhalb des Anwendungsbereichs des AEntG. Sind die Arbeitsvertragsparteien nämlich bereits nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden, besteht in ihrem Arbeitsverhältnis Tarifkonkurrenz. Diese ist nach dem Spezialitätsprinzip (→ § 6 Rn. 80) aufzulösen, so dass sich ihr »eigener« Tarifvertrag gegen den »nur« für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag durchsetzt. Wie mehrfach dargelegt gibt es hiervon aber auch Ausnahmen, s. § 5 Abs. 1 a, Abs. 4 S. 2 TVG. 83

Alle anderen Formen der staatlichen Festsetzung von Mindestlöhnen und -arbeitsbedingungen tangieren stets die Koalitionsfreiheit anders organisierter Arbeitsvertragsparteien. Sie sind tariffest: §§ 1 und 3 MiLoG, 7, 7a und 8 Abs. 2 AEntG, 3a AÜG. Diese verpflichten auch Andersorganisierte zur Einhaltung der jeweils festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen, wenn sie in den Geltungsbereich eines abweichenden Tarifvertrags gelangen (→ Rn. 41 ff., 80 f., 101 sowie → § 6 Rn. 77 ff.). 84

Im Ansatz stellt es einen sehr schwerwiegenden Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Verbände und in die individuelle Koalitionsfreiheit ihrer Mitglieder dar, wenn das staatliche Recht einem Tarifvertrag seinen Geltungsanspruch in Arbeitsverhältnissen einschlägig organisierter Arbeitsvertragsparteien versagt. Denn der Anspruch der Koalitionen und ihrer Mitglieder auf Geltung »ihres« Tarifvertrags gehört zu den elementarsten Bestandteilen des Koalitionsgrundrechts (→ § 2 Rn. 65). 85

Doch relativiert sich die Schwere eines mit einem staatlichen Mindestlohn verbundenen Eingriffs in die Koalitionsfreiheit erheblich, weil in den Branchen, die das AEntG, AÜG und letztlich auch das MiLoG ansprechen, die möglicherweise verdrängten Tarifverträge in den einzelnen Arbeitsverhältnissen meist alleine über Bezugnahme Klauseln Anwendung finden. Die Tarifierhebung auf der Basis einer rein schuldrechtlich wirkenden Bezugnahme Klausel nimmt indes nicht am Koalitionsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG teil. Weiter kommt hinzu, dass die einschlägigen Regelungen »andere« Tarifverträge ja nicht schlechterdings verdrängen, sondern sich nur auf elementare Mindestarbeitsbedingungen beziehen. Vor allem aber ist kaum zu erwarten, dass Gewerkschaften überhaupt bereit sein könnten, die einmal gesetzten Mindestlohntarifverträge zu unterschreiten. Insoweit lehrt die Erfahrung, dass die Gewerkschaften, die Mindestlöhne möglicherweise unterboten hätten, allesamt nicht tariffähig waren (CGZP, GNBZ [→ § 2 Rn. 4, → § 3 Rn. 16, → § 9 Rn. 65]). Dass die staatliche Erstreckung von 86

82 BVerfG 18.7.2000, NZA 2000, 948.

83 BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 = NZA 2007, 42.

Mindestarbeitsbedingungen dessen ungeachtet tatsächlich einen Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit bewirkt, liegt daher vor allem daran, dass dadurch der Gang von Tarifverhandlungen prädisponiert wird. Der Mindestlohn bietet Gewerkschaften eine relativ komfortable Rückfallbasis, so dass sie sich darauf beschränken können, von der Arbeitgeberseite ein »Mehr« zu fordern. Das belastet Arbeitgeber und ihre Verbände nicht unerheblich.

d) Eingriff in die Vertrags- und Berufsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 und 12 GG)

- 87 Die staatliche Vorgabe von Mindestarbeitsbedingungen, vor allem von Mindestlöhnen, greift in die Vertrags- und Berufsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien ein. Auf Arbeitnehmerseite wiegt dieser Eingriff allerdings weniger schwer, da sich deren Arbeitsbedingungen dadurch nur verbessern. Denkbar ist aber immerhin, dass Arbeitnehmer, die ansonsten vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind, es vorziehen könnten, lieber zu untertariflichen Bedingungen zu arbeiten als arbeitslos zu bleiben. Sehr offen tritt der Eingriff dagegen auf der Arbeitgeberseite zu Tage.

e) Rechtfertigung und verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

- 88 Insbesondere seit dem Erlass des MiLoG ist vermehrt in den Fokus der Betrachtung gerückt, ob und inwieweit der Gesetzgeber aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) bzw. mit Rücksicht auf die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG) berechtigt oder gar verpflichtet ist, auch im Lohnbereich für ein angemessenes Schutzniveau zu sorgen. Dass dies der Fall ist, zeigen neben einigen landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen (s. Art. 168 Verfassung Bayern,⁸⁴ Art. 24 Abs. 2 der Verfassung NRW⁸⁵) und Art. 4 Nr. 1 ESC⁸⁶ vor allem die Bürgerschafts- und Handelsvertreterentscheidungen des BVerfG⁸⁷ und zuletzt der Beschluss des Gerichts⁸⁸ zum Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung (§§ 32, 32a ff. UrhG). Der Gesetzgeber darf die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen einzelvertraglich zu vereinbaren, durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzen, um sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken. Die damit kollidierenden Interessen Privater sind nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz in Ausgleich zu bringen, so dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Andere Überlegungen kommen hinzu: In der Vergangenheit hatte sich immer wieder gezeigt, dass Aufstockungsleistungen des Staates in die Lohnfindung mit einkalkuliert werden und genutzt werden, um Löhne künstlich niedrig zu halten. Dem Arbeitnehmer wurde ein geringer Lohn gezahlt. Damit er davon leben konnte, beantragte er gleichzeitig Leistungen aus der Grundsicherung des SGB II (umgangssprachlich auch: »Hartz IV«). Es kann aber nicht Aufgabe des Staates sein, private Arbeit querzufinanzieren. Nach den Angaben der Zollverwaltung soll darüber hinaus häufig festgestellt worden sein,

84 »Jede ehrliche Arbeit hat den gleichen sittlichen Wert und Anspruch auf angemessenes Entgelt.«

85 »Der Lohn muss der Leistung entsprechen und den angemessenen Lebensbedarf des Arbeitenden und seiner Familie decken.«

86 Danach haben Arbeitnehmer ein Anrecht auf ein Arbeitsentgelt, welches ausreicht, »um ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu sichern«.

87 *BVerfG* 19. 10. 1993, *BVerfGE* 89, 214 = *NJW* 1994, 36 – Bürgerschaft I; *BVerfG* 5. 8. 1994, *NJW* 1994, 2749 – Bürgerschaft II; *BVerfG* 7. 2. 1990, *BVerfGE* 81, 242 = *NJW* 1990, 1469 – Handelsvertreter; s. auch: *BVerfG* 1. 7. 1998, *BVerfGE* 98, 169 = *NJW* 1998, 3337 – Entlohnung von Strafgefangenen; *BVerfG* 12. 11. 1958, *BVerfGE* 8, 279 = *NJW* 1959, 475 – § 2 PreisG 1948; *BAG* 10. 6. 1964, *BAGE* 16, 95 = *NJW* 1964, 2269, 2271 f. – Art. 24 Abs. 2 *VerfNRW*.

88 *BVerfG* 23. 10. 2013 – 1 *BvR* 1842/11, *BVerfGE* 134, 204 = *NJW* 2014, 46. Didaktisch aufbereitet von *Sachs*, *JuS* 2014, 1050.

dass Arbeitnehmern dessen ungeachtet Beträge ausgereicht wurden, die den Mindestlohn erreicht hätten, indes ein bestimmter Teil nur »schwarz« gewährt wurde. Die Gemeinschaft wurde so gleich doppelt belastet, einerseits, weil die Parteien mit Aufstockungsleistungen kalkulierten, andererseits, weil dem Staat Steuer- und Sozialabgaben vorenthalten wurden.

Soweit mit der gesetzlichen Vorgabe von Mindestarbeitsbedingungen bzw. der staatlichen Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter und Andersorganisierte Grundrechtseingriffe verbunden sind, sind diese nach der Rechtsprechung des BVerfG gerechtfertigt. Das begründet das BVerfG unter Verweis auf eine Vielzahl ganz unterschiedlicher Rechtfertigungsgründe: 89

Nach Ansicht des BVerfG kann sich der Gesetzgeber darauf berufen, dass insbesondere das AEntG und Tariftreueklauseln einen Beitrag zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit leisten können. Dabei betont das BVerfG, dass dem Gesetzgeber ein großer Einschätzungs- und Prognosespielraum zukommt, wenn es darum geht, abzuschätzen, ob die jeweilige Regelung wirklich zum Abbau der Arbeitslosigkeit geeignet ist. Aus europarechtlicher Sicht erweist sich dieses Argument allerdings als problematisch. Denn im Grunde besagt es nichts anderes, als dass sich heimische Arbeitsplätze dadurch schützen lassen, indem man verhindert, dass sich ausländische Anbieter auch im Inland das günstige Lohnniveau ihres Heimatlandes zu Nutze machen können, also mit anderen Worten, dass ihnen gegenüber Marktzutrittsschranken errichtet werden (→ Rn. 26 und 99). 90

Weiter hat das BVerfG herausgearbeitet, dass es ein legitimes Ziel des Gesetzgebers ist, einen Unterbietungswettbewerb über Lohnkosten zu verhindern, zumal dieser nicht einmal nur Arbeitnehmer, sondern durchaus auch kleine und mittlere Arbeitgeber treffen könnte. Auch ist die Vorgabe unterer Lohngrenzen nach Ansicht des BVerfG geeignet, um gespaltene Arbeitsmärkte sowie soziale Spannungen zu vermeiden, die sich ergeben würden, wenn Arbeitnehmer trotz gleicher Arbeitsleistungspflicht zu stark divergierenden Arbeitsbedingungen beschäftigt würden. Darüber hinaus erkennt das BVerfG in der Erstreckung von Tarifverträgen mit grundständigen Arbeitsbedingungen auch einen Beitrag zur Stützung und Absicherung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie. Schließlich weist das BVerfG darauf hin, dass durch Mindestlohnvorgaben die sozialen Sicherungssysteme gestärkt werden. Dabei trifft dies ganz besonders auf die Erstreckung von Tarifregelungen über gemeinsame Einrichtungen (namentlich: SOKA-Bau → § 5 Rn. 27) zu, die letztlich die gesetzliche Sozialversicherung um solche Leistungen ergänzen, die sich im Hinblick auf branchenspezifische Risiken als erforderlich erweisen. Das hat der EGMR mittlerweile so auch für Art. 11 EMRK anerkannt.⁸⁹ 91

Bereits in den 1970er Jahren hat das BVerfG § 5 TVG als verfassungskonform gebilligt,⁹⁰ wobei es sich damals aber weitgehend auf die Aussage beschränkte, dass die AVE von Tarifverträgen nicht in die negative Koalitionsfreiheit der von ihr betroffenen Außenseiter eingreift (→ § 5 Rn. 19).⁹¹ Im Jahr 2000 hat das BVerfG in einem sehr knapp 92

⁸⁹ EGMR 2.6.2016, NZA 2016, 1519.

⁹⁰ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255; BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7 = NJW 1981, 215.

⁹¹ Darüber hinaus diskutiert das Gericht, ob § 5 TVG die positive Koalitionsfreiheit von Andersorganisierten tangieren könnte. Das lehnt es mit Hinweis auf das damals noch uneingeschränkt eingreifende – die Regelung des § 8 AEntG gab es ja noch nicht – Spezialitätsprinzip (→ Rn. 101 u. → § 6 Rn. 81) ab.

formulierten Nichtannahmebeschluss das Rechtsverordnungsverfahren nach § 7 AEntG⁹² für verfassungskonform befunden, allerdings ohne sich auch nur annähernd mit den zahlreichen Rechtsfragen zu befassen, die mit der großzügigen Erstreckung von Tarifrecht auf Außenseiter und Andersorganisierte verbunden sind. Ähnlich wortkarg zeigte sich das Gericht einige Jahre später, als es eine gegen den equal-pay-Zwang des AÜG⁹³ gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung annahm. Erstmals im Zusammenhang mit »echten Tariftreueklauseln« setzte sich das BVerfG dann eingehender mit den mit staatlichen Lohndirigismen verbundenen Grundrechtseingriffen auseinander, hielt dann aber auch diese für verfassungskonform.⁹⁴

2. Europarechtliche Grenzen der Dritterstreckung von Tarifrecht bzw. der Vorgabe von Mindestarbeitsbedingungen

a) Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und Entsenderichtlinie

- 93 Sämtliche staatliche Mindestlohnvorgaben (u. Ä.) stellen Eingriffsnormen i. S. d. Art. 9 Rom I-VO dar. Sie sind daher auch von Arbeitgebern aus dem EU-Ausland einzuhalten, soweit und solange diese Arbeitnehmer nach Deutschland entsenden und zwar ungeachtet des Umstands, dass das Arbeitsverhältnis trotz der Entsendung weiterhin dem jeweiligen Heimatrecht unterliegt (→ Rn. 54 ff.). Das ergibt sich: (1.) für einen per Rechtsverordnung nach §§ 7 und 7a AEntG erstreckten Tarifvertrag aus §§ 3 und 7, 7a und 8 AEntG, (2.) für den verleiherechtlichen Mindestlohn nach § 3a AÜG aus § 2 Nr. 1 AEntG, (3.) für verbindliche Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen in der Baubranche nach §§ 5 Abs. 1a TVG, 3 S. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG und (4.) für Mindestlöhne nach dem MiLoG aus § 2 Nr. 1 AEntG. (5.) Tariftreueverlangen und vergaberechtliche Mindestlöhne richten sich naturgemäß an alle Unternehmen, die ein Angebot abgeben wollen und mithin auch an ausländische Bieter.
- 94 Damit stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese vielfältige Erstreckung von inländischen Mindestarbeitsbedingungen mit dem europäischen Recht vereinbar ist. Beurteilungsmaßstab auf primärrechtlicher Ebene ist dabei die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV. Auf der Ebene des Sekundärrechts kommt die Entsenderichtlinie 96/71/EG hinzu. Diese wurde 1996⁹⁵ erlassen und verpflichtet die Mitgliedstaaten, bestimmte Mindestarbeitsbedingungen (wie etwa Mindestlöhne), die in nationalen Gesetzen oder Verwaltungsvorschriften festgelegt sind, auch auf ausländische Dienstleister zu erstrecken, soweit diese Aufträge im Inland ausführen. Darüber hinaus sieht die Richtlinie vor, dass auch allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge, die Mindestarbeitsbedingungen garantieren, auf ausländische Arbeitsvertragsparteien erstreckt werden sollen.⁹⁶ Letzteres beschränkt sich jedoch auf die Baubranche.⁹⁷ Derzeit ist eine – inhaltlich außerordentlich weitreichende (→ Rn. 74, 104 f.) – Novelle der Richtlinie in Arbeit.⁹⁸ Diese passierte im Mai 2018 das Parlament, allerdings stand zum Zeitpunkt des Manuskriptabschlusses die Zustimmung des Rates noch aus.

92 *BVerfG* 18.7.2000, NZA 2000, 948, es finden sich in der Folge mehrere, ähnlich lautende Entscheidungen.

93 *BVerfG* 29.12.2004, NZA 2005, 153.

94 *BVerfG* 11.7.2006, *BVerfGE* 116, 202 = NZA 2007, 42; *BayVerfGH* 20.6.2008, NJW-RR 2008, 1403.

95 Die Richtlinie trat erst nach dem AEntG in Kraft. Vgl. dazu → Rn. 28.

96 S. vorige Fn.

97 Samt Arbeiten im Baunebengewerbe und verwandten Tätigkeiten.

98 COM (2016) 128 final 2016/0070(COD).