

Arbeitnehmer-Entsendegesetz: AEntG MiArbG

Kommentar

von

Wolfgang Koberski, Gregor Asshoff, Holger Winkler, Gabriele Eustrup, Oliver Schumacher, Dr. Johannes Heuschmid

3., neubearbeitete Auflage

[Arbeitnehmer-Entsendegesetz: AEntG MiArbG – Koberski / Asshoff / Winkler / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Arbeitsvertrag, Arbeitsentgelt](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 60437 9

Tarifvertragsparteien. Besteht zwischen den vertragschließenden Tarifvertragsparteien keine Übereinstimmung in der Frage, ob die Tarifnormen auf Außenseiter erstreckt werden sollen, so kann im AVE-Verfahren die jeweils andere Seite durch Einflussnahme auf die Beisitzer im Tarifausschuss die AVE verhindern. Diese Möglichkeit war im Rechtsverordnungsverfahren verschlossen. Insofern dient die Neuregelung der Klarheit, dass keine der vertragschließenden Parteien gegen ihren Willen zu einer Erstreckung gezwungen werden kann (*Sittard*, Neue Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, 346 ff.)

Jedoch hatte sich schon bisher die Praxis herausgebildet, dass die tarifschließenden Verbände den Antrag auf AVE gemeinsam stellten oder eine Tarifvertragspartei ausdrücklich von der anderen Partei bevollmächtigt wurde, den Antrag auch in deren Namen zu stellen. Häufig haben die Tarifvertragsparteien auch die wechselnde Antragsstellung vereinbart. Abgesehen davon dürfte schon wegen des Verfahrens und der Mehrheitserfordernisse im Tarifausschuss (vgl. § 3 Abs. 1 der VO zur Durchführung des TVG i.d.F. vom 16. 1. 1989 (BGBl. I S. 76) und § 7 Abs. 5) ein Antrag ohne die Zustimmung der anderen Tarifvertragsparteien oder gar gegen deren erklärten Willen zum Scheitern verurteilt sein. Im Übrigen stellt sich durchaus die Frage nach dem Sinn tariflicher Mindestarbeitsbedingungen, wenn nicht deren Erstreckung auf die gesamte Branche beabsichtigt ist. Satz 1 entspricht dem bisherigen § 1 Abs. 3 a Satz 1 AEntG (a.F.).

1. Öffentliches Interesse

Das öffentliche Interesse ist keine feste Größe. Inhalt und Reichweite befinden sich in ständiger Bewegung. Sie werden wesentlich bestimmt von der Konjunktur- und Arbeitsmarktlage insbesondere des betreffenden Wirtschaftszweiges sowie der in Betracht kommenden Betriebe und vom Umfang der Arbeitslosigkeit. 22

Die Ausfüllung des Begriffs des öffentlichen Interesses ist in einem ständigen Wandel begriffen. Sie hat im Laufe der Jahre angesichts der fortschreitenden günstigen und ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklung und des Gewinns wichtiger neuer rechtlicher Erkenntnisse eine gewisse Erweiterung erfahren. Das dürfte sich fortsetzen, nicht zuletzt auch solange die Sozialpartner bemüht sein werden, neue Wege in der Gestaltung der Arbeitsbedingungen und der Verminderung der Gefährdung schutzbedürftiger Arbeitnehmer infolge fortschreitender Automation und sonstiger Rationalisierung der Betriebe und der Verwaltungen zu finden. 23

Das TVG, auf das hier verwiesen wird, ebenso wie das AEntG selbst – mit Ausnahme der Gesetzesziele in § 1 – sagen nichts darüber, wann ein öffentliches Interesse an der Erstreckung eines Tarifvertrages anzunehmen ist. Feste Regeln lassen sich auch schwerlich aufstellen. Es wird letzten Endes also immer wieder auf die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles ankommen. In erster Linie sind die Gesetzesziele des § 1 heranzuziehen. Ein öffentliches Interesse ist allerdings nicht erst dann gegeben, wenn andernfalls ein sozialer Notstand einträte (BAG 24. 1. 1979 – AP Nr. 16 zu § 5 TVG). Dies ergibt sich aus § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG. 24

Auch wenn die Tarifvertragsparteien z.B. die Errichtung einer Gemeinsamen Einrichtung planen – wie etwa die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes in Wiesbaden –, ist für die Errichtung und den laufenden Geschäftsbetrieb die Erstreckung der zugrunde liegenden Tarifverträge unerlässlich. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass das BMAS in derartigen Fällen unter einen gewissen Zustimmungszwang gerät. Dies ist jedoch wegen des öffentlichen Interesses am Zustandekommen und Funktionieren einer solchen Einrichtung, insbesondere aber wegen der sozialpolitischen Bedeutung der von den Gemeinsamen Einrichtungen abzuwickelnden Aufgaben (z.B. Zusatzversorgung, Urlaubsabwicklung, Ausbildungssicherung), durchaus mit der Rechtsordnung im Einklang. Nicht zuletzt wird ein öffentliches Interesse an der AVE von Tarifverträgen oder deren Erstreckung durch Rechtsverordnung grundsätzlich dann bejaht, wenn ein sozi- 25

AEntG § 7

Rechtsverordnung

alpolitisch erwünschtes Ziel verfolgt wird (BAG, Urteil vom 24. 1. 1979, BAGE 31, 241 – AP Nr. 16 zu § 5 TVG, Urteil vom 22. 9. 1993 – 10 AZR 371/92) oder, wenn die Tarifverträge konkreten Zielvorstellungen des Gesetzgebers entsprechen (BAG 15. 2. 1989 – 4 AZR 499/88 – und 28. 3. 1990 – 4 AZR 536/89 – DB 1990, 1634), z.B. Sicherstellung eines zusammenhängenden Urlaubs auch bei hoher Fluktuationsrate (vgl. § 7 Abs. 2 BUrlG), oder sogar gesetzliche Vorschriften ausfüllen, wie z.B. beim Vorruhestandsgesetz oder beim AEntG. Das BVerfG hat dies in seiner Entscheidung 1 BvR 561/89 vom 10. 9. 1991 bestätigt, mit der eine Verfassungsbeschwerde gegen die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge über den Vorruhestand im Baugewerbe wegen fehlender Aussicht auf Erfolg nicht angenommen wurde. Eine zusätzliche betriebliche Altersversorgung entspricht nach mehrfacher Äußerung der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag der wünschenswerten Entwicklung der Sozialpolitik (BT-Drs. V/3119 vom 1. 7. 1968; V/4651 vom 26. 9. 1969; Stenogr. Bericht vom 26. 11. 1969, S. 467 D), auch zur Sicherung von Anwartschaften bzw. Ansprüchen bei Betriebswechsel und zur Ermöglichung solcher Leistungen bei kleinen und mittleren Betrieben. Das dürfte dann auch für zu diesem Zweck betriebene Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien in Betracht kommen; solche Tarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären, hat das BAG anerkannt, z.B. im Urteil vom 3. 2. 1965, AP Nr. 12 zu § 5 TVG. Würden Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen nicht für allgemeinverbindlich erklärt oder durch Rechtsverordnung erstreckt, so müssten die tarifgebundenen Arbeitgeber Beiträge auch für die organisierten Arbeitnehmer bei nichttarifgebundenen Arbeitgebern abführen. Dagegen würden nichttarifgebundene Arbeitgeber selbst für bei ihnen beschäftigte organisierte Arbeitnehmer nicht zu Beitragsleistungen herangezogen mit der Folge völlig unterschiedlicher Belastungen bei tarifgebundenen und nichttarifgebundenen Arbeitgebern. Das BAG sieht hierin eine Subventionierung der nichttarifgebundenen Unternehmen durch die tarifgebundenen Wettbewerber (BAG 28. 3. 1990 – 4 AZR 536/89 – DB 1990, 1634).

- 26 Im Einzelfall kann das öffentliche Interesse auch mit wichtigen eigenen Belangen der Tarifvertragsparteien begründet werden. Praktisch könnte das z.B. der Fall sein, wenn Betriebe aufrechterhalten, Arbeitsplätze gesichert oder das Ausbluten tariftreuer Betriebe verhindert werden sollen. Das gilt auch für die Fälle, in denen ohne eine AVE oder eine Erstreckung durch RVO der Bestand eines Tarifvertrages oder sogar der Tarifvertragsparteien selbst gefährdet werden würde.
- 27 Das OVG Berlin (OVG Berlin vom 15. 3. 1957 – OVG II B 52, 56 – AP Nr. 3 zu § 5 TVG) hat zum öffentlichen Interesse unter Berufung auf das Schrifttum ausgeführt: „..., dass ein Tarifvertrag für allgemeinverbindlich zu erklären ist, wenn ein allgemeines Bedürfnis besteht, gleichartige, dauerhafte und angemessene soziale Arbeitsbedingungen durchzusetzen, den Arbeitsfrieden zu sichern sowie Lohndrückerei und einen nicht tragbaren, von einer widerstrebenden Minderheit bewirkten unlauteren Wettbewerb (Schmutzkonkurrenz) zu beseitigen, durch den unbillige, das heißt weder sittlich noch wirtschaftlich gerechtfertigte Vorteile erlangt werden. Außerdem soll verhindert werden, dass etwa das Tarifgefüge erschüttert wird.“
- 28 Die Entscheidung über das Vorliegen eines öffentlichen Interesses im Einzelfall ist eine Ermessensfrage, bei der das BMAS entsprechend dem Zweck der Ermächtigung und dem Sinn der Vorschrift zu handeln und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten hat. § 5 TVG sagt deshalb mit Recht nicht, dass die AVE im öffentlichen Interesse geboten sein **müsse**, sondern verlangt nur, dass sie im öffentlichen Interesse geboten **erscheint**. Der Wortlaut des § 5 TVG dürfte als die Gewährung eines gewissen Spielraums des Ermessens des BMAS zu deuten sein. Das BAG und auch das BVerwG haben ausdrücklich einen weiteren Ermessensspielraum bestätigt, so das BAG (22. 9. 1993 – 10 AZR 371/92), das der zuständigen Behörde einen „außerordentlich weiten Beurteilungsspielraum“ zugesteht. Das Ermessen kann nur beschränkt nachgeprüft werden, da ein Gericht nicht befugt ist, sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen

der Behörden zu setzen (OVG Berlin vom 15. 3. 1957 – AP Nr. 3 zu § 5 TVG). Das BAG hat sich dahin geäußert, dass bei der Frage, ob bei der AVE eines bestimmten Tarifvertrags die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses erfüllt sei, den zuständigen staatlichen Behörden ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen sei, und es spreche die Vermutung dafür, dass sie die AVE nur unter Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen ausgesprochen haben (BAG 3. 2. 1965 – AP Nr. 12 zu § 5 TVG). Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn die Entscheidung „schlechterdings unverträglich und unverhältnismäßig ist“ (BAG 28. 3. 1990 – 4 AZR 536/89 – NZA 1990, 781 ff.).

Eine gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung kommt also nur in Betracht, wenn dem BMAS wesentliche Fehler vorzuwerfen sind (BVerfGE 44, 322, 344 – AP Nr. 15 zu § 5 TVG; BAG 28. 3. 1990 – 4 AZR 536/89 – AP Nr. 25 zu § 5 TVG, DB 1990, 1634; BVerwG 3. 11. 1988 – 7 C 115.86 – AP Nr. 23 zu § 5 TVG). Ob die zuständige Behörde den ihr eingeräumten weiten Beurteilungsspielraum verletzt hat, kann nur dann gerichtlich überprüft werden, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Entscheidung vorliegen (BAG 22. 9. 1993 – 10 AZR 379/92; 28. 3. 1990 – 4 AZR 536/89 – AP Nr. 25 zu § 5 TVG).

2. 50%-Klausel

§ 7 Abs. 1 Satz 2 verpflichtet den Verordnungsgeber zu prüfen, ob der Erlass einer Rechtsverordnung im öffentlichen Interesse liegt. Dies ergibt sich durch den Verweis auf § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG. Dagegen wird auf das Vorliegen der 50%-Klausel verzichtet, da ein Verweis auf § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG fehlt. Schon nach dem bisher geltenden § 1 Abs. 3 a Satz 1 AEntG a.F. war das Vorliegen der 50%-Klausel für den Erlass einer Rechtsverordnung nicht gefordert.

§ 1 Abs. 3 a AEntG enthielt – anders als § 5 TVG zur AVE – weder eine 50%-Klausel noch ausdrücklich das Erfordernis des öffentlichen Interesses. Dennoch waren diese beiden wichtigen Punkte beim Erlass einer Rechtsverordnung nicht völlig ausgeblendet: Der Verordnungsgeber ist wie jeder andere Normsetzer verpflichtet zu prüfen, ob die beabsichtigte Normsetzung dem öffentlichen Interesse entspricht. Auch wenn der Verordnungsgeber nach § 1 Abs. 3 a AEntG a.F. nicht förmlich an die Voraussetzungen für den Ausspruch einer AVE (§ 5 TVG) gebunden war, so war bei der Prüfung des öffentlichen Interesses doch zu beachten, ob es sich bei dem betreffenden Tarifvertrag um einen solchen mit tarifpolitischem „Gewicht“ handelt. Dieses „Gewicht“ ist allerdings nicht anhand von Zahlenrelationen zu bestimmen, sie können jedoch für die Bewertung herangezogen werden. § 1 Abs. 3 a AEntG a.F. enthält kein Repräsentativitätserfordernis, im Hinblick auf die Außenseiter ist das auch ohne Belang. Für die Außenseiter ist vielmehr die Legitimität der verfolgten Regelungsziele und die Erforderlichkeit der staatlichen Unterwerfung unter diese festgesetzten Bedingungen von entscheidender Bedeutung (vgl. *Ossenbühl*, Rechtsgutachten, Januar 2000, S. 223). Die Aufnahme einer 50%-Klausel als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung stünde auch im Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers, mit der Rechtsverordnung gerade dann zu helfen, wenn der Weg der AVE z.B. wegen des dort unabdingbar notwendigen Erfüllens der sogenannten 50%-Klausel versperrt wäre. Gerade in solchen Fällen ist die Rechtsverordnung als regulierende Form für die Tarifautonomie erforderlich und der subsidiäre Einsatz einer staatlichen Regelung dringlich.

Es ist allerdings einzuräumen, dass die Abgrenzung der § 7 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. dem neuen MiArbG zumindest in diesem Punkt nicht völlig überzeugend ist. Das MiArbG soll nach seinem § 1 Abs. 2 MiArbG nur dann greifen, wenn entweder in einer Branche keine Tarifverträge bestehen oder die an Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber weniger als 50% der unter dem Geltungsbereich dieser Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigen.

AEntG § 7

Rechtsverordnung

- 33 Diese Regelung korrespondiert nicht mit § 7 Abs. 1 Satz 2, der eine Rechtsverordnung nach dem AEntG auch dann zulässt, wenn die 50%-Klausel nicht erfüllt ist (vgl. auch *Löwisch*, RdA 2009, S. 215, 216). Würde man den Gedanken der „kommunizierenden Röhren“ konsequent umgesetzt haben, so dürfte eine Rechtsverordnung nach § 7 nur bei Vorliegen der 50%-Klausel erlassen werden, das MiArbG nur bei deren Fehlen greifen.
- 34 Nach Satz 3 ist die Verordnungsermächtigung wie bisher auf bestimmte tarifliche Arbeitsbedingungen, Mindestentgeltsätze (§ 5 Nr. 1) und Urlaub einschließlich Urlaubskassenverfahren (§ 5 Nr. 2 und 3), beschränkt.

II. Konkurrierende Tarifverträge (§ 7 Abs. 2)

- 35 Der neu in das AEntG eingefügte § 7 Abs. 2 gibt dem Verordnungsgeber Kriterien an die Hand, an denen er sich bei einer Entscheidung über die Erstreckung tariflicher Mindestarbeitsbedingungen bei konkurrierenden Tarifverträgen orientieren muss.
- 36 Dem Verordnungsgeber kommt im Rahmen seiner Gesamtabwägung ein Einschätzungs- und Prognosespielraum zu. Für die Entscheidung im Fall konkurrierender Tarifverträge wird ihm ergänzend zu den in § 1 enthaltenen Gesetzeszielbestimmungen (vgl. § 1) ein weiteres Kriterium durch das Gesetz vorgegeben. Dies ist das **Kriterium der Repräsentativität**, vorrangig vermittelt durch die Bedeutung des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes und der tarifschließenden Gewerkschaft. Repräsentativität ist wie im gewöhnlichen Sprachgebrauch als Darstellung der Interessen einer Gesamtheit durch einzelne oder eine Gruppe von Personen zu verstehen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass z. B. eine größere Repräsentantengruppe nach diesem Absatz weniger repräsentativ sein kann. Die zahlenmäßig vermittelte Tarifbindung ist ein gewichtiges, aber im Einzelfall aufgrund konkreter Anhaltspunkte widerlegbares Indiz für die Repräsentativität eines Tarifvertrages.
- 37 Die Erstreckung von Arbeitsbedingungen bei gleichzeitiger Verdrängung niedrig dotierter Tarifverträge nach § 7 Abs. 2 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 AEntG ist mit dem **Grundgesetz vereinbar** (*Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 832 ff.; *Bayreuther*, NJW 2009, 2006, 2008 ff.; *Löwisch*, RdA 2009, 215, 220; *Waltermann*, NZA Beilage 3/2009 S. 110, 116 f.); *Oetker*, NZA Beilage 1/2010, 13, 20 ff.; *Thüsing/Bayreuther*, AEntG, § 8 Rn. 36 ff.). In der Voraufgabe wurde noch vertreten die Verdrängung anderer Tarifverträge führe zu Friktionen mit der Tarifautonomie sowie der Koalitionsfreiheit (siehe Voraufgabe § 1 Rn. 97 und 103). An dieser Sichtweise wird nicht mehr festgehalten. Die soeben angeführten Bedenken greifen nach der Neuregelung durch den Gesetzgeber nicht mehr durch. Insbesondere mit der Einführung des Repräsentativkriteriums in § 7 Abs. 2 AEntG und der Abwägungskriterien des § 7 Abs. 3 AEntG hat der Gesetzgeber für eine verfassungsmäßige Regelung gesorgt. Dennoch wird in der Literatur geltend gemacht die Neuregelungen verstoße gegen das Grundgesetz (*Sodan/Zimmermann*, NJW 2009, 2001, 2003 ff.; *Thüsing*, ZfA 2008, 590, 601 ff. und 614 ff.; *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216, 1219; ausführlich: *Thüsing/Bayreuther*, AEntG, § 8 Rn. 25 ff.).
- 38 Eine explizite Klärung dieser Frage durch das Bundesverfassungsgericht steht selbstverständlich noch aus. Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass das BVerfG in seinem Nichtannahmebeschluss vom 18. 7. 2000 zur Verordnungserstreckung nach AEntG (BVerfG 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00 = NZA 2000, 948) die Möglichkeit der Verdrängung eines anderen Tarifvertrages mit in seine Erwägungen einbezogen hat (*Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 832; wohl a. A. *Thüsing/Bayreuther*, AEntG, § 8 Rn. 47). Da dennoch eine abschließende höchstrichterliche Klärung aussteht, sind an dieser Stelle die bestehenden verfassungsrechtlichen Einwände zu entkräften.
- 39 Durch die Verdrängung eines niedriger dotierten Tarifvertrages kommt es nicht zu einem ungerechtfertigten Eingriff in die **Koalitionsfreiheit konkurrierender Verbände**. Zwar führt die Verdrängung eines niedriger dotierten Tarifvertrages zunächst zu einem

Eingriff in die Koalitionsfreiheit des konkurrierenden Verbandes (*Löwisch*, RdA 2009, 215, 220; wohl a.A. *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 833). Dieser Eingriff kann jedoch im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG sehr großzügig verfassungsimmanent gerechtfertigt werden (BVerfGE 100, 271; BVerfGE 103, 293). Notwendig dafür ist ein mit Verfassungsrank auszustattetes Rechtsgut. In Betracht kommt hier insbesondere das in Art. 20 GG verankerte Sozialstaatsprinzip (*Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 833; *Löwisch*, RdA 2009, 215, 220). Letzteres wird inzwischen vom BVerfG so interpretiert, dass es jedem nicht evident zweckwidrigem Handeln des staatlichen Gesetzgebers auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zur Legitimation verhelfen kann (ErfK/Dieterich, GG Art. 9 Rn. 48). In § 1 AEntG sind einige der in Frage kommenden verfassungslegitimen Ziele für eine solche Rechtfertigung aufgeführt (*Ulber*, AEntG § 7 Rn. 4). Bestätigt wird diese Annahme auch durch den Tariftreuebeschluss des BVerfG (BVerfGE 116, 202), in dem es das Gericht als wünschenswert angesehen hat, einen Verdrängungswettbewerb bei den Lohnkosten zu verhindern, um soziale Standards zu erhalten (*Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 835). Als weitere verfassungsimmanente Schranke der Koalitionsfreiheit sollte auch Art. 1 Abs. 1 GG nicht außer Acht gelassen werden, der durch die Hartz-IV-Entscheidung des BVerfG nunmehr neue Konturen erlangt hat.

Der Eingriff in die Koalitionsbetätigungsfreiheit ist auch verhältnismäßig. Hierfür 40 spricht insbesondere, dass die Regelungen des AEntG den verdrängten Tarifvertrag nicht gänzlich aufheben. Vielmehr wird dem betroffenen Tarifvertrag lediglich die Möglichkeit entzogen, den Arbeitgeber von den Verpflichtungen aus dem vom AEntG durchgesetzten Tarifvertrag zu entbinden. Darüber hinaus ist diese Wirkung auch auf die in § 5 AEntG festgesetzten Arbeitsbedingungen beschränkt (*Oetker*, NZA Beilage 1/2010, 13, 20 f.). Oberhalb dieses Mindestniveaus bleibt den konkurrierenden Tarifvertragsparteien noch ausreichend Raum ihre Arbeitsbedingungen nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze der Tarifkonkurrenz durchzusetzen (*Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 835 f.; *Oetker*, NZA Beilage 1/2010, 13, 21; *Kocher*, NZA 2007, 600 f.; *Thüsing/Bayreuther*, AEntG, § 8 Rn. 42). Schließlich wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip dadurch gewahrt, dass die Verdrängung nach § 7 Abs. 2 AEntG nur dann erfolgen kann, wenn dem zu erstreckenden Tarifvertrag auch eine ausreichende Repräsentativität zukommt (*Löwisch*, RdA 2009, 215, 220; dazu auch: *Thüsing/Bayreuther*, AEntG, § 8 Rn. 53).

Auch eine Beeinträchtigung der **Tarifaufonomie** durch die Regelungen des AEntG ist 41 nicht gegeben (a.A. *Sagan/Willemsen*, NZA 2008, 1216, 1218 ff.; *Sodan/Zimmermann*, NJW 2009, 2001, 2003 ff.). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Gesetzgeber durch Art. 9 Abs. 3 GG zum einen verpflichtet wird, ein funktionierendes Tarifvertragssystem zur Verfügung zu stellen (BVerfGE 4, 96, 106; 50, 290, 368 f.). Zum anderen verpflichtet Art. 9 Abs. 3 GG ihn, den Autonomiebereich der Tarifvertragsparteien zu respektieren. Aufgrund dieses ambivalenten Verhältnisses des Staates zur Tarifaufonomie variiert auch der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, je nachdem welche Zielsetzung der Gesetzgeber mit seinen Handlungen bezweckt. Das BVerfG spricht je nach Funktion von Grundrechtsausgestaltung oder Grundrechtseingriff (ErfK/Dieterich, GG Art. 9 Rn. 79).

Geht man vorliegend davon aus, dass es sich bei den Regelungen des AEntG um einen 42 Fall der Grundrechtsausgestaltung handelt (*Oetker*, NZA Beilage 1/2010, 13, 21), erfüllt der Gesetzgeber mit den Regelungen des AEntG lediglich seine in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte verfassungsrechtliche Pflicht. Einer Rechtfertigungsprüfung, wie sie bei der Annahme eines Eingriffes in die Tarifaufonomie notwendig wäre, bedarf es in diesem Fall nicht. Prinzipiell ist die Ausgestaltung der Tarifaufonomie durch das Regelungsziel gekennzeichnet, die rechtlichen Voraussetzungen eines praxistauglichen Tarifvertragssystems zu schaffen bzw. aufrecht zu erhalten (ErfK/Dieterich, GG Art. 9 Rn. 80). Im Rahmen einer solchen Ausgestaltung kann es durchaus auch zu einer par-

AEntG § 7

Rechtsverordnung

tiellen Beeinträchtigung der Tarifaufonomie kommen. Unter Zugrundelegung dieses Ausgangspunktes konnte der Gesetzgeber das AEntG erlassen, um flankierende Schutzregelungen für die gegenwärtige faktische Schwäche des Tarifvertragssystems zu schaffen. Diese Einführung eines obligatorischen Mindestsockels an Arbeitsbedingungen wird das Fundament der Tarifaufonomie künftig stärken (*Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 839). Nichts anderes ergibt sich aus der Rechtsfigur des tarifdispositiven Gesetzesrechts, das durch die staatlichen Erstreckungsakte im AEntG partiell eingeschränkt wird (so aber: *Thüsing*, ZfA 2008, 591 ff.). Würde der Gesetzgeber in der aktuellen Situation untätig bleiben, würde das tarifdispositive Gesetzesrecht zu einer dysfunktionalen Umkehrung der Tarifaufonomie führen, die sie langfristig aushöhlen und nicht stärken wird (*Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 839; OVG Berlin). Blicke er angesichts der aktuellen Entwicklungen säumig, könnte er sogar gegen das Untermaßverbot verstoßen (ErfK/Dieterich, GG Art. 9 Rn. 83).

- 43 Geht man entgegen dem soeben Dargelegten davon aus, beim AEntG handle es sich um einen Eingriff in die Tarifaufonomie, ist der vorherrschende Kompetenzdualismus bei der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu beachten. In diesem Zusammenhang geht das BVerfG in ständiger Rechtsprechung davon aus, die Tarifaufonomie gewährleiste zwar eine Regelungsprärogative der Tarifvertragsparteien; nicht gewährleiste wird hingegen ein Regelungsmonopol derselben (BVerfG, AP, HRG § 57 a Nr. 2 unter C II 1). Staatliche Eingriffe in die Tarifaufonomie sind somit in den verfassungsmäßigen Grenzen grundsätzlich zulässig.
- 44 Ein etwaiger Eingriff in die Tarifaufonomie ist auch gerechtfertigt. Die Rechtfertigung kann durch den Schutz anderer Rechtsgüter oder durch Gemeinwohlbelange mit Verfassungsrang erfolgen (ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 84). Bei der Festlegung der relevanten Gemeinwohlbelange steht dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungsspielraum zur Verfügung (BVerfG 20. März 2007, 1 BvR 1047/05). Diese verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen werden durch die mit § 1 AEntG genannten Zielsetzungen getroffen (so auch: *Ulber*, AEntG § 7 Rn. 5). Insbesondere ist auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt. Dies ergibt sich schon daraus, dass die Begrenzung der Tarifmacht vorliegend nicht durch einen staatlichen Akt zur Entgeltfestsetzung erfolgt, sondern durch die Erstreckung eines seinerseits tarifautonom festgelegten Mindestlohns durchgeführt wird (*Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 842; a. A. ErfK/*Schlachter*, AEntG, § 7 Rn. 7). In den verfassungsrechtlich tatsächlich prekären Bereich wird auf diese Weise gar nicht eingegriffen. Das AEntG ermöglicht den staatlichen Stellen lediglich die Entscheidung darüber, welche von mehreren tarifautonom zustande gekommenen Regelungen tatsächlich erstreckt werden soll. Nicht zuletzt ist auch zu beachten, dass es hier nur in solchen Bereichen zur Konkurrenz mit bestehenden Tarifverträgen kommt, die für die Tarifaufonomie keine prägende Bedeutung haben (*Waltermann*, NZA Beilage 3/2009 110, 117).
- 45 Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung ist ferner zu beachten, dass das BVerfG der Erstreckung von Tarifrecht bislang zu Recht äußerst wohlwollend gegenübersteht. Dieses Tendenz zieht sich seit den Entscheidungen zur Verfassungskonformität der Allgemeinverbindlicherklärung (BVerfGE 44, 322 und BVerfGE 55, 7) über den Kammerbeschluss zur Rechtsverordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3 a AEntG a.F. (BVerfG 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00 = NZA 2000, 948) bis hin zur Entscheidung über das Berliner Tarifreugesetz (BVerfGE, 116, 2002 = NZA 2007, 42) wie ein roter Faden durch die Rechtsprechung des Gerichts. Es ist kaum zu erwarten, dass es hier zu einer Kehrtwende kommen wird. Schließlich führt die Verdrängung anderer Tarifverträge auch nicht zu einem Gleichheitsverstoß. Voraussetzung hierfür wäre die willkürliche Heranziehung eines bestimmten Mindestlohniveaus. Eine solche wird jedoch durch die Regelung des § 7 Abs. 2 AEntG verhindert. Denn in der unterschiedlichen mitgliedschaftlichen Legitimation der konkurrierenden Tarifverträge, die zur Erstreckung des einen und zur Verdrängung des anderen Tarifvertrages führt, liegt ein hinreichender sachlicher Grund für die Differenzierung.

III. Konkurrierende Erstreckungsanträge (§ 7 Abs. 3)

Der neu in das AEntG aufgenommene § 7 Abs. 3 regelt den Sonderfall, dass in einer Branche die Tarifvertragsparteien konkurrierender Tarifverträge jeweils für ihren Tarifvertrag dessen Erstreckung beantragt haben. 46

Kommen die Tarifvertragsparteien in diesen Fällen zu keiner einvernehmlichen Lösung oder nimmt der Ordnungsgeber mit Blick auf die Gesetzesziele nicht insgesamt Abstand von einer Erstreckung, hat er eine Auswahlentscheidung zu treffen. Er trifft diese anhand der von diesem Paragraphen vorgegebenen Ziele und Kriterien und hat dabei im Rahmen seiner Gesamtabwägung mit besonderer Sorgfalt die widerstreitenden Grundrechtsinteressen zu einem schonenden Ausgleich zu bringen. Dabei ist auch der Verdrängungseffekt eines erstreckten Tarifvertrages zu berücksichtigen. 47

IV. Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 7 Abs. 4)

Die Regelung des neuen Absatzes 4 entspricht dem bisherigen § 1 Abs. 3 a Satz 2 AEntG a.F. Anhörungsrechte bestehen demnach für die in den Geltungsbereich der beabsichtigten Rechtsverordnung fallenden Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie für die Tarifvertragsparteien. Zusätzlich bestimmt Abs. 4, dass im Fall konkurrierender Tarifverträge der Ordnungsgeber auch den Parteien der konkurrierenden Tarifverträge Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben hat. 48

Die Frist für die Stellungnahme wird auf drei Wochen festgesetzt. Fristbeginn ist der Tag der Bekanntmachung des Entwurfs der Rechtsverordnung. 49

V. Befassung des Tarifausschusses (§ 7 Abs. 5)

Wird in einer nach dem 31. März 2008 neu in den Geltungsbereich des AEntG einbezogenen Branche erstmals ein Antrag nach Absatz 1 gestellt, ist zunächst der Tarifausschuss mit diesem Antrag zu befassen. Gemeint ist damit der bereits bestehende Tarifausschuss nach § 5 TVG. Damit erhält der Tarifausschuss vorab die Gelegenheit, über diese Branche hinausgehende gesamtwirtschaftliche Erwägungen in den Entscheidungsprozess mit einzubringen. Absatz 5 beschreibt abschließend das spezielle Verfahren zur Befassung des Tarifausschusses im Rahmen des Rechtsverordnungsverfahrens nach dem AEntG. Der Tarifausschuss erhält die Möglichkeit, innerhalb von drei Monaten nach Veröffentlichung des Antrags im Bundesanzeiger zu dem Antrag Stellung zu nehmen. Wenn die Erstreckung von mindestens fünf Ausschussmitgliedern abgelehnt wird, kann keine Rechtsverordnung erlassen werden. In allen anderen Fällen bleibt der Weg zum Erlass einer Rechtsverordnung eröffnet. 50

Gibt der Tarifausschuss keine Stellungnahme ab oder stimmen mindestens vier Mitglieder für den Antrag, kann eine Rechtsverordnung durch das BMAS erlassen werden. Stimmen drei Mitglieder des Tarifausschusses für und drei Mitglieder gegen den Antrag, oder stimmen zwei Mitglieder für und vier Mitglieder gegen den Antrag, kann eine Rechtsverordnung nur durch die Bundesregierung erlassen werden. Diese Quoren verhindern letztlich eine Blockade durch die Arbeitgeber- bzw. die Arbeitnehmerseite. Lehnt der Tarifausschuss den Antrag ab oder findet sich nur eine unterstützende Stimme so ist der Weg zum Erlass einer Rechtsverordnung versperrt. 51

AEntG § 8

Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen

§ 8 Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen

(1) ¹Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland, die unter den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages nach den §§ 4 bis 6 oder einer Rechtsverordnung nach § 7 fallen, sind verpflichtet, ihren Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen mindestens die in dem Tarifvertrag für den Beschäftigungsort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren sowie einer gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien die ihr nach § 5 Nr. 3 zustehenden Beiträge zu leisten. ²Satz 1 gilt unabhängig davon, ob die entsprechende Verpflichtung kraft Tarifbindung nach § 3 des Tarifvertragsgesetzes oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes oder aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 7 besteht.

(2) Ein Tarifvertrag nach den §§ 4 bis 6, der durch Allgemeinverbindlicherklärung oder Rechtsverordnung nach § 7 auf nicht an ihn gebundene Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen erstreckt wird, ist von einem Arbeitgeber auch dann einzuhalten, wenn er nach § 3 des Tarifvertragsgesetzes oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.

(3) Wird ein Leiharbeiter oder eine Leiharbeiterin vom Entleiher mit Tätigkeiten beschäftigt, die in den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages nach den §§ 4, 5 Nr. 1 bis 3 und § 6 oder einer Rechtsverordnung nach § 7 fallen, hat der Verleiher zumindest die in diesem Tarifvertrag oder in dieser Rechtsverordnung vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren sowie die der gemeinsamen Einrichtung nach diesem Tarifvertrag zustehenden Beiträge zu leisten.

Übersicht

	Rn.
A. Allgemeines	1–4
B. Die Regelungen im Einzelnen	5–21
I. Die Grundpflichten des Arbeitgebers (§ 8 Abs. 1)	5–8
1. Gewährung der tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen nach § 3 ...	5, 6
2. Arbeitsortsprinzip (§ 8 Abs. 1 Satz 1)	7, 8
II. Verdrängung konkurrierender Tarifverträge (§ 8 Abs. 2)	9–11
III. Erstreckung auf Verleiher (§ 8 Abs. 3)	12–21
1. Anwendung der Mindestarbeitsbedingungen	12–17
2. Anwendung weiterer Vorschriften	18–21

A. Allgemeines

- 1 § 8 Abs. 1 entspricht den bisherigen Regelungen des § 1 Abs. 1 Sätze 3 und 4 sowie Abs. 3a Sätze 4 und 5. Er enthält die Grundpflichten der Arbeitgeber, die unabhängig davon, ob sie ihren Sitz im In- oder Ausland haben, verpflichtet sind, ihren Arbeitnehmern die im § 3 geregelten tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen zu gewähren.
- 2 Abs. 1 normiert durch die Inbezugnahme des Beschäftigungsortes das Arbeitsortsprinzip. Das Arbeitsortsprinzip war auch schon in der Vorgängerregelung enthalten. Bis zum 31. 12. 1998 war das Arbeitsortsprinzip in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AEntG enthalten. Durch die Neufassung des § 1 Absatz 1 Satz 1 letzter Halbsatz AEntG aufgrund des Korrekturgesetzes hatte sich bezüglich des Arbeitsortsprinzips keine Änderung ergeben.
- 3 Abs. 2 stellt klar, dass die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen nach dem AEntG einer eventuell bestehenden anderweitigen Tarifbindung vorgehen.
- 4 Abs. 3. regelt die Erstreckung auf Verleiher und entspricht dem bisherigen § 1 Abs. 2.