

Gabriele Peter
Otto Ernst Kempen
Ulrich Zachert

Rechtliche und rechtspolitische Aspekte der Sicherung von tariflichen Mindeststandards

- Rechtsgutachten –

Projekt
Mindeststandards für Arbeits- und
Einkommensbedingungen und Tarifsysteem
für das Ministerium für Wirtschaft und Arbeit
des Landes Nordrhein-Westfalen (MWA)

Düsseldorf
Januar 2003

Inhaltsverzeichnis

1	Allgemeinverbindlicherklärung (Prof. Dr. Ulrich Zachert)	6
1.1	Allgemeine Voraussetzungen und Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung	6
1.1.1	Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Allgemeinverbindlicherklärung	6
1.1.2	Funktionswandel der AVE	7
1.1.3	Zur Praxis der AVE	8
1.1.4	Kritik und Antikritik der AVE.....	10
1.1.5	Rechtsvergleichende Aspekte – die europäische Dimension	11
1.2	Die 50 Prozentquote und Möglichkeiten ihrer Veränderung.....	11
1.2.1	Die geltende Rechtslage	11
1.2.2	Veränderungsmöglichkeiten der aktuellen Rechtslage.....	13
1.3	Das Kriterium des „öffentlichen Interesses“ und Möglichkeiten seiner Konkretisierung	15
1.3.1	Zum Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Rechtslehre	15
1.3.2	Zu den Möglichkeiten der Konkretisierung des „öffentlichen Interesses“	20
1.4	Der Gesichtspunkt des „sozialen Notstands“ und Möglichkeiten seiner Konkretisierung	21
1.4.1	Zum Stand der Diskussion.....	21
1.4.2	Zu den Möglichkeiten der Konkretisierung des „sozialen Notstands“	23
1.4.3	Das „Vetorecht“ der Spitzenverbände und Möglichkeiten seiner Einschränkung	24
1.4.4	Die geltende Rechtslage	24
1.4.5	Möglichkeiten der Einschränkung eines „Vetorechts“ der Spitzenverbände.....	25
1.4.6	Sonstiges: Zusammensetzung des Tarifausschusses	27
1.4.7	Einige rechtspolitische Überlegungen zur Reform der AVE	27
1.4.8	Die Grenzlinie zwischen tarifautonomem und staatlichem Recht.....	27
1.4.9	Der Aspekt der Durchsetzbarkeit	28
2	Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Dr. Gabriele Peter)	30
2.1	Einführung	30
2.2	Mindestlohnfestsetzung durch ein besonderes AVE-Verfahren	31
2.3	Bedenken gegen die Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestlöhnen per Rechtsverordnung	32
2.3.1	Verordnungsermächtigung als Eingriff in die Koalitionsfreiheit?	33
2.3.2	Europarechtliche Bedenken gegen das AEntG.....	35
2.4	Anwendung des AEntG außerhalb der Bauwirtschaft und der Hafenschleppdienste.....	37
2.5	Zentrale Änderungen des AEntG.....	39
2.6	Verbesserung der Rechtsdurchsetzung	41

3	Tariftreuerklärungen (Prof. Dr. Otto Ernst Kempfen)	44
3.1	Die gegenwärtige Gesetzeslage	44
3.2	Rechtsstruktur und Rechtswirkungen der Tariftreueklausel.....	47
3.2.1	Schreiben die gesetzlichen Tariftreue Regelungen die normative Erstreckung der einschlägigen Tarifverträge auf Außenseiter vor?	51
3.2.2	Die Tariftreueerklärung als vertragliche Verpflichtung zu Gunsten der eingesetzten Arbeitnehmer	53
3.2.3	Die Tariftreueverpflichtung bewirkt als Vertrag zu Gunsten Dritter keinen Koalitionszwang (Verstoß gegen die „negative Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3, S. 1 GG).....	55
3.2.4	Die Tariftreueverpflichtung bewirkt als Vertrag zu Gunsten Dritter keinen Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG.....	56
3.2.5	Die Tariftreueerklärung enthält als Vertrag zu Gunsten Dritter keinen Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)	57
3.3	Die Tariftreueklausel als „andere Anforderung“ i. S. d. § 97 Abs. 4 GWB.....	59
3.3.1	Tariftreueklausel und Wettbewerbsprinzip.....	60
3.3.2	Tariftreueklausel als staatlicher Schutz der ausgeübten Tarifautonomie und des sozialen Sicherungssystems	62
3.4	Die Auswahl des für die Tariftreueverpflichtung anzuwendenden Tarifvertrages bei mehreren „einschlägigen“ Tarifverträgen.....	66
3.4.1	Repräsentativität des einschlägigen Tarifvertrages	67
3.4.2	Auswahlverfahren bei mehreren einschlägigen Tarifverträgen.....	69
3.5	Mitgliedsstaatliche Tariftreueklärungen nach europäischem Gemeinschaftsrecht	70
3.5.1	Europäische Vergaberichtlinien (Sekundärrecht).....	71
3.5.2	Primärrechtliche Wettbewerbsfreiheiten des EG-Vertrages (Art. 49, 82, 87 Abs. 1 EGV)	74
3.6	Die praktische Reichweite einer als Vertrag zu Gunsten Dritter ausgestalteten Tariftreueverpflichtung.....	77
3.6.1	Tariftreueverpflichtung und „betriebliches“ Gleichbehandlungsprinzip.....	77
3.6.2	Sektorale Ausweitung der Tariftreueerklärungen.....	80
3.7	Ergebnisse.....	80
4	Mindestarbeitsbedingungsgesetz (Dr. Gabriele Peter)	83
4.1	Einführung	83
4.2	Anwendungsvoraussetzungen.....	84
4.3	Verfahren zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen.....	85
4.3.1	Feststellungsverfahren durch den Hauptausschuss (erste Stufe).....	85
4.3.2	Festsetzungsverfahren durch die Fachausschüsse (zweite Stufe).....	86
4.3.3	Erlass von Mindestarbeitsbedingungen durch den Bundesarbeitsminister (dritte Stufe).....	86
4.4	Wirkung und Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen.....	87
4.5	Bedeutungslosigkeit des Gesetzes	88

4.6	Aktivierungsmöglichkeiten.....	90
4.7	Anwendungsbereich des Gesetzes und seine Grenzen	90
4.8	Etablierung eines nationalen oder Branchen-Mindestlohns auf Grundlage des MinArbBG ?	93
4.8.1	Reformüberlegungen	94
4.8.2	Spezialgesetzliche Regelung eines Mindestlohns	95
4.8.3	Fazit	97
4.9	Branchen-Mindestlohn oder nationaler Mindestlohn ?	97
4.9.1	Wirkungen eines Branchen-Mindestlohns.....	97
4.9.2	Wirkungen eines nationalen Mindestlohns.....	98
4.10	Staatliche Festsetzung eines Mindestlohns und verfassungsrechtliche Zulässigkeit.....	99
4.10.1	Mindestlohn und Tarifautonomie	100
4.10.2	Mindestlohn und Vertragsfreiheit.....	102
4.10.3	Mindestlohn und Berufsfreiheit.....	103
5	Richterrechtliche Entgeltkorrekturen (Dr. Gabriele Peter)	104
5.1	Einführung	104
5.2	Das Verbot sittenwidriger Löhne.....	106
5.2.1	Bezugsgrößen-Problematik	107
5.2.2	Indikatoren sittenwidriger Entgeltabreden	109
5.3	Strafbarer Lohnwucher	112
5.4	Entgeltkorrektur durch Billigkeitskontrolle.....	114
5.4.1	Billigkeitskontrolle vor der Schuldrechtsreform 2002	114
5.4.2	AGB-Kontrolle nach der Schuldrechtsreform.....	117
5.4.3	Inhaltskontrolle nach Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts.....	120
5.4.4	Maßstab der Billigkeitskontrolle	122
5.5	Grundsätzliche Probleme der gerichtlichen Inhaltskontrolle.....	124
5.6	Verbesserung der Rechtsdurchsetzung durch ein Verbandsklagerecht	125
6	Übergreifende Fragen (Prof. Dr. Ulrich Zachert)	128
6.1	Verstoß der Regelungsmöglichkeiten und Alternativen gegen die Koalitionsfreiheit (Tarifautonomie)?.....	128
6.1.1	Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes und Begrifflichkeit.....	128
6.1.2	Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Vereinbarkeit von Allgemeinverbindlichkeit, Arbeitnehmer-Entsendegesetz und Tariftreueerklärung mit Art. 9 Abs. 3 GG	129
6.1.3	Elemente einer Bestimmung der Reichweite der (negativen) Koalitionsfreiheit	133
6.2	Verknüpfungen der gesetzlichen Regelungen und Instrumente zur Einhaltung tariflicher Mindeststandards	135
6.2.1	Eingrenzung und Zielsetzung der Fragestellung	135

6.2.2	Beurteilungskriterien einer Verknüpfung der Regelungen und Instrumente	136
6.2.3	Folgen einer Verknüpfung der Regelungen und Instrumente.....	138
6.3	Ausblick: Bedingungen zur Revitalisierung der Tarifautonomie	139
	Literaturverzeichnis.....	141

1 Allgemeinverbindlicherklärung (Prof. Dr. Ulrich Zachert)

1.1 Allgemeine Voraussetzungen und Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung

1.1.1 Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Allgemeinverbindlicherklärung

Die Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) sind umfassend im Tarifvertragsgesetz (TVG) und einer Durchführungsverordnung in der Fassung vom 16.1.1989 festgelegt (DVO-TVG).

Nach § 5 Abs. 1 TVG kann der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung einen Tarifvertrag auf Antrag einer Tarifvertragspartei und im Einvernehmen mit einem paritätisch besetzten Ausschuss (Tarifausschuss) für allgemeinverbindlich erklären, wenn

- die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der unter dem Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen und
- die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheint.

Von beiden Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen, kann nach § 5 Abs. 1 S. 2 TVG abgewichen werden, wenn die AVG zur Behebung eines sozialen Notstands erforderlich erscheint.

In der Praxis macht der Bundesarbeitsminister häufig von seinem Recht nach § 5 Abs. 6 TVG Gebrauch, das Recht zur AVE der obersten Behörde eines Landes zu übertragen. Der § 12 DVO-TVG konkretisiert diese Delegationsbefugnisse dahin, dass es sich um Tarifverträge mit regional begrenztem Geltungsbereich handeln muss, was nach der Struktur der Tarifverträge in Deutschland typischerweise der Fall ist.

Die Rechtsfolge der AVE regelt § 5 Abs. 4 TVG. Danach werden die Rechtsnormen des Tarifvertrages innerhalb seines fachlich räumlichen Geltungsbereichs auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber und nicht tarifgebundene Arbeitnehmer erstreckt. Der Tarifvertrag findet also unmittelbar und zwingend auf das Arbeitsverhältnis Anwendung, und zwar unabhängig von der Tarifgebundenheit kraft Organisationszugehörigkeit oder einzelvertraglicher Bezugnahme auf den Tarifvertrag.

Die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge und ihre Aufhebung müssen veröffentlicht werden: § 5 Abs. 7 TVG in Verbindung mit §§ 14 – 16 DVO-TVG.

1.1.2 Funktionswandel der AVE

Historisch hatte die AVE die Funktion, Arbeitnehmer und Arbeitgeber vor Lohndumping und sog. „Schmutzkonzurrenz“ zu schützen. Sie war bereits in der Tarifverordnung vom 23.12.1918 vorgesehen. In diesem Sinne kam der AVE in der Weimarer Republik eine große praktische Bedeutung zu: Ende der zwanziger Jahre unterlagen mehr als 50 % aller tarifgeregelten Arbeitsverhältnisse allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen. Auch für die Arbeitgeberseite hatte die AVE eine wichtige wettbewerbslenkende Funktion gegenüber verbandsförmig nicht oder anders gebundenen Unternehmen.

Heute erweist sich die Bedeutung der AVE zur Vermeidung von Lohndumping nur noch von geringerer Bedeutung, denn nur ein kleinerer Teil der allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge sind Entgelttarifverträge oder Tarifverträge über Ausbildungsvergütungen. Größeres Gewicht hat die AVE im Bereich der tariflichen Sozialpolitik, die nur auf der Grundlage allgemeinverbindlich erklärter Tarifnormen wirksam durchgeführt werden kann. Es geht dabei vor allem um Gemeinsame Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG über die betriebliche Altersversorgung, Altersteilzeit, betriebliche Urlaubsregelungen, Regelungen zur Berufsbildung usw. Zugleich werden durch die AVE Tarifverträge, die derartige gesetzliche Regelungsmöglichkeiten in die Praxis umsetzen, in ihrer Wirkung verstärkt.¹

Allerdings gibt es Tendenzen, wonach die ursprüngliche Funktion der AVE, nämlich die Unterbindung von Schmutzkonzurrenz und damit aus Arbeitnehmersicht die Aufwertung der Schutzfunktion des Tarifvertrages wieder stärker in den Vordergrund rücken könnte. Ein Beispiel dafür ist das Arbeitnehmer-Entsendegesetz für die Bauwirtschaft vom 26.2.1996, wonach auf ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitnehmer im räumlichen Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages die Tarifnormen zwingend Anwendung finden.² Zweck dieses Gesetzes mit seinen Verfahrensregelungen ist es, vor allem ein Mindestentgelt beim grenzüberschreitenden Einsatz von Personal im Baugewerbe und angrenzenden Gewerben festzulegen (im Einzelnen unter II. des Gutachtens).

¹ Kirsch/Bispinck, Informationen zur Tarifpolitik, Allgemeinverbindliche Tarifverträge 2/2000, S. 2; Kempen/Zachert, TVG, 3. Aufl. 1997, § 5 Rn. 1 ff.; Wank, in Wiedemann, TVG, 6. Aufl. 1999, § 5 Rn. 2 ff.

² Kempen/Zachert, TVG, § 5, Rn. 11, Kreimer-de-Fries, in Bispinck, Hrsg., Tarifpolitik der Zukunft, 1998, S. 205, 226.

Ferner ergibt sich nach der Rechtsprechung als mittelbare Folge aus dem sozialpolitisch erstrebten Schutzzweck der AVE eine Wettbewerbsbeschränkung (Kartellwirkung) zwischen Organisierten und Außenseitern.³

In seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1977 umschreibt das Bundesverfassungsgericht die Ziele und Zweckrichtungen der AVE wie folgt: Die fehlende Tarifbindung eines Partners oder beider Partner von Arbeitsverhältnissen, die in den räumlichen, persönlichen, fachlichen und betrieblichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags fallen, könnten insbesondere in Zeiten nachlassender Konjunktur und gefährdeter Vollbeschäftigung schwerwiegende Nachteile für die Tarifgebundenen und Gefahren für die Verwirklichung des Tarifvertrages zur Folge haben. Nichtorganisierte Arbeitnehmer könnten Gewerkschaftsmitglieder beim Wettbewerb um knapp gewordene Arbeitsplätze dadurch verdrängen, dass sie auf untertarifliche Arbeitsbedingungen eingehen. Arbeitgeber könnten sich durch bevorzugte Einstellung von Außenseitern zu untertariflichen Löhnen Konkurrenzvorteile verschaffen. Diesen als „Lohndrückerei“ und „Schmutzkonkurrenz“ bezeichneten Missständen wirke die AVE des Tarifvertrages entgegen.⁴

1.1.3 Zur Praxis der AVE

a) Die Zahl der AVEs ist in den alten Bundesländern kontinuierlich zurückgegangen. Auch in den neuen Bundesländern ist sie seit 2001/2002 zum Stillstand gekommen.

Von den am 1. Januar 2001 ca. 55.000 gültigen Tarifverträgen waren knapp 1 %, nämlich 542 allgemeinverbindlich (im Vorjahr 551). Von den Ursprungstarifverträgen waren dies am 1. Januar 2001 282 gegenüber 316 für allgemeinverbindlich erklärten im Vorjahr (2000). Die übrigen 260 allgemeinverbindlichen Tarifverträge sind vor allem Änderungstarifverträge und Protokollnotizen.⁵

³ BAG 12.10.1988, ZTR 1989, 108, 109; Kempen/Zachert, TVG, § 5, Rn. 2, Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 5.

⁴ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 323 f.

⁵ Kirsch/Bispinck, Informationen zur Tarifpolitik Allgemeinverbindliche Tarifverträge 2/2002, S. 2ff.

Von den ca. 5,6 Millionen Beschäftigten, die insgesamt unter der Geltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge arbeiten, entsteht für etwa 1 Million die Tarifbindung erstmalig, also nicht Kraft Organisationszugehörigkeit oder durch einzelvertragliche Bezugnahme.⁶

Noch stärker rückläufig als die Gesamtzahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge ist die Zahl der allgemeinverbindlichen Tarifverträge über die Höhe der Arbeitsentgelte und Ausbildungsvergütungen. Am 1. Januar 2001 waren es 53 (im Vorjahr 61). Damit hat sich der Höchststand der für allgemeinverbindlich erklärten Entgelttarifverträge vom Januar 1991 mit 124 auf weit weniger als die Hälfte verringert.

In dem Geltungsbereich dieser allgemeinverbindlichen Entgelttarifverträge waren am 2. Januar 2001 insgesamt etwas mehr als 1 Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt. Davon sind etwa 0,7 Millionen bei Arbeitgebern tätig, die bereits aufgrund von Verbandsmitgliedschaft an den jeweiligen Tarifvertrag gebunden sind. Somit entsteht lediglich für 0,3 Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch eine Allgemeinverbindlicherklärung eine bisher nicht vorhandene Bindung an einen Entgelttarifvertrag.⁷

b) Zentrale Bedeutung im Wirtschaftsleben erlangte die Allgemeinverbindlicherklärung in bestimmten Wirtschaftszweigen vor allem im Groß- und Einzelhandel, wo traditionell überproportional Frauen beschäftigt sind sowie im Baugewerbe und in den Baunebengewerben. Zusammen entfallen etwa 66 % aller im Geltungsbereich von Allgemeinverbindlicherklärungen beschäftigten Arbeitnehmer auf diese beiden Wirtschaftsgruppen. Zählt man die Reinigung und Körperpflege, Gaststätten und Beherbergung sowie Nahrungs- und Genussmittel hinzu, so arbeiten etwa 90 % aller von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen Betroffenen in diesen fünf Wirtschaftsgruppen.⁸

⁶ Kreimer-de-Fries in Bispinck, Hrsg., Tarifpolitik der Zukunft, S. 205, 216; Wonneberger, Die Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, 1992, S. 48.

⁷ Clasen, Bundesarbeitsblatt 2002, S. 41, 42; „Tarifvertragliche Arbeitsbedingungen im Jahr 2001 unter: www.bma.de, Rubrik „Arbeit“ unter „Arbeitsrecht“, Kirsch/Bispinck, Informationen zur Tarifpolitik Allgemeinverbindliche Tarifverträge 2/2002, S. 3.

⁸ Kreimer-de-Fries in Bispinck, Hrsg., Tarifpolitik der Zukunft, S. 205, 216; ähnlich Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 11; Kirsch/Bispinck, Informationen zur Tarifpolitik Allgemeinverbindliche Tarifverträge 2/2002, S. 4 f.

1.1.4 Kritik und Antikritik der AVE

a) Die Kritik der AVE aus neoliberaler Sicht wurde erstmalig deutlich nach dem Politikwechsel zu Beginn der 80er Jahre formuliert. Die weitestgehenden Konzeptionen gingen dahin die AVE aus ordnungs- und/oder arbeitsmarktpolitischen Gründen vollständig abzuschaffen. Nach anderen Vorschlägen soll das „öffentliche Interesse“ eng definiert werden, vor allem wird eine Begrenzung auf das Funktionieren von gemeinsamen Einrichtungen befürwortet. Wiederum andere Überlegungen gehen dahin, Möglichkeiten zu schaffen, dass eine AVE bei akuter Arbeitsplatzgefährdung aufgehoben wird.⁹ Diese Kritik ist in den folgenden Jahren nicht verstummt, vielmehr in verschiedenen Spielarten periodisch wiederkehrend formuliert worden.¹⁰ Im Kern richtet sie sich gegen die Wettbewerbsfunktion der AVE, eine freie Konkurrenz der Lohn- und Arbeitsbedingungen zu verhindern oder jedenfalls einzuschränken.¹¹ Durch Deregulierung sollen neue Arbeitsplätze geschaffen werden.

Auf Arbeitgeberseite ist zu beobachten, dass die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) in den letzten Jahren eine restriktivere Handhabung der AVE gefordert und durch ihre Vertreter im Tarifausschuss beim Bundesarbeitsministerium durchgesetzt hat.¹² Dies wird mit dazu beigetragen haben, dass die Zahl der Anträge auf AVE deutlich zurückgegangen ist und mit 77 im Jahr 2001 gegenüber z. B. 191 im Jahr 1997 einen historischen Tiefstand erreichte.¹³

b) Gerade umgekehrt zielt eine Kritik aus einer ganz anderen Richtung darauf ab, die AVE aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes effizienter zu machen: Weil der Tarifvertrag an Autorität verliere und u. a. an seinen Rändern Erosionserscheinungen festzustellen seien, müssten die Voraussetzungen der AVE, etwa das (faktische) Vetorecht im Tarifausschuss eingeschränkt oder beseitigt und das öffentliche Interesse in diesem Zusammenhang klarer

⁹ Überblick bei Ansey/Koberski, AuR 1987, S. 230; Kreimer-de Fries in Bispinck Hrsg., Tarifpolitik der Zukunft, S. 220 f; Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 178 – jeweils m. Nachw.

¹⁰ Z.B. 10. Hauptgutachten der Monopolkommission 1992/1993, Deutscher Bundestag Drucks. 12/8323 vom 22.7.1994.

¹¹ BAG 12.10.1988, ZTR 1989, 108, 109; Kempfen/Zachert, TVG, § 5, Rn. 2; Wank in Wiedemann, TVG, § 5 Rn. 5.

¹² Kirsch/Bispinck, Informationen zur Tarifpolitik Allgemeinverbindliche Tarifverträge 2/2002, S. 5 f; Kreimer-de-Fries, in Bispinck, S 221; Thelen, Die Arbeitgeber wollen das Tarifkartell Schritt für Schritt abschütteln, Handelsblatt 28.6.2001.

¹³ Kirsch/Bispinck, Informationen zur Tarifpolitik Allgemeinverbindliche Tarifverträge 2/2002, S. 6.

gefasst werden.¹⁴ Ziel ist es, vor dem Hintergrund der abnehmenden Zahl von AVEs die Voraussetzungen ihres Zustandekommens zu erleichtern.

1.1.5 Rechtsvergleichende Aspekte – die europäische Dimension

Ein Blick über die Grenzen zeigt, dass die europäischen Nachbarstaaten ausnahmslos eine Erweiterung des Geltungsbereichs des Tarifvertrages durch staatlichen Akt kennen.¹⁵ Im Verhältnis zu zahlreichen europäischen Ländern, die zum Teil eine gesetzliche erga-omnes-Bindung des Tarifvertrages vorsehen (Spanien) oder in denen die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers reicht (Frankreich) oder die durch richterliche Gestaltungsmacht den Tarifvertrag auf alle Arbeitnehmer erstrecken (Italien), weisen die deutschen Tarifstrukturen mit lediglich punktuellen Ausnahmen von der begrenzten Wirkung des Tarifvertrages vergleichsweise offene und flexible Strukturen auf.¹⁶

1.2 Die 50 Prozentquote und Möglichkeiten ihrer Veränderung

1.2.1 Die geltende Rechtslage

- a) Eine AVE setzt voraus, dass mindestens die Hälfte der Arbeitnehmer, die künftig unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen, bei Arbeitgebern beschäftigt werden, die tarifgebunden sind: § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG. Im Unterschied zur TVO von 1918, die verlangte, dass der Tarifvertrag für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangte,¹⁷ kommt es nach geltendem Recht auf eine (überwiegende) Tarifgebundenheit der Arbeitnehmer nicht an.

Obwohl die Regelung praktikabler ist als ihr „Vorläufer“ aus der Weimarer Republik, kann ihre Anwendung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Vor allem die Zahl sämtlicher Arbeitnehmer, die in den Geltungsbereich des für die AVE in Aussicht genommenen

¹⁴ Däubler, in FS für Kehrmann, S. 281, 286 ff., 289 f.; Hensche, ArbRGgw 1997, S. 35, 45.

¹⁵ Wonneberger, Die Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, S. 12 ff.; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1963, Rn. 1288; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, 1997, S. 882 f.; ferner Überblick in RdA 1989, S. 356 f.

¹⁶ Ausführlich Zachert, Hrsg., Die Wirkung des Tarifvertrages in der Krise, 1991; ders., DB 1991, S. 1221 ff.; Rebhan, RdA 2002, S. 214 ff.

¹⁷ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 893; Wank in Wiedemann, § 5, Rn. 64; Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung S. 66 f.

Tarifvertrages beschäftigt sind, ist exakt nicht leicht zu ermitteln.¹⁸ Gegebenenfalls reichen sorgfältige Schätzungen aus, von deren Richtigkeit das Arbeitsgericht im Prozess um eine allgemeinverbindliche Norm ausgehen kann, bis sie durch konkretes Parteivorbringen erschüttert werde.¹⁹ Eine Bandbreite zwischen 45 - 55 % soll bereits zu weit sein, um eine AVE in Kraft setzen zu können.²⁰

- b) Zum Zweck der 50 %-Grenze werden in der Rechtslehre unterschiedliche Akzente gesetzt.

Überwiegend wird davon ausgegangen, der einschlägigen Regelung liege die Erwägung zugrunde, dass eine Minderheit der Arbeitgeber die übrigen nicht majorisieren dürfe.²¹ Damit ist auf den Gleichheitsgrundsatz Bezug genommen, - und ohne dass dies explizit erwähnt wird, - das Demokratieprinzip berührt.

Gamillscheg stimmt hiermit in der Sache überein, wertet die 50 %-Regelung allerdings als Ausdruck des Gedankens der Repräsentativität, der sich hier einmal im Recht niederschlagen habe.²²

Demgegenüber gehen Löwisch/Rieble davon aus, mit dem 50 %-Quorum werde dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen: Die Allgemeinverbindlicherklärung schränke die Berufsausübung und Vertragsfreiheit vor allem der nichtorganisierten Arbeitgeber ein. Das sei nicht mehr hinnehmbar, wenn diese die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse stellen und sich damit gegen das Tarifvertragssystem, jedenfalls gegen die Tarifbedingungen des für die Allgemeinverbindlichkeit in Betracht kommenden Tarifvertrages entschieden hätten. Habe sich ein Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich am Arbeitsmarkt nicht durchgesetzt, impliziere das die fehlende Akzeptanz und

¹⁸ Im Einzelnen Aigner, DB 1994, S. 2525 mit weiteren Einzelheiten; das dort angesprochene Problem der statistischen Verfassung der geringfügig Beschäftigten dürfte trotz der Verbesserung der Datenlage nach Inkrafttreten der Novellierung der §§ 7 Abs. 4 und 8 SGB IV usw. im Jahr 1999 nicht überwunden sein.

¹⁹ BAG 11.6.1975, AP Nr. 29 zu § 2 TVG; BAG 24.1.1979, AP Nr. 16 zu § 5 TVG; neuestens ArbG Kassel 18.1.2001, DB 2001, 1419.

²⁰ Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung S. 69; vgl. auch Wiedemann in Anm. zu BAG 24.1.1979 und 15.7.1980, AP Nr. 16 und 17 zu § 5 TVG.

²¹ Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1251; ders. FS Kehrman, S. 287, 288; Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung S. 68; Ansey/Koberski, AuR 1987, S. 230, 232.

²² Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 892.

damit die fehlende Zumutbarkeit seiner Arbeitsbedingungen. Das 50%-Quorum sichere so wenigstens einen Rest des die Tarifmacht beschränkenden Außenseiterwettbewerbs.²³

1.2.2 Veränderungsmöglichkeiten der aktuellen Rechtslage

- a) Vorschläge einer Absenkung der vorgeschriebenen 50 %-Quote zur Erleichterung von AVEs müssen sich zunächst mit rechtlichen, vor allem verfassungsrechtlichen Einwänden auseinandersetzen. Sie sind ernst zu nehmen, scheinen allerdings nicht unüberwindbar. Sodann stellt sich die Frage nach der Durchführbarkeit und Zweckmäßigkeit derartiger Überlegungen.

Was zunächst den Grundsatz betrifft, eine Minderheit der Arbeitgeber dürfe einer Mehrheit ihre Vorstellung nicht aufdrängen, so zählt das Bundesverfassungsgericht das Mehrheitsprinzip zu den fundamentalen Grundsätzen der Demokratie.²⁴ Das Mehrheitsprinzip ist Konsequenz aus dem Gleichheitsgrundsatz, der in der Demokratie jedem den gleich bemessenen Anteil an der politischen Willensbildung gibt.²⁵ Allerdings lässt das Mehrheitsprinzip im staatlich-politischen Bereich Abweichungen zu.²⁶ Übereinstimmung besteht darüber, dass es sich über die Drittwirkungslehre in der gesellschaftlichen Ebene weiter relativiert: Es gilt (lediglich) der Grundsatz, dass Entscheidungsbefugnisse der Mehrheit (in Kollegialorganen) nicht prinzipiell durch eine Entscheidungsbefugnis der Minderheit ersetzt werden dürfe.²⁷ Dies spricht dafür, dass eine Unterschreitung des 50 %-Quorums jedenfalls nicht auf absolute verfassungsrechtliche Grenzen stößt.

Entsprechendes gilt für den Gedanken der Repräsentativität, der in seiner verfassungsrechtlichen Absicherung noch schwächere Konturen aufweist als das Mehrheitsprinzip.²⁸

Legt man den Gedanken zugrunde, dass 50 %-Quorum sichere den Außenseiterwettbewerb und entspreche deshalb der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG, deren Grenzen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz markiert werde, dann gilt: Je intensiver die

²³ Münch ArbR/Löwisch/Rieble, Bd. 3, 2. Aufl. 2000, § 268, Rn. 32.

²⁴ BVerfG 6.10.1970, BVerfGE 29, 154, 165.

²⁵ Badura, Staatsrecht, 2. Aufl. 1996, D 9, Rn. 8.

²⁶ Badura, Staatsrecht, aaO; Herzog, in Maunz/Dürig/Herzog, Kommentar zum GG, Art. 20, Rn. 16.

²⁷ Herzog in Maunz/Dürig/Herzog, Kommentar zum GG, Art. 20, Rn. 16, 49, 52.

²⁸ Verfassungsrechtlich ist das „Repräsentationsprinzip“ angesprochen, das ebenfalls Ausdruck des Demokratiegrundsatzes ist: Jarass/Pieroth, GG 5. Aufl. 2000, Art. 20, Rn. 15 und Art. 38, Rn. 24.

Berufsfreiheit (der Außenseiter) eingeschränkt wird, desto schwerer müssen die Gründe dafür wiegen und desto strenger ist die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Prüfungsprogramms der Verhältnismäßigkeit mit seinen Elementen Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit.²⁹ Die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit einer Außenseitermehrheit könnte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung dadurch gerechtfertigt werden, dass ansonsten die Anwendung der tariflichen Standards als Ausdruck der Schutzfunktion der AVE gefährdet wäre (hierzu Kap. I. 1.2 des Gutachtens). Damit ist der Gesichtspunkt ihrer Effizienz angesprochen, der jedenfalls grundsätzlich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt wird. Nach dem Bundesverwaltungsgericht begünstigt § 5 TVG bewusst die Tarifparteien, die bei ihrer Ausgestaltung dazu beitragen sollen, die Effektivität der tariflichen Normsetzung zu wahren.³⁰ In diesem Sinne bezeichnet ebenfalls das Bundesverfassungsgericht die AVE als „ein Instrument, das die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen des Tarifvertrages zu größerer Durchsetzungskraft verhilft.“³¹ Empirische Angaben über Wirksamkeitsdefizite der AVE der letzten Jahre (Kap.I.1. 3 des Gutachtens) stützen die rechtspolitischen Vorschläge, welche auf eine Erleichterung ihres Zustandekommens abzielen und wären im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung des Art. 12 GG zu berücksichtigen. Dass sogar prinzipiell auf das 50 %-Quorum verzichtet werden kann, zeigt die (Ausnahme-)vorschrift des § 5 Abs. 1 S. 2 TVG: Bei einem „sozialen Notstand“ ist diese Voraussetzung nicht zu prüfen (Kap.I. 4 des Gutachtens).

- b) Erscheint das 50 %-Quorum des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG demnach rechtlich nicht zwingend, so stellen sich im Hinblick auf mögliche Alternativen doch eine Anzahl von Fragen.

Zum einen ist das Risiko eines möglichen Rechtswidrigkeitsverdikttes nicht völlig auszuschließen, wenn das Quorum stark gesenkt wird. Zum anderen erweist es sich grundsätzlich als schwierig, eine Schwelle unterhalb der 50 % Grenze überzeugend zu begründen. Soll diese bei 40 %, bei einem Drittel oder sogar einem Viertel der tarifgebundenen Arbeitgeber liegen? Lässt sich das Quorum ggf. offen gestalten, so dass es in einer gewissen

²⁹ ErfK/Dieterich, 2. Aufl. 2001, Art. 12 GG, Rn. 25.

³⁰ BVerwG 3.11.1988, BVerwGE 80, 855 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG.

³¹ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 342 = AP Nr. 23 zu § 5 TVG.

Bandbreite in jedem Einzelfall vom Grad der Aushöhlungstendenzen des Tarifvertrages abhänge?³² Schließlich besteht bei jeder (erheblichen) Relativierung der 50 %-Schwelle ein gewisses Risiko, dass nicht repräsentative Tarifverträge von Konkurrenzorganisationen an den Rändern der DGB-Gewerkschaften für allgemeinverbindlich erklärt werden könnten;³³ allerdings wäre dann das „öffentliche Interesse“ nicht zu bejahen.³⁴

Erwägenswert erscheint nach allem eine (klarstellende) Regelung, dass auch bei einer gewissen Unterschreitung des 50 %-Quorums (etwa bis 5 oder 10 %) eine AVE erfolgen kann, wenn sie im „öffentlichen Interesse“ liegt (dazu nachfolgend unter 3 des Gutachtens) liegt.

1.3 Das Kriterium des „öffentlichen Interesses“ und Möglichkeiten seiner Konkretisierung

1.3.1 Zum Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Rechtslehre

- a) Zweite Voraussetzung der AVE neben dem „50 % - Quorum“ ist das „öffentliche Interesse“. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG muss die AVE im öffentlichen Interesse geboten erscheinen.

Nach dem Bundesverfassungsgericht ist das „öffentliche Interesse“ der inhaltliche Wertungsmaßstab für die subsidäre Regelungskompetenz des Staates bei der AVE, die geboten ist, um die Tarifnorm auf Außenseiter zu erstrecken:

„Die Normsetzungsprärogative der Koalitionen gelte nicht schrankenlos. Es sei Sache des subsidiär für die Ordnung des Arbeitslebens weiterhin zuständigen Gesetzgebers, die Betätigungsgarantie der Koalitionen in einer den besonderen Erfordernissen des jeweiligen Sachbereichs entsprechenden Weise ...näher zu regeln.

In diesem rechtlichen Zusammenhang stehe die Allgemeinverbindlicherklärung. Soweit ein öffentliches Interesse daran bestehe, dass im Geltungsbereich eines Tarifvertrages alle Arbeitsverhältnis in ihren Mindestbedingungen inhaltlich gleich gestaltet sind, bewirke

³² Kritisch gegenüber ähnlichen Überlegungen bei der Definition des „öffentlichen Interesses“: Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 85.

³³ Man denke an den sogenannten „Phönix-Tarif“ der Christlichen Gewerkschaft Metall (CGM) in den neuen Bundesländern: „Stumpfe droht mit Phoenix-Tarif“, Handelsblatt 28.5.1998; um den Gewerkschaftsstatus dieser Organisation wird aktuell ein Rechtsstaat geführt.

³⁴ Vgl. auch BVerfG 18.7.2000 (Kammer), AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

sie, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Rechtsnormen auch für die Nichtverbandsmitglieder verbindlich wären. Dadurch werde die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen gesichert. Die antragsabhängige Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich in dieser Beziehung als ein Instrument, das die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen solle, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft. Daneben diene sie dem Ziel, den Außenseitern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern. Insoweit beruhe die Allgemeinverbindlicherklärung auf der subsidiären Regelungszuständigkeit des Staates, die immer dann eintrete, wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen und ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich mache“.³⁵

Darüber, was unter dem „öffentlichen Interesse“ zu verstehen ist, gibt es im Arbeitsrecht und öffentlichen Recht eine umfassende Diskussion,³⁶ ohne dass es bislang gelungen wäre, die Umriss einer inhaltlichen Begriffsbestimmung annähernd präzise zu bestimmen.³⁷ Einigkeit besteht weitgehend darüber, dass dieser Begriff für § 5 TVG eigenständig im Licht der Aufgaben auszulegen ist, die der Tarifautonomie gestellt sind. Ihr wichtigstes Element ist die Forderung, vielfach die Ermöglichung der tariflichen Regelung überhaupt: Der Staat würde seine eigene Normsetzungsmacht nicht weit zurücknehmen, wäre es nicht im öffentlichen Interesse, dass von der Tarifautonomie umfassender Gebrauch gemacht wird. Öffentliches Interesse und die Zwecke der Allgemeinverbindlicherklärung gehen deshalb ineinander über, sie sind im Grund zwei Seiten der selben Medaille.³⁸

- b) Bei allen Unschärfen im einzelnen haben sich bei der Auslegung von § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG in den Stellungnahmen der Rechtslehre, die durch einige (höchstrichterliche) Ent-

³⁵ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 342.

³⁶ Besonders ausführlich dargestellt von Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, S. 69 ff.

³⁷ Zum Hintergrund: Kempen/Zachert, TVG, Grundl., Rn. 135 ff.

³⁸ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 893.

scheidungen bestätigt wurden³⁹, bestimmte typische Konstellationen heraus gebildet, in denen das öffentliche Interesse bejaht wird.⁴⁰

Das Bundesverfassungsgericht nennt in seiner Grundsatzentscheidung von 1977 an erster Stelle die Gefährdungen des Arbeitsfriedens durch Aushöhlung des Tarifvertrages. Um die von Art. 9 Abs. 3 intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abzustützen, soll den Normen des Tarifvertrages zu größerer Durchsetzungskraft verholfen werden.⁴¹ Gleichrangig geht es um das Interesse, den Außenseitern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern⁴² und damit Lohndrückerei und sogenannte Schmutzkonzurrenz zu beseitigen.⁴³

Das OVG Berlin bringt in einer (frühen) Entscheidung diese beiden ersten Funktionen der AVE wie folgt anschaulich zum Ausdruck: Die AVE eines Tarifvertrages liege im öffentlichen Interesse, wenn ein allgemeines Bedürfnis bestehe, gleichartige, dauerhafte und angemessene soziale Arbeitsbedingungen durchzusetzen, den Arbeitsfrieden zu sichern sowie Lohndrückerei und einen nicht tragbaren, von einer widerstrebenden Minderheit bewirkten unlauteren Wettbewerb (Schmutzkonzurrenz) zu beseitigen, durch den unbillige, d.h. weder sittlich noch wirtschaftlich gerechtfertigte Vorteile erlangt werden. Außerdem solle verhindert werden, dass das Tarifgefüge erschüttert wird.⁴⁴

³⁹ Wegen des dem Ministerium eingeräumten weiten Beurteilungsspielraums gibt es nur wenige Konkretisierungen in der Rechtspr.: Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 69.

⁴⁰ Zu folgendem aus der Rechtslehre insoweit im Kern übereinstimmend: Däubler, Tarifvertragsrecht, Rdnr. 1253; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 894; Kempen/Zachert, TVG, § 5 Rn. 15; A. Stein, Tarifvertragsrecht, 1977, Rn. 205 ff; Wank in Wiedemann, TVG, § 5 Rn. 69 ff; ferner: Aigner, DB 1994, S. 2545, 2546; Asney/Koberski, AuR 1987, S. 230; Däubler, FS Kehrman, S. 281, 289 ff; Wonneberger, die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, S. 69 ff; stärker methodisch-inhaltlich: Wiedemann, RdA 1987, S. 265 ff; enger demgegenüber: von Hoyningen-Huene, BB 1986, S. 1909, 1910 ff; hierzu a.A. Schlachter, BB 1987, S. 758 ff.

⁴¹ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 325, 342.

⁴² BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 325.

⁴³ BAG 12.10.1988, ZTR 1988, 108, 109; OVG Berlin 15.3.1957 AP Nr. 3 zu § 5 TVG; ähnlich LAG Saarland 3.2.1988 – I Sa 133/87, siehe Aigner, DB 1994, S. 2545, dort Fn. 12 u. 19.

⁴⁴ OVG Berlin, 15.3.1957, AP Nr. 3 zu § 5 TVG.

- Allerdings ist die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang nicht völlig eindeutig darüber, ob die AVE (auch) mit Konkurrenzerwägungen im Verhältnis der Arbeitgeber untereinander begründet werden kann.⁴⁵
 - Ferner liegt ein öffentliches Interesse vor, um die Funktionsfähigkeit von tariflichen Einrichtungen zu gewährleisten, die sich praktisch bewährt haben, vor allem Gemeinsame Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG.⁴⁶
 - In besonderem Maße gelten diese Grundsätze, wenn die AVE konkreten Zielvorstellungen des Gesetzgebers entspricht, etwa betrieblichen Alters-(Vorruhestand) und Invalidenrentensystemen⁴⁷ oder auch der Sicherung von Mindestlöhnen durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz.⁴⁸
 - Umstritten ist, ob das öffentliche Interesse (immer automatisch) zu bejahen ist, wenn die anerkannten Kriterien vorliegen (weiter Ansatz)⁴⁹ oder ob zusätzliche Gesichtspunkte, vor allem arbeitsmarktpolitische Aspekte, zu berücksichtigen sind, um diesem Kriterium Rechnung zu tragen.⁵⁰
- c) Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der die weit überwiegenden Stellungnahmen in der Rechtslehre zustimmen, kommt der Behörde bei der Entscheidung darüber, ob die AVE im öffentlichen Interesse liegt, ein weiter Beurteilungsspielraum zu.

Das Bundesverfassungsgericht spricht von einem „eigenen pflichtgemäßen Ermessen“ oder einem „Gestaltungsfreiraum“.⁵¹ Nach dem Bundesverwaltungsgericht steht dem zuständigen Minister bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Allgemeinverbindlichkeit ein „weites normatives Ermessen“ zu. Die rechtlichen Grenzen dieses Ermes-

⁴⁵ Bejahend BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 323; OVG Berlin 15.3.1957, AP Nr. 3 zu § 5 TVG; grundsätzlich ablehnend: BAG 4.5.1977, AP Nr. 30 zu § 1 Tarifverträge: Bau; BAG 24.1.1979, AP Nr. 16 zu § 5 TVG; wohl auch BAG 12.10.1988, ZTR 1988, 108, 109.

⁴⁶ Vgl. BAG 24.1.1979, AP Nr. 16 zu § 5 TVG und BAG 28.3.1990, AP Nr. 25 zu § 5 TVG.

⁴⁷ Vgl. BAG 28.3.1990, AP Nr. 25 zu § 5 TVG; BVerfG 10.9.1991, AP Nr. 27 zu § 5 TVG.

⁴⁸ Däubler, FS Kehrman, S. 281, 289 f.

⁴⁹ So die h.M.: Wonneberger, Die Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 78; Aigner, DB 1994, S. 2544; Däubler, FS Kehrman, S. 281, 289.

⁵⁰ MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268, Rn. 82; vgl. auch BVerwG 3.11.1998, AP Nr. 23 zu § 5 TVG = BverwGE 80, 355: „Sonstige öffentliche Interessen, etwa arbeitsmarkt- und sozialpolitische Erwägungen.“

⁵¹ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 344; BVerfG 10.9.1991 (Kammerentscheidung), AP Nr. 27 zu § 5 TVG.

sens seien erst dann überschritten, wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zwecks der Ermächtigung und der hiernach zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Interessen – einschließlich der Interessen der Tarifvertragsparteien – schlechthin unvertretbar oder unverhältnismäßig ist.⁵² Das Bundesarbeitsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der zuständigen Behörde ein „weiter Beurteilungsspielraum“ einzuräumen sei. Lediglich wenn der Behörde wesentliche Fehler vorzuwerfen seien, komme eine gerichtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung in Betracht.⁵³

Gegen diese Ansicht, die in der Rechtslehre weitgehend Zustimmung findet⁵⁴, wendet sich entschieden Gamillscheg: Das fast grenzenlose Ermessen des Ministers werde dem Gewicht der Tarifautonomie nicht gerecht. Zumindest bei beiderseitigem Antrag könne die Behörde nicht so gut wie unbeschränkt schalten und walten. In dem Ausschnitt der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, in dem solche Entscheidungen zu treffen seien, könne der Minister keine Zweckmäßigkeitkontrolle ausüben, weil er sonst in die Rolle eines „Treuhanders der Arbeit“ schlüpfe.⁵⁵

Auch wenn diese Einwände ernst zu nehmen sind, so ist doch die Grenze zwischen Rechts- und Zweckmäßigkeitkontrolle im Einzelfall nicht leicht zu ziehen und eine verstärkte gerichtliche Kontrolle⁵⁶, die die Folge dieser Ansicht wäre, würde die Rechtsprechung zumindest tendenziell überfordern.⁵⁷

⁵² BVerwG 3.11.1988, AP Nr. 23 zu § 5 TVG = BVerwGE 80, 355, das die Entscheidung des Ministers für Arbeit und Soziales des Landes NRW vom 29.1.1987, DB 1987, S. 643 bestätigt.

⁵³ Z.B. BAG 3.2.1965, AP Nr. 12 zu § 5 TVG; BAG 24.1.1979, AP Nr. 16 zu § 5 TVG; BAG 28.3.1990, AP Nr. 25 zu § 5 TVG.

⁵⁴ Siehe nur: Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 70; Kempen/Zachert, TVG, § 5, Rn. 15; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rdnr. 1253 – jeweils mit Nachw.

⁵⁵ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 895.

⁵⁶ Grundlegend zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz: BVerwG 3. 1. 1988, AP Nr. 23 zu § 5 TVG = BVerwGE 80, 355; aus der Literatur: MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268, Rn. 96 ff; Kempen/Zachert, TVG, § 5, Rn. 34 ff; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 907 ff; Däubler, FS Kehrman, S. 281, 291f.

⁵⁷ Hinweise hierfür bei Gamillscheg selbst mit Lösungsvorschlägen einer Begrenzung des gerichtlichen Rechtsschutzes in diesen Fällen: Kollektives Arbeitsrecht, S. 907 f.

1.3.2 Zu den Möglichkeiten der Konkretisierung des „öffentlichen Interesses“

Bei der Weite und Komplexität des Begriffs des „öffentlichen Interesses“ muss jeder Versuch einer Konkretisierung zwangsläufig auf Schwierigkeiten stoßen. Denkbar erscheint, die anerkannten Bestandteile des „öffentlichen Interesses“, nämlich

- die Gefährdung des Arbeitsfriedens durch Aushöhlung des Tarifvertrages,
- die Sicherung angemessener Standards tariflicher Arbeitsbedingungen für Außenseiter,
- die Funktionssicherung Gemeinsamer Einrichtungen und
- die Umsetzung gesetzlicher Zielvorstellungen durch AVE

im Tarifvertragsgesetz festzulegen.⁵⁸

Will man dem folgen, dann sollte der Grundsatz der Sicherung angemessener Standards tariflicher Arbeitsbedingungen, deren Ermittlung (im Entgeltbereich) besondere Schwierigkeiten bereiten dürfte, zusätzlich um Bezugskriterien ergänzt werden. In der Rechtslehre wird insoweit der Bezugspunkt „eines Unterschreitens des Mindestniveaus vergleichbarer Tätigkeiten in anderen Berufszweigen“ vorgeschlagen.⁵⁹

Um einerseits gewisse Anhaltspunkte für die Bewertung zu bekommen, andererseits die Gebote der Offenheit für Einzelfallabwägungen und zukünftige Entwicklungen nicht zu verlieren, bietet sich an, den Katalog der anerkannten Elemente des öffentlichen Interesses nicht abschließend zu formulieren.⁶⁰

Wegen der erforderlichen Offenheit einer nicht enumerativen Aufzählung einzelner anerkannter Elemente des „öffentlichen Interesses und des weiten Beurteilungsspielraums des Arbeitsministers bei seiner Entscheidung, an dem festgehalten werden sollte (dazu vorstehend unter 3.1 c), wäre der Gewinn an Rechtssicherheit allerdings gering. Immerhin könnte sie

⁵⁸ Ggf. kommt auch die DVO-TVG in Betracht.

⁵⁹ Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts II/1, 7. Aufl., 1967, S. 678 f; Schwierigkeiten bereitet die Festlegung des Grenzwertes, vgl. die Rspr. zu § 138 BGB: BAG 23.5.2001, AuR 2001, S. 509 mit Anm. G. Peter; in der Rechtslehre wird 2/3 des Tarifentgelts ohne die tariflichen Zusatzleistungen befürwortet: Reinecke, Sonderbeilage NZA 3/2000, S. 23, 32.

⁶⁰ Vgl. etwa § 14 TzBfG, der die beispielhafte Aufzählung der sachlichen Gründe bei der Befristung durch das Wort „insbesondere“ verdeutlicht.

dazu beitragen, Auslegungskontroversen zu verringern und der Behörde Anhaltspunkte für die Entscheidung im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums zu geben. Dies würde dann eine größere Bedeutung erlangen, wenn ggf. ein Alleinentscheidungsrecht des Arbeitsministers auch ohne das Einvernehmen der Vertreter der Tarifparteien im Tarifausschuss befürwortet wird (dazu folgend unter 5).

1.4 Der Gesichtspunkt des „sozialen Notstands“ und Möglichkeiten seiner Konkretisierung

1.4.1 Zum Stand der Diskussion

- a) Auf Antrag einer Tarifpartei kann der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung die Allgemeinverbindlichkeit erklären, wenn dies „zur Behebung eines sozialen Notstands erforderlich erscheint“: § 5 Abs. 1 S. 2 TVG. Diese Regelung enthält einen Ausnahmetatbestand von den Voraussetzungen des 50-%-Quorums. Der „soziale Notstand“ ist der weitere Begriff als der des „öffentlichen Interesses“. Liegt er vor, ist ein „öffentliches Interesse“ stets zu bejahen.⁶¹

§ 5 Abs. 1 S. 2 TVG geht auf eine Änderung des Tarifvertragsgesetzes durch den Bundestag im Jahre 1952 zurück. Nahezu gleichzeitig trat das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen in Kraft. Als Begründung für die Einführung der neuen Tatbestandsalternative verwies der Gesetzgeber auf die damaligen Verhältnisse in der Landwirtschaft. Dort hatten die Arbeitgeberverbände in zahlreichen Bezirken so wenig Mitglieder, dass die 50-%-Grenze des § 5 Abs. 1 S. 1 TVG nicht erfüllbar war. Das verstärkte das unzureichende Lohnniveau in dieser Branche, da erfahrungsgemäß gerade in Wirtschaftsgebieten, in denen keine oder nur schwache Organisationen bestehen, die Lohn- und Arbeitsbedingungen oft zu wünschen übrig lassen. Vor diesem historischen Hintergrund des Gesetzes ist der (Haupt-)Zweck der AVE bei der Behebung eines sozialen Notstandes im wesentlichen durch die Verbesserung der Lohnbedingungen für Außenseiter-Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmer gekennzeichnet, die bei nicht organisierten Arbeitgebern beschäftigt sind.⁶²

⁶¹ Vgl. Kempen/Zachert, TVG, § 5, Rdnr. 16; Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 75; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 897; A. Stein, Tarifvertragsrecht, Rdnr. 208.

⁶² Zur Entstehungsgeschichte: Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts II, 1, S. 678; Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 75; Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 103 f.

- b) Da die einschlägige Bestimmung noch nie angewandt wurde, kann bei der Auslegung des Begriffs „sozialer Notstand“ auf keine Rechtsprechung zurückgegriffen werden. In der Rechtslehre sind drei Auslegungsrichtungen erkennbar.

Nach Löwisch/Rieble läuft diese Vorschrift im Ergebnis leer: Im Entgeltbereich spielen der soziale Notstand praktisch keine Rolle. Denn das Lohnwucherverbot des § 138 Abs. 1 BGB verhindere bereits unerträgliche Niedriglöhne. Seien durch Allgemeinverbindlicherklärung langwährende Gemeinsame Einrichtungen geschaffen, sinke aber die Tarifbindung auf unter 50 %, so begründe der durch das 50-%-Quorum bewirkte Verlust der Allgemeinverbindlichkeit und damit womöglich der Gemeinsamen Einrichtung ebenfalls als solcher keinen sozialen Notstand. Auch mit Blick hierauf habe der Gesetzgeber das Arbeitnehmer-Entsendegesetz geschaffen.⁶³

Demgegenüber misst die h. M. dem sozialen Notstand insbesondere bei den Löhnen in den untersten Grenzbereichen Bedeutung bei. Er liege dann vor, wenn die Löhne so niedrig liegen, dass die Arbeitnehmer nicht in der Lage seien, ihre notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse zu befriedigen. Verwiesen wird beispielhaft auf die Voraussetzungen für die Gewährung für Sozialhilfe. Ist insoweit der Anwendungsbereich schon stark eingeschränkt, so gilt dies noch mehr für allgemeine Arbeitsbedingungen wie Urlaub, Lohnfortzahlung usw., da hier gesetzliche Mindestvorschriften gelten.⁶⁴ Danach wird man als gesichert davon ausgehen können, dass diese Bestimmung greift, wenn die Löhne und Gehälter, die im Bundessozialhilfegesetz definierten Regelsätze -, nach § 12 BSHG die Mindestsätze für den notwendigen Lebensunterhalt -, nicht übersteigen oder in die Nähe dieser Mindestbedarfsätze gelangen. Räumlicher Bezugspunkt ist die Branche, eine geringe Zahl von Betroffenen wird nicht ausreichend sein.⁶⁵

Andere legen die Messlatte nicht so tief. Däubler will die Bewertungsmaßstäbe dadurch gewinnen, dass er einen Vergleich mit den in anderen Branchen üblichen Arbeitsbedin-

⁶³ MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268, Rn. 38.

⁶⁴ So im Kern mit gewissen Abweichungen: Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 77; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 897; Koberski/Clasen/Menzel, TVG, 1997, § 5, Rn. 65; Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, S. 105 f; Kempen/Zachert, sprechen von „ungerechtfertigten, wesentlichen sozialen Verzerrungen“: TVG, § 5, Rn. 16.

⁶⁵ Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, S. 105 f; Gabriele Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, 1995, S. 88 mit Hinweis auf statistische Probleme der Ermittlung.

gungen anstellt.⁶⁶ Dann werden allerdings die Grenzen zu den Bewertungskriterien des „öffentlichen Interesses“ fließend (dazu Kap. 3.1 und 3.2 des Gutachtens).⁶⁷

1.4.2 Zu den Möglichkeiten der Konkretisierung des „sozialen Notstands“

Ebenso wie beim „öffentlichen Interesse“ gibt der Befund der Diskussion in der wissenschaftlichen Debatte nicht zu großer Hoffnung Anlass, der Begriff des „sozialen Notstands“ könne ohne weiteres so präzisiert werden, dass er praktisch wird. Immerhin sollen einige Überlegungen hierzu vorgestellt werden. Zunächst trifft der Hinweis nicht zu, § 5 Abs. 1 S. 2 TVG sei bei Entgeltbedingungen obsolet, weil es das Lohnwuchergebot des § 138 BGB gebe.⁶⁸ Die gerichtliche Kontrolle ist notwendig einzelfallbezogen. Demgegenüber geht es bei der AVE wegen sozialen Notstands um generelle Regelungen für eine Vielzahl von Arbeitnehmern.

Anhaltspunkt für eine Handlungsbefugnis der Behörde oberhalb des Sozialhilfeniveaus könnte die Garantie eines Mindestlohnes in Art. 4 Abs. 1 der Europäischen Sozialcharta sein, der durch den Sachverständigenausschuss beim Europarat auf 68 % des nationalen (Brutto-) Durchschnittslohns festgelegt wurde.⁶⁹

Ferner könnten Hinweise für behördliches Handeln durch einen Blick auf die Praxis des Heimarbeitsgesetzes (HAG) gewonnen werden.⁷⁰ So wird in der (älteren) Literatur ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dem § 5 Abs. 1 S. 2 TVG der § 19 HAG verwandt sei, nach dem unter bestimmten Voraussetzungen „bindende Festsetzungen“ erfolgen können, wenn „unzulängliche Entgelte“ gezahlt werden. Sachlich beständen zwischen diesen Bestimmungen keine wesentlichen Unterschiede, denn das Bestreben des Gesetzgebers sei es, in allen Fällen zu verhindern, dass Löhne oder Entgelte gezahlt werden, die unangemessen niedrig sind und dem Arbeitnehmer keine ausreichende Existenz sichern. Bei der Entscheidung seien die besonderen Verhältnisse des Wirtschaftszweiges, aber auch die Leistungsfähigkeit der Betriebe

⁶⁶ Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1255.

⁶⁷ Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 77 lehnt diesen Bezugspunkt mit Hinweis auf den Ausnahmecharakter der Vorschrift ab.

⁶⁸ MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 268, Rn. 38.

⁶⁹ Dazu Gabriele Peter, AuR 1999, S. 289, 294; Bieback in Niedriglohnsektor und Lohnsubventionen im Spiel des Arbeits- und Sozialrechts, Hrsg. Otto-Brenner-Stiftung, 2000, S. 56.

⁷⁰ Wenig ergiebig erscheint demgegenüber die Parallele zum Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen, da es hierzu keine Praxis gibt; vgl. Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1255.

zu berücksichtigen. Das gleiche gelte auch für sonstige Arbeitsbedingungen. Unsoziale Ausbeutung der Arbeitnehmer, gesundheitsgefährdende Arbeitsbedingungen, die die Gefahr einer den allgemeinen Arbeitsfrieden störenden Spannung mit sich bringen oder zu einer allgemeinen Abwanderung aus dem Beruf führen ... seien als sozialer Notstand zu bewerten.⁷¹

Nicht hilfreich erscheint die AVE bei „sozialem Notstand“ demgegenüber in den Fällen sogenannter „Niedriglöhne“.⁷² Wenn Branchen -, auch geprägt durch einen hohen Frauenanteil -, von einem Niedriglohniveau profitieren oder dieses sogar künstlich aufrecht erhalten, nützt eine Erstreckung dieses Niedrigtarifniveaus auf Außenseiter nichts.⁷³

1.4.3 Das „Vetorecht“ der Spitzenverbände und Möglichkeiten seiner Einschränkung

1.4.4 Die geltende Rechtslage

Das Verfahren der AVE ist im § 5 TVG und der nach § 11 TVG erlassenen Verordnung zur Durchführung des Tarifvertragsgesetzes vom 16.1.1989 (DVO-TVG) geregelt. Danach erfolgt die AVE nicht von Amts wegen, vielmehr bedarf es einer zweifachen Mitwirkung der Tarifparteien. Zum einen muss die AVE durch einen Antrag einer Tarifpartei in Gang gebracht werden, zum anderen kann der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung einem Antrag auf AVE nur im Einvernehmen mit den Vertretern der Tarifparteien im Tarifausschuss stattgeben. Der beim Bundesminister errichtete Tarifausschuss besteht aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die der Bundesminister nach Vorschlägen dieser Organisationen bestellt: § 5 Abs. 1 TVG in Verbindung mit § 1 DVO-TVG. Die Verhandlungen und Beratungen des Ausschusses leitet ein Beauftragter des Bundesministers ohne Stimmenrecht: §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 S. 2 DVO-TVG. Der Ausschuss ist bei Anwesenheit aller Mitglieder beschlussfähig und fasst seine Beschlüsse mit Stimmenmehrheit: §§ 2 Abs. 2, 3 Abs. 1 S. 1 DVO-TVG.

Faktisch kann eine Bank das Zustandekommen einer AVE verhindern. Dieses Problem ergab sich erstmalig im Bausektor, wo die Arbeitgebervertreter im Tarifausschuss außerhalb der Bauwirtschaft einem entsprechenden Antrag auf AVE eines Mindestlohns nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz von 1996 zunächst ihre Zustimmung verweigerten und deshalb ins-

⁷¹ Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/1, S. 679.

⁷² Aus der umfassenden Literatur: Claus Schäfer, WSI Mitt. 2000, S. 534 ff mit Nachw.

⁷³ Vgl. Gabriele Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 89.

gesamt (zeitweilig) nach § 3 Abs. 1 DVO-TVG keine Mehrheit im Ausschuss zustande kam. Wegen dieser Schwierigkeiten wurde durch eine Novellierung von 1997 die Möglichkeit geschaffen und auch praktiziert, im Baugewerbe einen Mindestlohn durch Verordnung festzulegen.⁷⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat die einschlägige Regelung des § 2 Abs. 3 a AEntG als verfassungskonform bewertet.⁷⁵

1.4.5 Möglichkeiten der Einschränkung eines „Vetorechts“ der Spitzenverbände

Die Rechtslehre hat sich bislang eher am Rande mit der Frage beschäftigt, ob das Verfahren im Tarifausschuss geändert werden könnte mit dem Ziel, das Zustandekommen von Allgemeinverbindlicherklärungen zu erleichtern. Immerhin gibt es vereinzelt auch deutliche Kritik am derzeitigen Rechtszustand. So erscheint es Däubler zum einen höchst zweifelhaft, in welchem Umfang die Entscheidung des Tarifausschusses rechtlich vorprogrammiert sei und damit einer effektiven gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden könne. Da dem Bundesarbeitsminister ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt werde, müsse man dasselbe für den Tarifausschuss annehmen. Dabei sei jedoch ungeklärt, in wie weit er mit Rücksicht auf seine Zusammensetzung bestimmte Gesichtspunkte stärker gewichten und andere eher in den Hintergrund treten lassen dürfe. Aus Sicht der tarifschließenden Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sei daher nicht mehr sicher prognostizierbar, wie eine Entscheidung ausfallen werde und ob Aussicht auf Erfolg bestehe, gegebenenfalls eine gerichtliche Korrektur zu erreichen. Zum zweiten werfe die Mitentscheidungsbefugnis des Tarifausschusses insofern Probleme auf, als dieser anders als die Tarifparteien selbst nicht durch Mitgliedschaft legitimiert sei, gleichzeitig aber auch im Unterschied zum Bundesarbeitsminister keine demokratisch-parlamentarische Legitimation besitze. Mit der Einrichtung eines Verfahrens, das rechtsstaatlich nicht abgesicherte Blockademöglichkeiten eröffne und diese zudem einem Gremium zuweise, das weder mitgliedschaftlich noch demokratisch legitimiert sei, habe der Gesetzgeber seine Schutzpflicht ersichtlich verfehlt. Die getroffene Regelung erreiche ihr eigentliches Ziel nicht, sondern enthalte Fußangeln, die bisher lediglich deshalb nicht wirksam geworden seien, weil sich alles im Konsens regeln ließ.⁷⁶ Vorschläge, auf welche Weise das Verfahren des Tarifausschusses geändert werden soll, macht Däubler nicht. Hensche formuliert ähnliche Bedenken wie Däubler und zugleich einen Reformvorschlag: nicht zuletzt die Auseinander-

⁷⁴ Überblick bei Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 27. Aufl., 2002, Nr. 31 a, S. 1412 ff.

⁷⁵ BVerfG 18.7.2000 (Kammer), AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

⁷⁶ Däubler, FS Kehrmann, S. 286 ff.

setzungen um die Mindestlöhne am Bau sollten seiner Ansicht zu folge nachdenklich stimmen. Sei es im Lichte der Tarifautonomie hinnehmbar, dass trotz Einigung der zuständigen Tarifvertragsparteien und ungeachtet gemeinsam gestellten Antrags ein unbeteiligter Dritter gleichsam als Tarifensor die Entscheidung blockieren könne? Diese Rolle lade geradezu dazu ein, sachfremde Gesichtspunkte durchschlagen zu lassen. Der Branchennähe – jenem allseits gerühmten Prinzip tarifautonomer Regelung – diene dies jedenfalls nicht. Der einfachste und nächstliegende Reformschritt bestände darin, bei gemeinsam gestelltem Antrag die AVE auch ohne Einvernehmen mit dem Tarifausschuss zuzulassen.⁷⁷

Dieser Vorschlag würde bedeuten, dass § 5 Abs. 1 TVG entsprechend geändert werden müsste. Eine solche Reform wäre ein erster Schritt, der das gleichgewichtige Zusammenspiel tarifautonomer und staatlicher Rechtsetzung nicht in Frage stellt. Ob er für sich ausreicht, um die AVE effizienter zu machen, ist jedoch angesichts des erheblichen Rückganges der Anträge auf AVE in den letzten Jahren zweifelhaft.⁷⁸ Auch weitergehende Reformen erscheinen rechtlich möglich, wenn bestimmte Mitwirkungsrechte der Koalitionen gewährleistet bleiben. In seiner Grundsatzentscheidung von 1977 hat es das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich offen gelassen, ob die geltende Regelung verfassungsrechtlich geboten sei oder ob auch andere Lösungen mit stärkerem staatlichen Einfluss vor Art. 9 Abs. 3 GG noch Bestand haben könnten.⁷⁹ In der Entscheidung zur Verfassungskonformität der VO zur Festlegung von arbeitsrechtlichen Mindestbedingungen im Baugewerbe betonte das Bundesverfassungsgericht, der Gesetzgeber sei frei gewesen, sich für eine andere Rechtsform als die in § 5 TVG geregelte Allgemeinverbindlichkeit zu entscheiden. Dies gelte umso mehr, als eine Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3 a AEntG nur erlassen werden könne, wenn zumindest eine der tarifvertragschließenden Parteien durch einen entsprechenden Antrag ihr Interesse daran bekundet habe und auch den Außenseitern auf Grund ihres Rechts zur vorherigen schriftlichen Stellungnahme nicht jede Einflussmöglichkeit genommen sei.⁸⁰

Legt man diese Gesichtspunkte zu Grunde, so beständen keine Bedenken, § 5 Abs. 1 TVG in dem Sinne zu ändern, dass auf das Einvernehmen der Mitglieder im Tarifausschuss völlig verzichtet wird. Im übrigen bliebe das Verfahren der AVE-, ggf. mit Modifikationen, die hier

⁷⁷ Hensche, ArbRGgW 1997, S. 35, 45.

⁷⁸ Kirsch/Bispinck, Informationen zur Tarifpolitik Allgemeinverbindliche Tarifverträge, 2/2002, S. 4.

⁷⁹ BVerfG 18. 7. 2000 (Kammer), AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

⁸⁰ BVerfG 18.7.2000 (Kammer), AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

angeregt oder zur Überlegung gestellt sind -, erhalten. Noch ein Schritt weiter vom tarifautonomen hin zum staatlichen Recht, wäre die generelle Festlegung der Mindestbedingungen durch VO entsprechend der aktuellen Rechtslage im Baubereich.

Ob man eine solche Veränderung des AVE-Verfahrens anstrebt, ist nach allem keine rechtliche sondern eine rechtspolitische Frage.⁸¹ Dazu werden nachfolgend (unter 7) und abschließend (Kap. V. des Gutachtens) einige Überlegungen skizziert.

1.4.6 Sonstiges: Zusammensetzung des Tarifausschusses

Eine Reform der AVE geringer Reichweite, die bislang -,soweit ersichtlich noch nicht diskutiert wurde-, bestände darin, die Zusammensetzung des Tarifausschusses zu hinterfragen⁸² und ggf. zu ändern. Um eine größere Branchennähe der berufenen Personen zu gewährleisten, könnte z.B. § 1 DVO-TVG dahin geändert werden, dass -jeweils ggf. alternierend- ein Mitglied des Ausschusses der Branche angehören muss, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat, über dessen Allgemeinverbindlichkeit zu entscheiden ist.⁸³

1.4.7 Einige rechtspolitische Überlegungen zur Reform der AVE

1.4.8 Die Grenzlinie zwischen tarifautonomen und staatlichem Recht

Bei allen Reformen der AVE sollte im Auge behalten werden, dass es darum geht, das vereinbarte tarifautonome Recht zu stärken, es nicht - jedenfalls nicht generell - durch einen „quasi-staatlichen Akt“ zu ersetzen. In seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1977 bringt dies das Bundesverfassungsgericht wie folgt zum Ausdruck: Die antragsabhängige Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich als ein Instrument, das die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft. Daneben diene sie dem Ziel, den Außenseitern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern. Insoweit beruhe die Allgemeinverbindlicherklärung auf der subsidiären Regelungszuständigkeit des Staates, die immer dann eintritt, wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die so-

⁸¹ Kritisch hierzu neustens Heinze, FS Weinspach, 2002, S. 103, 111.

⁸² Hierzu bereits allgemeine Kritik von Däubler, FS Kehrman, S. 281, 286 f.

⁸³ Zum aktuellen Verfahren: Koberski/Clasen/Menzel, TVG, § 5 Rn.. 85.

ziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht.

In diesem Kapitel wurden verschiedene Vorschläge zum Fragenbereich 50-%-Quote, „öffentliches Interesse“, „sozialer Notstand“ und Einvernehmen der Tarifparteien gemacht, die in diesem Sinne darauf abzielen, das Instrument der AVE zu effektivieren, ohne die Balance zwischen der autonomen Rechtsetzung der Koalitionen und staatlicher Regelung in Frage zu stellen. Wann diese Grenze überschritten wird, ist abstrakt schwer zu formulieren. Der Erlass einer Verordnung an Stelle der Allgemeinverbindlicherklärung, deren rechtliche Zulässigkeit in dem Fall des § 1 Abs. 3 a AEntG mit dem Bundesverfassungsgericht nachdrücklich zu bejahen ist⁸⁴, kommt rechtspolitisch einem Paradigmenwechsel zumindest nahe. Er kann unter speziellen Voraussetzungen wie denen im Bereich des Baugewerbes gerechtfertigt, sogar notwendig sein. Vor einer Verallgemeinerung sollten andere „mildere Mittel“, wie hier vorgeschlagen, geprüft werden.

Messlatte für Reformen der AVE von geringerer Reichweite wird sein, ob sie geeignet sind, die evidenten Wirkungsdefizite dieses Instrumentes zu beseitigen, die in den letzten Jahren zu beobachten sind (dazu Kap. I. 1.2 und 1.3 des Gutachtens). Dabei bliebe auch bei weitergehenden Veränderungen, etwa dem Verzicht auf das Einvernehmen der Vertreter der Tarifparteien im Tarifausschuss, gewährleistet, dass es sich um ausgehandeltes, nicht um staatliches Recht arbeitsrechtlicher (Mindest-)Bedingungen handelt. Lediglich der Geltungsbereich der Tarifnormen wird-, ggf. auch gegen den Willen der Vertreter der einen Tarifpartei-, ausgedehnt, die Inhalte bleiben unverändert. Bewertet man dies unter rechtsvergleichenden Aspekten, so zeigt sich, dass in zahlreichen europäischen Nachbarstaaten entsprechend oder ähnlich verfahren wird.⁸⁵ Auf europäischer Ebene selbst hätte eine solche „Arbeitsteilung“ zwischen tarifautonomen Recht durch Festlegung der Inhalte und staatlichen Normen durch Geltungserstreckung gewisse Ähnlichkeiten mit dem nach Art. 139 (138) EU praktizierten Verfahren des Sozialdialogs.

1.4.9 Der Aspekt der Durchsetzbarkeit

Bei allen Reformüberlegungen ist schließlich der Gesichtspunkt der Durchsetzbarkeit von elementarer Bedeutung. Auch eine Erleichterung der Voraussetzung des Zustandekommens

⁸⁴ BVerfG 18.7.2000 (Kammer), AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

von AVEs bringt praktisch wenig, wenn die Umsetzung der erweiterten Tarifverträge nicht kontrolliert wird. Akteure der Umsetzung von Tarifverträgen sind im wesentlichen die betrieblichen Interessenvertretungen, im Bereich der privaten Wirtschaft die Betriebsräte. Wenn die Tendenz einer abnehmenden Vertretungsdichte durch Betriebsräte⁸⁶ durch das neue Betriebsverfassungsgesetz von 2001 nicht gebrochen wird, wäre an eine Verstärkung der staatlichen Aufsicht zu denken, wofür es ebenfalls in zahlreichen europäischen Ländern Vorbilder gibt.⁸⁷

Einen originellen und „systemimmanenten“ Weg sind die Tarifparteien im Berliner Gebäudereinigerhandwerk gegangen, der abschließend kurz skizziert werden soll. Im Kern geht es um die Installierung einer Prüf- und Beratungsstelle (PBST) durch einen Tarifvertrag, der für allgemeinverbindlich erklärt wurde, und zwar als Gemeinsame Einrichtung der Gebäudereiniger-Innung Berlin und der IG Bau in der Rechtsform einer GmbH. Ihre Aufgabe besteht vorrangig darin, tarifliche Ansprüche und die Einhaltung tariflicher Vorschriften zu prüfen. Dies schließt die Möglichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung ein. Der PBST ist zudem das Recht eingeräumt, unter gewissen Umständen säumige Unternehmen mit Vertragsstrafen zu belegen. Dieses Recht gilt auf Grund der AVE auch für Betriebe, die nicht Mitglied der Innung sind. Zur Finanzierung der PBST sind die Unternehmen – wiederum unabhängig von ihrer Innungsmitgliedschaft – verpflichtet, 0,15 % der Bemessungsgrundlage der gesetzlich abzuführenden Beiträge zur Berufsunfallversicherung an die PBST zu zahlen. Die Finanzierung dieses Betrags erfolgt durch die Arbeitnehmerseite im Tarifabschluss 2000/2001.⁸⁸

⁸⁵ Neustens Rebhahn, RdA 2002, S. 124 ff.

⁸⁶ Angaben bei Claus Schäfer, WSI Mitt. 2001, S. 65, 75.

⁸⁷ Der so genannte „Arbeitsinspektor“ u.a. in Frankreich, Spanien und Italien; Überblick bei Zachert, AuR 1993, S. 193 ff.

⁸⁸ Schramm, Modernisierung versus Deregulierung, Gutachten 7/2001, maschinenschriftlich, S. 7, Veröffentlichung in WSI Mitt. demnächst; Amtsblatt für Berlin vom 22. 9. 2000, Nr. 46.

2 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Dr. Gabriele Peter)

2.1 Einführung

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) oder "Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen" bildet die Grundlage für die Festsetzung eines Branchen-Mindestlohns. Sein fachlicher Anwendungsbereich beschränkt sich auf Arbeitgeber der Bauwirtschaft und der Seeschiffahrtsassistenten (Hochseeschlepperei).

Das Gesetz trat erstmals 1996 in Kraft⁸⁹ und wurde im Hinblick auf die Umsetzung der Europäischen Entsende-Richtlinie (Richtlinie 96/71/EG)⁹⁰ sowie gewissen Vollzugsdefiziten⁹¹ 1998 neu gefasst.⁹² Die besorgniserregende Arbeitmarktsituation von Beschäftigten im Baugewerbe bot Anlass für dieses Gesetz. In diesem Wirtschaftsbereich werden im großen Umfang Aufträge an ausländische Firmen vergeben, die mit ihrem Personal auf Baustellen in der Bundesrepublik tätig werden. Die grenzüberschreitend eingesetzten ausländischen Beschäftigten in der Bauwirtschaft unterlagen vor In-Kraft-Treten des Gesetzes den Arbeitsbedingungen ihres Heimatlandes. Auf dem Arbeitsmarkt entstand für inländische Bauarbeiter eine so starke Niedriglohnkonkurrenz aus dem Ausland, der sie mit lediglich 20 - 50 % des deutschen Lohnniveaus nicht Stand halten konnten.⁹³

Ähnlich problematisch stellt sich die Situation der Beschäftigten in der Hochseeschlepperei dar. In dieser Branche arbeiten zwar nur wenige Arbeitnehmer. Der Verdrängungswettbewerb in deutschen Seehäfen, wo Reedereien z.B. aus den Niederlanden ihre Schlepperdienste um ca. 30 bis 40 % billiger anbieten als deutsche Reedereien ist dem im Baugewerbe vergleichbar.⁹⁴

Nach den kollisionsrechtlichen Regeln des Internationalen Arbeitsrechts findet gem. Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB auf das Arbeitsverhältnis eines vorübergehend in einen anderen Staat entsandten Arbeitnehmers und seinem ausländischen Arbeitgeber das Arbeitsrechtsstatut des

⁸⁹ BGBl. I, S. 2970.

⁹⁰ Abl EG Nr. L 18/1 v. 21.1.1997.

⁹¹ Vgl. z.B. Blanke, ArbuR 1999, S. 417, 419.

⁹² BGBl. I, S. 3843.

⁹³ Zur Zustandsbeschreibung vgl. Sahl/Stang, AiB 1996, S. 652 ff.; Bachner, in Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, § 143 Rn. 126; Blanke, ArbuR 1999, S. 417, 418; Danwitz, RdA 1999, S. 323.

⁹⁴ Vgl. Lakies, in: Däubler, TVG, AEntG, Rn. 81 m.w.N.

Entsendestaates Anwendung. Deutsche Tarifverträge entfalten für diese Arbeitsverhältnisse folglich keine zwingende Wirkung. Gem. Art. 34 EGBGB unterliegen diese ausländischen Beschäftigten lediglich den wichtigsten zwingenden Vorschriften des deutschen Arbeitsrechts.⁹⁵ Zu diesen zwingenden Vorschriften würde grundsätzlich auch ein gesetzlicher Mindestlohn zählen.⁹⁶ Da es in der Bundesrepublik aufgrund fehlender Mindestlohngesetzgebung für die Entgeltzahlung keine gesetzlich zwingend Vorschriften gibt und die Anwendbarkeit allgemeinverbindlicher Tarifverträge i.S.d. Art. 34 EGBGB umstritten ist,⁹⁷ durfte vor Inkraft-Treten des AEntG die Bezahlung der entsandten Arbeitnehmer nach dem Lohnniveau ihres Heimatlandes erfolgen.

Gegen diese ungeklärte Rechtslage hat das AEntG Abhilfe geschaffen. Rechtstechnisch konstruiert das AEntG einen Mindestlohn in der Weise, dass tarifliche vereinbarte Entgelte kraft Allgemeinverbindlicherklärung nicht nur für inländische Arbeitgeber zwingend gelten, sondern auch für diejenigen ausländischen Arbeitgeber, die ihre Arbeitnehmer grenzüberschreitend in der Bundesrepublik einsetzen. Die von § 1 AEntG erfassten allgemeinverbindlichen Tarifvertragsnormen erlangen sodann den Status zwingender Vorschriften i.S.d. Art. 34 EGBGB – unabhängig davon, ob das Arbeitsverhältnis nach Maßgabe des Art. 30 Abs. 2 RGBGB ausländischem Recht unterliegt.⁹⁸

2.2 Mindestlohnfestsetzung durch ein besonderes AVE-Verfahren

Als Problem stellte sich nach Inkraft-Treten des AEntG 1996 in der Praxis die Herbeiführung einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG heraus. Die Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 TVG verlangt das Einvernehmen des Tarifausschusses. Der vom Gesetzgeber 1996 gewählte Weg zur Erlangung eines Mindestlohns war zum Scheitern verurteilt,

⁹⁵ Vgl. auch Blanke, ArbuR 1999, S. 417, 418; Lakies, in: Däubler, TVG, AEntG, Rn. 21 f.

⁹⁶ Bieback, RdA 2000, S. 207, 211.

⁹⁷ Gegen eine zwingende Vorschrift i.S.d. Art. 34 EGBGB vgl. Wiedemann, in: Wiedemann, TVG, § 1 Rn. 73; ErfK/Hanau § 1 AEntG Rn. 1; Junker/Wichmann, NZA 1996, S. 505, 506; Selmayr, ZfA 1996, S. 615, 625 ff.; Müller, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, 1997, S. 139 ff.; Fritzsche, Die Vereinbarkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes sowie der erfassten Tarifverträge mit höherrangigem Recht, 2001, S. 166 ff.; a.A. Kempen/Zachert, TVG, § 5 Rn. 33; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1699; Deinert, RdA 1996, S. 342 ff., 348 ff.

⁹⁸ Ulber, AÜG, § 1 AEntG Rn. 7; Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht AEntG Rn. 23.

sobald eine Seite ihre Zustimmung zur Allgemeinverbindlicherklärung eines Entgelt-Tarifvertrages verweigert.⁹⁹

Mit der Neufassung des AEntG 1998 wurde ein selbständiges Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung geschaffen, das parallel zum klassischen Allgemeinverbindlichkeitsverfahren nach § 5 TVG besteht.¹⁰⁰ Jetzt ist dem Bundesarbeitsminister gem. § 1 Abs. 3 a AEntG durch Rechtsverordnung gestattet, ohne Zustimmung des Bundesrates die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen des Bauhaupt- oder Baunebengewerbes zu erklären, wenn ein Antrag *einer* Tarifvertragspartei vorliegt. Die sonstigen Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG wie die Bindung von mindestens 50 % der Arbeitgeber und öffentliches Interesse müssen nicht vorliegen. Der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag gilt für alle inländischen und ausländischen Arbeitgeber. Das AEntG erfasst alle Arbeitnehmer, die in einem unter den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Betrieb in der Bundesrepublik beschäftigt werden.

Der Vorteil dieser Mindestlohn-Variante ist, dass sich der auf diese Weise entstehende Entgeltanspruch – das gilt jedenfalls für das Baugewerbe - auf einem existenzsichernden, relativ weit oberhalb des Niedriglohnlevels bewegt. Die Funktion eines Mindestlohns, für diejenigen Beschäftigten eine angemessene Entgeltsicherung zu schaffen, die ihre Interessen nicht mit genügend Nachdruck durchsetzen können, ist damit gewährleistet. Diese Konzeption eines branchenbezogenen Mindestlohns setzt allerdings immer einen Tarifvertrag voraus. Die „weißen Flecken“ in der Tariflandschaft lassen sich auf diese Weise nicht schließen.¹⁰¹

2.3 Bedenken gegen die Allgemeinverbindlicherklärung von Mindestlöhnen per Rechtsverordnung

Von Teilen der Literatur wird das besondere AVE-Verfahrens, das der Gesetzgeber in das AEntG erstmalig implementiert hat, als verfassungswidrig verworfen.¹⁰² Im Zentrum der Dis-

⁹⁹ Zu den Umsetzungsproblemen Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht AEntG Rn. 59 ff.

¹⁰⁰ Bieback, RdA 2000, S. 207, 211.

¹⁰¹ Bieback, RdA 2000, S. 207, 214.

¹⁰² Vgl. MünchArbR-Löwisch/Rieble § 268 Rn. 114 ff.; Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, S. 2370 ff., Selmayr, ZfA 1996, S. 636 ff.; Strohmaier, RdA 1998, S. 339 ff.; v. Danwitz, RdA 1999, S. 322 ff.; Scholz, Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Mai 1999; Scholz, RdA 2001, S. 197.

kussion steht die Regelung des § 1 Abs. 3a AEntG, der das BMA durch Erlass einer Rechtsverordnung dazu berechtigt, die zwingende Wirkung tariflich vereinbarter Arbeitsbedingungen auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus dem In- und Ausland zu erstrecken, die zwar unter den Geltungsbereich fallen, aber keiner Tarifbindung unterliegen. Diese Rechtmäßigkeit dieses Verfahrens wird teilweise gar als „ordnungspolitische Kardinalfrage“ gehandelt.¹⁰³

2.3.1 Verordnungsermächtigung als Eingriff in die Koalitionsfreiheit?

Die staatlich angeordnete Unterwerfung der Außenseiter unter tarifliche Normsetzung berührt die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte negative Koalitionsfreiheit. Die Einschränkung gehört funktionsnotwendig zur Tarifautonomie und erfolgt bereits durch das klassische Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.¹⁰⁴ In dieser Hinsicht hat die per Rechtsverordnung erklärte Allgemeinverbindlichkeit nach § 1 Abs. 3a AEntG die gleiche Wirkung wie nach § 5 TVG, in dem sie die Geltung tariflich vereinbarter Normen auf Außenseiter erstreckt.¹⁰⁵

Das BVerfG hat bereits Gelegenheit bekommen, zur Zulässigkeit des § 1 Abs. 3a AEntG Stellung zu nehmen. In seiner Entscheidung vom 18.7.2000 kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Regelung des § 1 Abs. 3a AEntG nicht gegen die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG verstößt.¹⁰⁶ Die positive Koalitionsfreiheit ist hier nicht tangiert. Auch die negative Koalitionsfreiheit ist nicht deshalb verletzt, weil nichtorganisierte Arbeitgeber durch eine aufgrund von § 1 Abs. 3a AEntG erlassenen Rechtsverordnung nicht zwangsweise Mitglied der tarifvertragsschließenden Verbände werden. Es wird ihnen damit nicht unmöglich gemacht, sich anderweitig als Koalition im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zusammenzuschließen. Soweit durch die Geltung des Mindestlohn-Tarifvertrages für Außenseiter aufgrund der Rechtsverordnung ein mittelbarer Druck entstehen sollte, um der größeren Einflussmöglichkeit willen Mitglied einer der tarifvertragsschließenden Parteien zu werden, ist dieser nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde. Diesbezüglich gelten für die Geltungserstreckung durch Rechtsverordnung die gleichen Erwägungen, mit denen die Allgemeinver-

¹⁰³ So Böhm, NZA 1999, S. 130.

¹⁰⁴ Blanke, ArbuR 1999, S. 417, 425.

¹⁰⁵ Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht VII. AEntG Rn. 53.

¹⁰⁶ BVerfG 18.7.2000, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG; vgl. auch LAG Hessen 10.4.2000, AR-Blattei ES 370.3 Nr. 3.

bindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG für mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar erklärt wurde.¹⁰⁷

Die Wahl einer anderen Regelungsform für die Erstreckung eines Tarifvertrages auf Außenseiter ändert am Inhalt und Ergebnis der Erwägungen zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nichts.¹⁰⁸ In diesem Zusammenhang wies das BVerfG in seiner Entscheidung darauf hin, dass es dem Gesetzgeber frei gestanden habe, die Rechtsnormerstreckung auf nicht Tarifgebundene auch durch eine andere Rechtsform als die in § 5 TVG geregelte Allgemeinverbindlicherklärung zu entscheiden. Das Regelungsziel kann sowohl durch die Regelungsform der Allgemeinverbindlicherklärung als auch der Rechtsverordnung erreicht werden. Wenn der Gesetzgeber eine solche Rechtsnormerstreckung sozialpolitisch für notwendig erachtet, ist er in der Regelungstechnik nicht zwingend auf das Verfahren nach § 5 TVG verwiesen. Dies gilt um so mehr, als eine Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG nur erlassen werden kann, wenn zumindest eine der tarifvertragsschließenden Parteien durch einen entsprechenden Antrag ihr Interesse daran bekundet hat und auch den Außenseitern aufgrund ihres Rechts zur vorherigen schriftlichen Stellungnahme nicht jede Einflussmöglichkeit genommen ist. Ferner kommt die gegenseitige Kontrolle der tarifvertragsschließenden Parteien im Ergebnis auch den Außenseitern zu Gute. Die Erstreckung des Mindestlohn-Tarifvertrages auf sie ist zudem durch die staatliche Mitwirkung im Rahmen der Verordnungsgebung in hinreichendem Maße demokratisch legitimiert.¹⁰⁹

Die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung durch das BMA verstößt auch nicht gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Inhalt und Geltungsbereich sind hinreichend genau bestimmt. Sowohl der Personenkreis als auch die regelbare Materie wird in den §§ 1, 7 AEntG abschließend aufgezählt. Damit ist klar festgelegt, welche Arten von Tarifverträgen mit welchen Inhalten, welchen Regelungsgegenständen und welchem regelungsunterworfenen Personenkreis durch Rechtsverordnung auf Außenseiter erstreckt werden kön-

¹⁰⁷ BVerfG 18.7.2000, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG unter Hinweis auf BVerfGE 44, 322, 349 ff.; BVerfGE 55, 7, 21 ff.; zur Frage des Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit vgl. auch Blanke, ArbuR 1999, S. 417, 425.

¹⁰⁸ BVerfG 18.7.2000, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG; vgl. auch Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht VII. AEntG Rn. 54.

¹⁰⁹ BVerfG 18.7.2000, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

nen, so dass bei Erlass des Gesetzes hinreichend klar vorhersehbar war, welchen Inhalt eine spätere Rechtsverordnung haben wird.¹¹⁰

2.3.2 Europarechtliche Bedenken gegen das AEntG

Neben verfassungsrechtlichen Bedenken wurde das AEntG wegen Verstoßes gegen europarechtliche Grundsätze kritisiert. Teile der Literatur werten sogar die Entsende-Richtlinie als Verstoß gegen höherrangiges Europarecht.¹¹¹ Das Entsenderecht tangiert die in Art. 49 ff. EG-Vertrag garantierte Dienstleistungsfreiheit, die Diskriminierungen von Bürgern anderer EU-Staaten im freien Dienstleistungsverkehr sowie die Verhinderung des freien, grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs verbietet.

Der EuGH sieht keine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit, wenn allgemeinverbindliche Tarifverträge auf ausländische, grenzüberschreitende Sachverhalte erstreckt werden.¹¹²

Die Mitgliedsstaaten sind hinsichtlich des grenzüberschreitenden Einsatzes von Arbeitnehmern nicht daran gehindert, ihre Rechtsvorschriften oder Tarifverträge über Mindestlöhne - unabhängig vom Sitz der Arbeitgeberfirma – auf alle Arbeitnehmer auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet tätig sind – auch wenn es sich nur um einen vorübergehenden Einsatz handelt.¹¹³

Speziell das AEntG und die Entsende-Richtlinie sind vom EuGH als europarechtskonform anerkannt worden, weil sie für den Fall der Entsendung Regelungen enthalten, die das Recht des Arbeitsortes anwendbar machen (Art. 3 Entsende-Richtlinie). Dadurch werden die für die Erbringung von Dienstleistungen im Ausland zu berücksichtigenden normativen Vorgaben transparent, berechenbar und voraussehbar ausgestaltet. Voraussetzung für eine echte Förderung des länderübergreifenden Dienstleistungsverkehrs ist nach Auffassung des EuGH ein fairer Wettbewerb sowie Maßnahmen, die die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer garantieren. Entgegen manch anderer Überlegungen, die in der EG den Schutz des freien Wettbewerbs herausstellen und den sozialen Schutz der Arbeitnehmer als nachrangig erachten, stellte

¹¹⁰ BVerfG 18.7.2000, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG; Bieback, RdA 2000, S. 214; Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht VII. AEntG Rn. 58; Ulber, AÜG, § 1 AEntG Rn. 58; a.A. v. Danwitz, RdA 1999, S. 322, 325; Büdenbender, RdA 2000, S. 193.

¹¹¹ Vgl. MünchArbR-Löwisch/Rieble § 268 Rn. 121 ff.; Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, S. 2370 ff., Koenigs DB 1997, S. 225 ff.; Junker/Wichmann, NZA 1996, S. 507 ff.; Selmayr, ZfA 1996, S. 627 ff..

¹¹² Vgl. EuGH Rs. Stichting, Slg. 1991, I-4007, Rdnr. 13-15; Rs. Vander Elst, Slg. 1994, I-3827 Rdnr. 14.

¹¹³ Vgl. EuGH, Rs. 62, 63/81, Seco, Slg. 1982, Rdnr. 1 ff.; EuGH. Rs. C- 113/89, Rush Portuguesa, Slg. 1990, 1417 Rdnr. 18; Rs. Vander Elst, Slg. 1994, I-3827 Rdnr. 14.

das Gericht klar, dass das EG-Recht nicht einen Vorrang des freien einschränkungslos geltenden Wettbewerbsgedanken proklamiert. Gemäß Artikel 2 EGV ist es Aufgabe der Gemeinschaft, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion in der ganzen Gemeinschaft "eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz, ... einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen, ... den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedsstaaten zu fördern".¹¹⁴

Nach der Entsende-Richtlinie und dem AEntG richten sich bestimmte Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsort-Prinzip, d.h. das Recht des Staates, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird, kommt zur Anwendung. Das zwingende Anwendung des Rechts des Arbeitsorts kann schon deshalb keine Diskriminierung der ausländischen Unternehmer darstellen, wenn und weil diese Regelungen sowohl In- wie Ausländer erfasst.¹¹⁵ Zwar garantiert Art. 50 Satz 3 EG (Art. 60 EGV a.F.) die Dienstleistungsfreiheit in einem anderen Staat, aber "unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt". Zu Recht wird schon hierin eine hinreichende Legitimation für die Anwendung allgemeinverbindlicher Tarifverträge und erst recht von Mindestlohnbestimmungen auf entsandte Arbeitnehmer gesehen.¹¹⁶ Die Dienstleistungsfreiheit wird grundsätzlich durch Art. 49, 59 EGV garantiert. Sie bedarf aber der weiteren Ausgestaltung und Konkretisierung durch das Gemeinschaftsrecht. Um eine solche zulässige Konkretisierung handelt es sich bei den Regelungen der Entsende-Richtlinie, mit der das AEntG im Einklang steht.¹¹⁷

Der EuGH hält Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit für zulässig, wenn sie „durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates tätigen Personen oder Unternehmen gelten, soweit dieses Interesse nicht durch die Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedsstaat unter-

¹¹⁴ EuGH 25.10.2001, Rs C-49/98, C-50/98, Rs. C-52/98 bis 54/98 und Rs. C-68/98 bis C-71/98 - (Finalarte), NZA 2001, S. 1377 ff.

¹¹⁵ Vgl. Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht VI. AEntG Rn. m.w.N.; Deinert, RdA 1996, 339, 349; Däubler, EuZW 1997, S. 615.

¹¹⁶ Vgl. Bieback, RdA 2000, S. 207, 212; Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht VI. AEntG Rn. ; Blanke, ArbBuR 1999, S. 417, 423;

¹¹⁷ Vgl. Wank/Börgmann, NZA 2001, S. 180 f.

liegt, in dem er ansässig ist“.¹¹⁸ Selbst wenn man eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bejaht, ist diese jedenfalls durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt, um die es bei dem Schutz der Arbeitnehmer geht.¹¹⁹

Nach Auffassung des EuGH verwehrt das Gemeinschaftsrecht einem Mitgliedsstaat grundsätzlich nicht, einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat, das Dienstleistungen im erstgenannten Mitgliedsstaat erbringt, die Verpflichtung aufzuerlegen, seine Arbeitnehmer die durch die nationalen Vorschriften dieses Staates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen.¹²⁰ Damit erteilt der EuGH etwaigen Vorstellungen von einem Vorrang der grundfreihheitlich geschützten Belange der Dienstleistungserbringer gegenüber sozialen Schutzbedürfnissen der Arbeitnehmer implizit eine Absage. Der soziale Schutz der Arbeitnehmer wird gleichrangig den Belangen der Dienstleistenden gegenübergestellt.¹²¹

2.4 Anwendung des AEntG außerhalb der Bauwirtschaft und der Hafenschleppdienste

Der Titel des AEntG – Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen – verspricht eine Anwendung des Gesetzes für jegliche grenzüberschreitende Dienstleistungen. Die ursprüngliche Fassung des AEntG war auf das Bauhauptgewerbe i.S.d. §§ 1, 2 Baubetriebeverordnung sowie auf Montageleistungen auf Baustellen sowie die Seeschifffahrtsassistenten beschränkt. Die EU-Entsende-Richtlinie (Richtlinie 96/71/EG) vom 16.12.1996¹²² verpflichtet die Mitgliedsstaaten in Art. 3 Abs. 1 für grenzüberschreitende Dienstleistungen in allen Wirtschaftsbereichen Mindestarbeitsbedingungen zu garantieren. Diese Anforderung hat die Neufassung des AEntG 1998 zwar aufgegriffen, in dem mit dem neu eingefügten § 7 AEntG ein Mindeststandard an zwingenden Arbeitsbedingungen u.a. Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, bezahlter Mindesturlaub, Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze zugesichert wird.

Nicht eindeutig ist, inwieweit von einer vollständigen Umsetzung der Entsende-Richtlinie, die gem. Art. 7 bis zum 16.12.1999 erfolgen musste, auszugehen ist. Die Entsende-Richtlinie

¹¹⁸ EuGH 23.11.1999, Rs. C-369/96 Arblade, AP Nr. 1 zu Art. 59 EG-Vertrag.

¹¹⁹ Bieback, RdA 2000, S. 207, 213.

¹²⁰ EuGH 24.1.2002, Rs. C-164/99 Portugaia, Rdnr. 21, NZA 2002.

¹²¹ v. Danwitz, EuZW 2002, S. 237, 242.

¹²² ABl. EG Nr. 18/1 v. 21.1.1997.

sieht in Artikel 1 keinen, nach Branchen differenzierenden Anwendungsbereich vor. Nach Artikel 3 Entsende-Richtlinie sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, für entsandte Arbeitnehmer durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften und/oder durch für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge eine Garantie der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Landes zu schaffen, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird. Dazu gehören beispielsweise Mindestlohnsätze einschließlich der Überstundensätze, Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten oder bezahlter Mindesturlaub. Damit ist die Verpflichtung verbunden, zwingendes Recht für jede Art von Tätigkeit zu schaffen. Die Entsende-Richtlinie ist nicht auf die Bauwirtschaft beschränkt, obwohl sie für Arbeitnehmer im Baugewerbe darüber hinausgehende Vorschriften enthält.

Nach § 1 Abs. 1 AEntG beschränkt sich die Möglichkeit der Mindestlohnfestsetzung auf Grundlage des besonderen AVE-Verfahrens auf die Bauwirtschaft und die Seeschiffahrtsassistenten. Wenn nur für diese beiden Wirtschaftsbereiche durch Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen Mindestlohnsätze mit dem besonderen AVE-Verfahren geschaffen werden dürfen, kommen in anderen Branchen keine Mindestentgelte zur Anwendung. Schließlich gibt es in der Bundesrepublik mangels gesetzlichem Mindestlohn keine anderen Mindestentgelte, an die ein Arbeitgeber gebunden ist. Folglich können entsandte Arbeitnehmer, die nicht in der Bauwirtschaft oder der Seeschiffahrtsassistenten tätig sind, zwar nach dem Gesetzeswortlaut in § 7 AEntG Mindestlohnsätze verlangen. Praktisch ist dies jedoch wegen fehlender gesetzlicher Regelungen nicht möglich. Entweder müsste der Gesetzgeber das besondere AVE-Verfahren für alle Branchen zulassen oder einen gesetzlichen Mindestlohn einführen. Ansonsten läuft der in § 7 AEntG verankerte Anspruch ins Leere.¹²³

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, die Entsende-Richtlinie sei vollständig umgesetzt, weil das besondere AVE-Verfahren in allen Wirtschaftsbereichen durchführbar sei.¹²⁴ Das widerspricht dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 AEntG, der das AVE-Verfahren nur für zwei Branchen zulässt. Es wäre jedoch rechtspolitisch sinnvoll, diese Möglichkeit der Schaffung von Mindestentgelten für alle Branchen zu eröffnen. Dazu wäre eine Klarstellung bzw. Änderung des Gesetzes erforderlich.

¹²³ Die ausreichende Umsetzung ebenfalls kritisierend Lakies, in: Däubler, TVG-Komm., Übersicht AEntG Rn. 31 f.

¹²⁴ Ulber, AÜG, § 1 AEntG Rn. 4.

Die erste Fassung des AEntG ist am 1.3.1996 vor Inkrafttreten der Entsende-Richtlinie in Kraft getreten. Die in Art. 7 Entsende-Richtlinie vorgeschriebene Umsetzungspflicht bis 16.12.1999 war u.a. Anlass für die Änderung des AEntG vom 19.12.1998. Offensichtlich ist der Gesetzgeber bisher der Auffassung, seiner Umsetzungsverpflichtung nachgekommen zu sein. In der Literatur finden sich nur wenige Stimmen, die die unzureichende Umsetzung der Richtlinie kritisieren.¹²⁵ Insoweit wäre hier ein Anknüpfungspunkt, die Ausdehnung des Geltungsbereichs des AEntG zu fordern.

2.5 Zentrale Änderungen des AEntG

Die Neufassung des AEntG von 1998 beinhaltet bereits Regelungen, die eine bessere Effektivität des Gesetzes versprechen. Eine Maßnahme ist das erleichterte Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung, für das die Antragstellung einer Tarifvertragspartei genügt. Einer Negativerfahrung aus der Phase der Geltung der ersten Gesetzesfassung wurde Rechnung getragen: Der erste so genannte Mindestlohn-Tarifvertrag Bau kam am 14.4.1996 nach einer Schlichtung zustande. Die Tarifvertragsparteien des Baugewerbes beantragten einvernehmlich den Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung. Im zuständigen Tarifausschuss fand sich dafür keine Mehrheit, weil durch Intervention der BDA die Arbeitgebervertreter ihre Zustimmung verweigerten und sich kein Einvernehmen des Bundesarbeitsministers mit dem Tarifausschuss herstellen ließ. Der Versuch der IG BAU, die Allgemeinverbindlicherklärung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren durchzusetzen, scheiterte vor dem VG Köln.¹²⁶ Es wurden neue Tarifverhandlungen aufgenommen, in denen die Arbeitgeberseite auf Absenkung der vereinbarten Mindestlöhne drang, weil sie auch die Auswirkungen auf baunahe Branchen berücksichtigt wissen wollte. Selbst unter diesen Bedingungen stimmte die Arbeitgeberseite der Allgemeinverbindlicherklärung nur unter dem Vorbehalt vor, dass diese befristet und ohne Nachwirkung für den eigentlich unbefristeten Tarifvertrag galt.¹²⁷

Dieser "Zwang zur Inhaltskorrektur bereits abgeschlossener Tarifverträge" durch die Spitzenvereinigung der Arbeitgeberverbände als Preis für die Allgemeinverbindlicherklärung stellte einen "bemerkenswerten Eingriff in die Tarifautonomie der vertragsschließenden Tarifver-

¹²⁵ So aber Lakies, in: Däubler, TVG-Komm., Übersicht AEntG, Rn. 32.

¹²⁶ VG Köln 5.7.1996 - 1 L 1571/96 - n.v.; vgl. Ulber, AÜG, § 1 AEntG Rn. 28 ff.

¹²⁷ Vgl. Blanke, ArbuR 1999, S. 417, 420; Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht AEntG Rn. 61; Bündenbender, RdA 2000, S. 193, 194.

tragsparteien" dar.¹²⁸ Aus dieser Erfahrungen resultierte die in § 1 Abs. 3a des neu gefassten AEntG verankerte Lösung, die Allgemeinverbindlichkeit der Tarifverträge auf dem Weg der Rechtsverordnung zu erlassen. Auf diesem Weg soll verhindert werden, dass wirtschaftliche Interessen den öffentlichen Interessen der „Linderung von Schmutzkonzurrenz“ übergeordnet werden.¹²⁹

Mit der Neufassung des AEntG 1998 wurde zur Verbesserung der Effektivität des Gesetzes ferner eine Vorschrift eingefügt, die die verschuldensunabhängige, gesamtschuldnerische Haftung des Generalunternehmers für die Verpflichtungen eines Subunternehmers (Nachunternehmers) bzw. eines von dem Subunternehmers beauftragten Verleihers zur Zahlung des Mindestentgelts an die Arbeitnehmer und der Beiträge an die Urlaubskasse des Baugewerbes (§ 1a AEntG). Der Generalunternehmer haftet danach nicht nur für die Mindestentgelte und Urlaubskassenverpflichtungen, sondern für die Verpflichtungen eines jeden Subunternehmers in der Subunternehmerkette.¹³⁰ Der Arbeitnehmer kann nicht nur den Auftraggeber seines Arbeitgebers in Anspruch nehmen, sondern auch ein weiter entfernt stehendes Unternehmen. Der Arbeitnehmer hat ein Wahlrecht, gegen welches Unternehmen er vorgeht.¹³¹ Damit soll der Generalunternehmer auch im eigenen Interesse angehalten werden, verstärkt darauf zu achten, dass seine Subunternehmer die nach dem AEntG zwingenden Arbeitsbedingungen einhalten.¹³² Es handelt sich um eine Durchgriffshaftung zu Lasten des Generalunternehmers, weil dieser unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, ohne dass die Durchsetzung der Ansprüche zuvor vergeblich gegen den Arbeitgeber versucht werden musste.¹³³

Diese Generalunternehmerhaftung wäre auch für andere Branchen sinnvoll, in denen Subunternehmer in ähnlicher Weise in einer logistischen Kette mit einem Hauptunternehmer verbunden sind. Ähnlich – wenn auch nicht so ausdifferenziert wie in der Bauwirtschaft – sieht die Situation z.B. auf Schlachthöfen aus, wo ausländische Schlachtkolonnen aus Tschechien oder Polen oder auch (schein-)selbständige Schlachter eingesetzt werden.

¹²⁸ Blanke, ArbuR 1999, S. 417, 420.

¹²⁹ Vgl. Blanke, ArbuR 1999, S. 417, 420.

¹³⁰ Ulber, AÜG, § 1a AEntG Rn. 4.

¹³¹ Bachner, in: Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, § 143 Rn. 135.

¹³² Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/45, S. 17 f.; Lakies, in: Däubler, TVG, § 1a AEntG Rn. 122.

¹³³ Lakies, in: Däubler, TVG, § 1a AEntG Rn. 123.

2.6 Verbesserung der Rechtsdurchsetzung

Neben individualrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten nach § 1a AEntG sind mit § 2 AEntG öffentlich-rechtliche Kontroll- und Sanktionsregelungen geschaffen worden. Die Überwachung der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen obliegt der Bundesanstalt für Arbeit und den Hauptzollämtern.

Insbesondere die Kontrolle der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland, die Arbeitnehmer in die Bundesrepublik zur Arbeitsleistung entsenden, erschwert die Überwachung. Aus diesem Grund sind in § 3 AEntG Meldepflichten des Arbeitgebers verankert worden. Die Vorschrift gilt nur für Arbeitgeber bzw. Verleiher mit Sitz im Ausland. Diese Vorschrift unterwirft Arbeitgeber aus EU-Mitgliedsstaaten, die aufgrund der Dienstleistungsfreiheit sonst keinen Meldepflichten unterliegen, einer Meldepflicht.¹³⁴ Die Meldepflichten sind europarechtskonform.¹³⁵ Anders als inländische Arbeitgeber unterliegen die ausländischen Arbeitgeber wegen des fehlenden Geschäftssitzes in Deutschland regelmäßig keinerlei gewerbe- und handwerksrechtlichen Meldepflichten. § 3 AEntG schafft hierfür einen Ausgleich und benachteiligt die ausländischen Arbeitgeber nicht.¹³⁶

In welchem Maße die erlassenen Mindestlöhne respektiert und Verstöße festgestellt werden, ist im Wesentlichen eine Frage der Kontrolldichte.¹³⁷ In der Literatur wird davon ausgegangen, dass die Mindestbedingungen in der Praxis oft, vermutlich überwiegend nicht eingehalten werden.¹³⁸ Kontrolldefizite entstehen u.a. durch die personelle Unterbesetzung der mit der Überwachung beauftragten Behörden.¹³⁹ Die Prüfungen bei den Arbeitgebern haben zwar kontinuierlich zugenommen. Gestiegen ist auch die Höhe der verhängten Bußgelder.¹⁴⁰ Viele Bußgelder können aber faktisch nicht beigetrieben werden, weil dazu eine Auslandsvollstreckung erforderlich wäre. Somit können sich ausländische Arbeitgeber wesentlich leichter den

¹³⁴ Ulber, AÜG, § 3 AEntG Rn. 3; zum Umfang der Meldepflichten Lakies, in: Däubler, TVG, § 3 AEntG Rn. 173.

¹³⁵ OLG Karlsruhe 25.7.2001 - 3 Ss 159/00 - Juris; OLG Düsseldorf 16.3.2000 - 2b Ss (OWi) 2/00 - (OWi) 9/00 I - AP Nr. 1 zu § 3 AEntG; ErfK/Hanau § 3 AEntG Rn. 1.

¹³⁶ OLG Düsseldorf 16.3.2000 - 2b Ss (OWi) 2/00 - (OWi) 9/00 I – AP Nr. 1 zu § 3 AEntG; ErfK/Hanau § 3 AEntG Rn. 1; Lakies, in: Däubler, TVG, § 3 AEntG Rn. 173.

¹³⁷ Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht AEntG Rn. 62,

¹³⁸ Bosch/Worthmann/Zühlke-Robinet, WSI-Mitteilungen 2000, 671, 677; Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht AEntG Rn. 62.

¹³⁹ Blanke, ArbuR 1999, 419.

¹⁴⁰ S. dazu die Angaben bei Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht AEntG Rn. 63.

Sanktionen des AEntG entziehen.¹⁴¹ Nach Ansicht der Bundesregierung können Verstöße gegen das AEntG aber "immer schwerer" nachgewiesen werden, weil die bei den Prüfungen vorgelegten Unterlagen der Unternehmen häufig manipuliert seien. Die Arbeitnehmer bestätigten häufig aus Angst um ihren Arbeitsplatz die unrichtigen Angaben. Nur durch sehr arbeits- und zeitintensive Ermittlungen könne der Beweis von Verstößen erbracht werden.¹⁴²

Als weiteres Sanktionsmittel sieht § 6 AEntG den befristeten Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag vor, sofern gegen ein Unternehmen eine Geldbuße von mindestens 2.500 Euro verhängt wurde. Dieser Wettbewerbsausschluss wirkt ebenfalls gegen Subunternehmen, die für das sanktionierte Unternehmen tätig werden wollen. Damit soll sicher gestellt werden, dass die Vorschriften nicht durch „Strohmannen“ umgangen werden.¹⁴³

Zentrale Voraussetzung für die Durchsetzung der gewährleisteten Mindestentgelte nach dem AEntG ist die Aufdeckung der Verstöße. Daher kann dieses Gesetz wie jede andere gesetzliche Regelung, die nach seinem Vorbild entsteht, nur als Schutzinstrument greifen, wenn effektive Kontrollmaßnahmen durchgeführt werden. In diesem Zusammenhang geht es im Wesentlichen um die Ansprüche ausländischer Beschäftigter. Sie verfügen häufig nur über unzureichende Sprachkenntnisse und kennen ihre Rechte nicht. Wegen ihres kurzfristigen Einsatzes fallen sie aus den betrieblichen oder gewerkschaftlichen Interessenvertretungsstrukturen in der Bundesrepublik heraus.¹⁴⁴ Deshalb ist die individualrechtliche Klagemöglichkeit für die Rechtsdurchsetzung in der Praxis von untergeordneter Bedeutung. Ähnlich wie die Klagebefugnis der Länder im Rahmen des Heimarbeitsgesetzes (§ 25 HAG) würde die Rechtsdurchsetzung mit Hilfe eines behördlichen Klagerechts wesentlich größere Effekte erzielen.¹⁴⁵ Die Prozessstandschaft auf Gewerkschaften auszudehnen, wäre im Hinblick auf die Ansprüche ausländischer Beschäftigter insofern problematisch, als sie in der Regel nicht Mitglied einer Gewerkschaft im Inland sind. Anders verhält es sich dagegen für inländische Arbeitnehmer,

¹⁴¹ Bosch/Worthmann/Zühlke-Robinet, WSI-Mitteilungen 2000, 671, 677.

¹⁴² Vgl. Neunter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes –AÜG- sowie über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung –BillBG -, BT-Drs. 14/4220, S. 49 f. (Bericht umfasst auch die Erfahrungen mit dem AEntG).

¹⁴³ Ulber, AÜG, § 6 AEntG Rn. 5.

¹⁴⁴ Auf diese Problematik eingehend Däubler, DB 1995, S. 726, 729.

¹⁴⁵ Däubler, DB 1995, S. 726, 729; Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht AEntG Rn. 64.

die Rechte aus dem AEntG ableiten können. Für sie würde ein Verbandsklagerecht der Gewerkschaften wesentlich zur Rechtsdurchsetzung beitragen.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Vgl. ebenfalls Däubler, DB 1995, S. 726, 729 f. mit weiteren Anregungen; Lakies, in: Däubler, TVG, Übersicht AEntG Rn. 64.

3 Tariftreuerklärungen (Prof. Dr. Otto Ernst Kempfen)

3.1 Die gegenwärtige Gesetzeslage

Gesetzlich angeordnete Tariftreueerklärungen sind in Deutschland relativ neu. Bislang haben lediglich Bayern¹⁴⁷, Berlin¹⁴⁸ und das Saarland¹⁴⁹ sowie Bremen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen (das am 13.12.2002 verabschiedete Gesetz tritt am 03.05.2003 in Kraft) landesgesetzliche Regelungen auf der Grundlage des § 97 GWB erlassen. Danach soll bei der Vergabe öffentlicher Aufträge neben den hergebrachten Vergabekriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit auch eine Tariftreueerklärung vom Auftragnehmer verlangt werden. Er verpflichtet sich damit gegenüber dem Auftraggeber, bestimmte – am Leistungsort praktizierte/geltende Tarifverträge – auch gegenüber seinen dort zur Auftragsausführung eingesetzten Arbeitnehmern einzuhalten. Das sog. „Tariftreuegesetz“ des Bundes ist als „Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Errichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen“ zwar vom Bundestag beschlossen worden¹⁵⁰, aber mangels erforderlicher Zustimmung des Bundesrates bislang nicht in Kraft getreten¹⁵¹. In den Ländern Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein werden derzeit vergleichbare gesetzliche Regelungen vorbereitet.

Die bisherigen Tariftreue-Regelungen sind ebenso wie die Gesetzesvorhaben sektoral auf die Vergabe öffentlicher Bauaufträge und von Aufträgen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs beschränkt. Praktische Erfahrungen gibt es in Deutschland derzeit nur in der Bauwirtschaft, weil die geplanten Regelungen für den öffentlichen Personennahverkehr noch nicht lange genug gelten (Niedersachsen seit 01.01.2003).

Seit dem Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes¹⁵² am 01.01.1999 ist die Vergabe öffentlicher Aufträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen als „Vergabe öffentlicher Aufträge“ in einem besonderen (4.) Teil geregelt (jetzt §§ 97 bis 101 GWB). Nach § 97 Abs. 4 GWB werden

¹⁴⁷ Gesetz über die Vergabe von Bauaufträgen im Freistaat Bayern v. 28.06.200, BayGVBl. S. 363.

¹⁴⁸ Landesvergabegesetz v. 09.07.1999, BerlGVBl. S. 369.

¹⁴⁹ Saarländisches Bauaufträge-Vergabegesetz v. 03.11.2000, SaarLABl. S. 1846.

¹⁵⁰ BT-Drs 14/8896, 14/8285, 14/7796.

¹⁵¹ BR-Drs 367/02.

¹⁵² BGBl. I. 1998, S. 2512.

„Aufträge ... an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“

Die bis dahin landesverwaltungsrechtlich verbreitete Praxis, öffentliche Aufträge (vor allem im Baubereich) an bestimmte vorgegebene soziale Standards zu knüpfen, auf deren Einhaltung sich die Auftragnehmer verpflichten (z. B. Umweltschutz, Beschäftigung Langzeitarbeitsloser, Frauenförderung, Ausbildungsförderung, Regionalförderung¹⁵³), ist seither nur noch auf gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage zulässig.

Zur verbreiteten Vergabepaxis der Länder zählte auch die Verpflichtung der öffentlichen Auftragnehmer, bestimmte Tarifverträge gegenüber ihren Arbeitnehmern bei Auftragsausführung einzuhalten. So verpflichtete das Land Berlin seit 1995 bei Straßenbauaufträgen zur Einhaltung der im Lande geltenden einschlägigen Lohn tariffverträge. Dies wurde jedoch vom Bundeskartellamt am 03.11.1997 beschlussförmig vor allem mit der Begründung untersagt, das Land habe als marktbeherrschender Straßenbau-Nachfrager seine Marktmacht zum Nachteil nicht tarifgebundener Straßenbauunternehmen missbraucht. Das (damals zuständige) Kammergericht bestätigte dies am 20.05.1998, weil die Berliner Tariftreueerklärung gegen das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB verstoße. Die gegen die nunmehr vom Bundeskartellamt verfügte sofortige Vollziehung seiner Versagungsverfügung eingelegte Rechtsbeschwerde ist vom Bundesgerichtshof am 08.12.1998¹⁵⁴ zurückgewiesen worden. Danach hatte das Land Berlin jedoch auf Grund des neuen § 97 Abs. 4 GWB am 09.07.1999 ein Vergabegesetz für Berlin¹⁵⁵ erlassen. Deshalb konnte der Bundesgerichtshof die Sache nunmehr nicht länger selbst entscheiden, sondern legte dieses Landesgesetz nach Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht am 18.01.2001 zur Entscheidung vor¹⁵⁶. Der BGH-Kartellsenat hält nämlich die Tariftreueklausel in § 1 Abs. 1 Satz 2 VgGBln für verfassungswidrig. Sie lautet:

„Die Vergabe von Bauleistungen sowie bei Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien soll mit der Auflage erfolgen, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung

¹⁵³ Instruktiv zu dieser Praxis Rust, Festschrift für Däubler, 1999, S. 900.

¹⁵⁴ BGH 18.12.1998, ZIP 1999, S. 82.

¹⁵⁵ A. a. o. (Fn. 2).

dieser Leistungen nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifverträgen entlohnen und dies auch von ihren Nachunternehmern verlangen.“

Der BGH-Kartellsenat sieht hierin eine „teilweise Allgemeinverbindlicherklärung“ der betreffenden Tarifverträge, weil diese danach auch von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern eingehalten werden müssten. Deshalb handele es sich um eine Regelung des Tarifrechts, für welches der Bund jedoch schon durch § 5 TVG abschließend im Rahmen seiner konkurrierenden Zuständigkeit (Art. 74 Nr. 12 GG) tätig geworden sei. Außerdem verstoße das Vergabeverfahren, über welches eine solche landesrechtliche Teil-Allgemeinverbindlicherklärung nach § 1 VgGBln realisiert werde, gegen die Verfahrensprinzipien des § 5 TVG, d. h. gegen Bundesrecht und damit gegen Art. 31 GG. Verstoßen werde auch gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB, also abermals entgegen Art. 31 GG gegen Bundesrecht. Daneben verletze eine hoheitliche Ausdehnung der Tarifgebundenheit auf nicht verbandsgebundene Dritte außerhalb des Verfahrens nach § 5 TVG auch deren Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit, also Art. 9 Abs. 3 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat bislang noch nicht über diese Vorlage entschieden.

Von einem Antrag auf Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 EGV unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Diskriminierung von Arbeitern aus anderen EG-Mitgliedstaaten (die den Vorteil günstigerer Entgeltbedingungen wegen § 1 Abs. 1 Satz 2 VgGBln nicht wahrnehmen könnten, vgl. Art. 49 EGV) hat der Senat abgesehen, weil er die Vorschrift ohnehin für verfassungswidrig und nichtig hält.

Nachdem die Bundesregierung die Bedenken des BGH-Kartellsenats – gestützt auf den größeren Teil der Literatur¹⁵⁷ - nicht teilte, beschloss der Bundestag auf der Grundlage des § 97 Abs. 4 GWB am 31.05.2002 sein eigenes „Tariftreuegesetz“ im Rahmen des „Gesetzes zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen und zur Errichtung eines Registers über unzuverlässige Unternehmen“. Kernstück war die „Tariftreuepflicht“ des § 3:

„ (1) Öffentliche Bauaufträge nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der

¹⁵⁶ BGH 18.01.2000, AP Nr. 1 zu § 20 GWB = EzA Nr. 67 zu Art. 9 GG: AuR 2000, S. 271 mit Anm. B. Schwab = DB 2000, S. 465 mit Anm. Hopp = JZ 2000, S. 514 mit Anm. Dreher.

Ausführung der Leistung mindestens die am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen und dies auch von ihren Nachunternehmern zu verlangen. Gleiches gilt für die Übertragung von Verkehrsleistungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 2.

(2) Sind am Ort der Leistungsausführung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung einschlägig, bestimmt der öffentliche Auftraggeber den anzuwendenden Tarifvertrag unter Abwägung aller Umstände nach billigem Ermessen.“

Erstmals wurde die Tariftreuepflicht dabei nach § 2 nicht nur auf öffentliche Bauaufträge bezogen, sondern auch auf „die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Verkehrsmitteln im Linienverkehr, die überwiegend dazu bestimmt sind, die Verkehrsnachfrage in Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr zu befriedigen“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 2). Diese Ausdehnung der Tariftreuepflicht auf die Vergabe von Aufträgen im Rahmen des öffentlichen Personennahverkehrs ist neben der Vergabe von Bauaufträgen auch Gegenstand der zur Zeit in den Ländern Bremen, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein auf der Grundlage des § 97 Abs. 4 GWB vorbereiteten Landesvergabe Gesetze, während sie in Niedersachsen bereits seit 01.01.2003 in Kraft ist. Die Initiativen für diese Landesgesetzgebung sind entstanden, nachdem das zuvor zitierte Bundesgesetz in der 14. Legislaturperiode im Bundesrat und im Vermittlungsausschuss keine Mehrheit erhalten hatte und nicht in Kraft getreten ist.

3.2 Rechtsstruktur und Rechtswirkungen der Tariftreueklausel

Trotz der eben dargestellten intensiven juristischen und politischen Kontroversen über die Zulässigkeit gesetzlicher Tariftreueklauseln gibt es erstaunlicherweise kaum Untersuchungen zur dogmatischen Struktur und Wirkungsweise dieser Klauseln in den bisherigen Gesetzen und Gesetzentwürfen.

Hervorzuheben bleibt in diesem Zusammenhang, dass die bundesgesetzliche Aktivität zur Einführung von Tariftreueerklärungen ursprünglich auf eine Initiative des Freistaates Bayern vom 26.07.2000 im Bundesrat¹⁵⁸ zurückgegangen war, der am 26.04.2001 ein weiterer Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen im Bundesrat für ein „Gesetz zur tariflichen Entlohnung bei

¹⁵⁷ Däubler/Rust, Stellungnahme zum Vorlagebeschluss des EGH vom 18.01.2000, erstellt für den DGB, S. 25 ff.; Däubler, ZIP 2000, S. 686, Rieble, NZA 2000, S. 225, 233, Link, AuA 2000, S. 468, 469; B. Schwab, NZA 2001, S. 701, 703 ff.; a. A. insbesondere Seifert, ZfA 2001, S. 1; Löwisch, DB 2001, S. 1090, 1091.

¹⁵⁸ BR-Drs. 438/2000.

öffentlichen Aufträgen“¹⁵⁹ folgte, wobei der nordrhein-westfälische Auftrag über den bayrischen insofern hinausging, als er die Verpflichtung öffentlicher Auftragnehmer zur „Entlohnung der nach den am Ort der Auftragsausführung jeweils geltenden Tarifverträge“ nicht nur auf Bauaufträge, sondern auch auf die „Vergabe von Verkehrsleistungen im öffentlichen Personennahverkehr“ bezogen hatte. Trotz der damit verbundenen lebhaften politischen Diskussion gab es kaum eine Auseinandersetzung zur juristischen Konstruktion der Tariftreueverpflichtung.

Nur Seifert unterscheidet zwei „Grundtypen“ von Tariftreuregelungen¹⁶⁰. Die von ihm so genannte „deklaratorische“ Form knüpft an die (unabhängig vom Auftrag) bestehende Tarifbindung des Auftragnehmers an und verpflichtet ihn im Rahmen der Auftragsvergabe, seine tarifvertraglichen Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern auch tatsächlich einzuhalten. Es sollen also keine neuen Tarifbindungen eingegangen, sondern eingegangene Tarifbindungen dadurch durchgesetzt werden, dass Tarifverstöße mit Auftragsperren oder Vertragsstrafen sanktioniert werden. Richtigerweise müsste man hier nicht von einer bloß deklaratorischen, sondern einer effektivierenden Tariftreueklausel sprechen.

Die derzeit praktisch geltenden (und geplanten) gesetzlichen Tariftreuregelungen werden dagegen als „konstitutive“ Klauseln bezeichnet, weil sie auf eine „Ausweitung der Kartellwirkung von Tarifverträgen auf Außenseiter“ abzielten, in dem sie auch nicht tarifgebundene Auftragsbewerber verpflichteten, bei Ausführung des Auftrags bestimmte tarifliche Mindeststandards einzuhalten, um „Lohndumping“ und „Schmutzkonzurrenz“ am Ort der Leistung einzudämmen¹⁶¹. Dann folgt ein – freilich naheliegender – Gedankensprung. Es wird nämlich unterstellt, dass die vergaberechtlichen Tariftreuepflichten eine „Erstreckung der Tarifnormen auf Außenseiter“ anordneten¹⁶². Diese Annahme liegt dann nahe, wenn man derartige Klauseln bereits als „konstitutiv“ bezeichnet und ihnen damit die Absicht der Verschaffung neuer tarifvertraglich – normativer Ansprüche unterstellt hat. Ganz ähnlich argumentiert der BGH-Kartellsenat: Mit Hilfe der Tariftreueklausel des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgGBln „soll – ohne das im Tarifvertragsgesetz (§5) vorgesehene Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung einsetzen zu müssen – verhindert werden, dass die Berliner Tariftlöhne aufgrund des bestehenden

¹⁵⁹ BR-Drs. 322/2001.

¹⁶⁰ ZfA 2001, S. 1, 4.

¹⁶¹ Seifert, ZfA 2001, S. 1, 4.

¹⁶² Seifert, ZfA 2001, S. 1, 6.

Wettbewerbsdrucks gesenkt werden müssen“. Zwar lasse das Tarifvertragsgesetz es zu, „dass tarifvertragliche Normen auch für tarifungebundene Arbeitgeber gelten, macht aber eine solche Geltung von einem besonderen staatlichen Akt, der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, abhängig“¹⁶³. Nach R. Scholz geht es bei den Tariftreueerklärungen (nach den Bundesrats-Gesetzentwürfen) darum, „die Einhaltung tariflicher Normen auch durch den Außenseiter zu gewährleisten“, eine Bindung, die für Unternehmen, welche nicht Mitglieder des tarifschließenden Verbandes seien, „nur über das Verfahren einer Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG“ mit normativer Wirkung möglich sei¹⁶⁴.

Hat man sich erst einmal so weit festgelegt, liegt der Schluss auf einen Verstoß der Tariftreue-Vorschrift gegen § 5 TVG verführerisch nahe¹⁶⁵. Den ebenfalls naheliegenden Einwand, die Tariftreueklauseln enthielten doch gerade keine normative Erstreckung der Tarifbindung auf Außenseiter, d. h. keine Allgemeinverbindlicherklärung, sondern nur eine „faktische“ Teilverpflichtung des beauftragten Unternehmers¹⁶⁶, kann man dann als eine unzulässige „Umgehung“ des § 5 TVG qualifizieren¹⁶⁷.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass die derzeit überwiegende Auffassung („konstitutive“) gesetzliche Tariftreueverpflichtungen als eine spezielle Form der in § 5 TVG geregelten Allgemeinverbindlicherklärung (durch Erstreckung ihrer normativen Wirkungen auf Außenseiter) betrachtet. Die bisherigen Regelungen durch Gesetz seien unzulässig, weil sie das für eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG vorgeschriebene Verfahren nicht einhielten und infolgedessen gegen die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) der (rechtswidrig) erfassen Außenseiter verstießen¹⁶⁸.

b) Neuansatz: Die Tariftreueverpflichtung als Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB)

¹⁶³ BGH 18.01.2001, AP Nr. 1 zu § 20 GWB Bl. 1128.

¹⁶⁴ R. Scholz, RdA 2001, S. 193, 197, 198.

¹⁶⁵ So übereinstimmend Seifert, ZfA 2001, S. 1, 7 ff.; BGH 28.01.2001, AP Nr. 1 zu § 20 GWB, Bl. 1128 ff.; R. Scholz, RdA 2001, S. 193, 198.

¹⁶⁶ Däubler, ZIP 2000, S. 681, 686; B. Schwab, NZA 2001, S. 701, 705; Kreisling, NZA 2001, S. 1118, 1124.

¹⁶⁷ So Seifert, ZfA 2001, S. 1, 7; BGH 28.01.2001, AP Nr. 1 zu § 20 GWB, Bl. 1130 f., 1131; R. Scholz, RdA 2001, S. 193, 198 („rechtspolitischer Formenmissbrauch“).

¹⁶⁸ So außer den in Fußnote 21 genannten: Knipper, WuW 1999, S. 677, 679; Karenfort/v. Koppenfels/Siebert, BB 1999, S. 1825, 1833; Weinacht, WuW 2000, S. 382, 385; Berrisch/Nehl, ZIP 2000, S. 435; Löwisch, DB 2001, S. 1090, 1091.

Die bisherige Auffassung von der Tariftreueklausel als einer Sonderform der Allgemeinverbindlicherklärung entsprechender Tarifverträge beruht auf der Annahme, dass – entweder schon durch die gesetzliche Einführung dieser Verpflichtung oder jedenfalls durch die konkrete Vereinbarung der Anwendung eines speziellen Tarifvertrages – dessen Tarifnormen auf Außenseiter erstreckt würden. Es wird also dem Gesetzgeber unterstellt, er wolle diese Außenseiter an die betreffenden tarifvertraglichen Normen binden. Zur Begründung¹⁶⁹ für die Annahme einer derartigen gesetzlichen Ziels wird auf den – vor allem in den Landesgesetzen ausdrücklich hervorgehobenen – Zweck hingewiesen, mit Hilfe der Tariftreueklausel „Lohndumping“ durch höhere Entgelte in Außenseiterarbeitsverträgen bekämpfen zu wollen¹⁷⁰. Tatsächlich steht die Verhinderung der sozialpolitischen Folgen des Lohndumpings im Zentrum aller gesetzlichen Tariftreueverpflichtungen. Der juristische Schluss von dieser Zwecksetzung auf den Rechtscharakter des dafür angesetzten Mittels, d. h. auf die Eigenschaft einer normativen Allgemeinverbindlicherklärung, wäre jedoch nur dann treffend, wenn allein die (damit bewirkte) Erstreckung der Normen des anzuwendenden Tarifvertrages die Realisierung jedes Zweckes effektiv ermöglichen könnte. Wäre die Verpflichtung der Außenseiter auf die einschlägigen Tarifverträge allein über deren staatliche Allgemeinverbindlicherklärung möglich, so bliebe tatsächlich nur der Weg über § 5 TVG.

Das ist jedoch nicht der Fall. Das beabsichtigte Ziel der Tariftreueverpflichtungen lässt sich nämlich ebenso gut erreichen, wenn der öffentliche Auftraggeber den jeweiligen (nicht tarifgebundenen) Unternehmer lediglich schuldrechtlich verpflichtet, seine mit der Erfüllung des öffentlichen Auftrags beschäftigten Arbeitnehmer (einschließlich der Arbeitnehmer eventuell eingesetzter Subunternehmer) nach den Entgeltbestimmungen der am Leistungsort einschlägigen Tarifverträge zu entgelten. Ein solcher Vertrag zwischen Auftraggeber und Unternehmer zu Gunsten der dabei eingesetzten Arbeitnehmer ist in § 328 BGB geregelt. Derartige Verträge sind auch ohne jede staatliche Mitwirkung und ohne öffentlichen Hoheitsakt zwischen privaten Vertragsparteien möglich. Diese Vorschrift des § 328 BGB wird – mindestens für nicht tarifgebundene Außenseiter – auch keineswegs durch das allgemeine Tarifrecht verdrängt. So sind sog. Außenseiterklauseln, in denen eine tarifvertragliche Verpflichtung der (tarifgebundenen) Arbeitgeber begründet wird, auch ihre nicht tarifgebundene Arbeitnehmer

¹⁶⁹ BGH 28.01.2001, AP Nr. 1 zu § 20 GWB, Bl. 1130 f.; Seifert, ZfA 2001, S. 1, 4; R. Scholz, RdA 2001, S. 193, 197.

¹⁷⁰ § 1 Abs. 1 Satz 2 VgGBln; Art. 3 BayBauVG; § 3 SaarBauVG.

nur zu Tarifbedingungen zu beschäftigen, als schuldrechtliche Verträge zu Gunsten Dritter durchaus anerkannt¹⁷¹. Eine solche schuldrechtliche Verpflichtung, alle Regelungen des normativen Teils im Tarifvertrag auf nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer zu erstrecken und dies durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, ist unbedenklich zulässig, wenn es sich dabei lediglich um Vergünstigungen (z. B. Lohn oder Gehalt, Sondervergütungen, Entgeltersatzleistungen) handelt¹⁷². Sie können – falls das gewollt sein sollte – auch als Vertrag zu Gunsten Dritter unmittelbar Ansprüche der Außenseiter begründen¹⁷³. In derartigen Fällen ging es allerdings immer um solche Verträge zu Gunsten Dritter, die die Tarifvertragsparteien im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages selbst vereinbart haben und die sich legitimato- risch auf deren Regelungsbefugnis als Koalitionen nach Art. 9 Abs. 3 GG zurückführen lie- ßen¹⁷⁴. Bei Tariftreueverpflichtungen ist das durchaus anders. Im jetzigen Argumentationszu- sammenhang interessiert jedoch allein der Nachweis, dass eine normative Tarifregelung als solche keineswegs die Möglichkeit von schuldrechtlichen Verpflichtungen zu Gunsten dritter Außenseiter nach § 328 BGB ausschließt, diese Tarifvorschriften auch auf die Dritten anzu- wenden.

Es ist deshalb zu untersuchen, ob die bisherigen gesetzlichen Tariftreueeregungen vielleicht überhaupt nur auf schuldrechtliche Verpflichtungen der jeweiligen Unternehmen nach § 328 BGB gerichtet sind. Möglicherweise bestand die ihnen unterstellte Absicht, ein Entgeltdum- ping durch normative Ausdehnung der Tarifbindung auf alle Außenseiter, d. h. durch partielle Allgemeinverbindlicherklärung, sicherzustellen, nämlich gar nicht. Mangels Allgemeinver- bindlichkeitswirkung würden sie weder gegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG noch gegen § 5 TVG oder gar gegen die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen.

3.2.1 Schreiben die gesetzlichen Tariftreueeregungen die normative Erstreckung der einschlägigen Tarifverträge auf Außenseiter vor?

Sofern die Tariftreuegesetze die normative Ausdehnung der Tarifgebundenheit auch auf Nicht-Mitglieder vorsähen, wäre für die schuldrechtliche Tariftreue-Verpflichtung durch Ver- trag zu Gunsten Dritter kein Raum mehr. Keines der geltenden Gesetze und keiner der akuten

¹⁷¹ BAG GS 29.11.1967, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; Wiedemann, in: Wiedemann, 6. Aufl. 1999, § 1 TVG, Rn. 662.

¹⁷² Wiedemann, in: Wiedemann, 6. Aufl. 1999, § 1 TVG, Rn. 751.

¹⁷³ Vgl. BAG 31.01.1979, AP Nr. 8 zu § 112 BetrVG 1972; Zachert, AuR 1999, S. 1, 9; Wiedemann, in: Wie- demann, 6. Aufl. 1999, § 1 Rn. 751.

¹⁷⁴ Wiedemann, in: Wiedemann, 6. Aufl. 1999, § 1 TVG, Rn. 662.

Entwürfe regelt indessen genau, in welcher juristischen Form oder über welche rechtlichen Maßnahmen die Verpflichtung der Unternehmen zur Tariftreue umgesetzt werden soll. Insbesondere ist nirgends festgelegt, dass die einschlägigen Tarifverträge auf Grund der vorgeschriebenen Tariftreue-Erklärung unmittelbar und zwingend, also auf normativem Wege, Inhalt der jeweiligen Arbeitsverhältnisse werden sollen. Tatsächlich ließe sich eine solche normative Erstreckung der Tarifregelungen auf Außenseiterarbeitsverhältnisse nur mittels staatlichen Hoheitsaktes, also über ein Allgemeinverbindlichkeitsverfahren nach § 5 TVG erreichen. Allein hier werden nämlich die Interessen der nicht oder anders organisierten Betroffenen durch staatliche Verfahrensmithilfe wahrgenommen¹⁷⁵.

Die Allgemeinverbindlicherklärung der einschlägigen Tarifverträge ist allerdings in keinem der Tariftreue-Gesetze vorgesehen. Sie würde auch weit über den Gesetzeszweck hinauschießen, denn das sog. Entgelt-Dumping soll ausschließlich im Bereich des jeweiligen konkreten öffentlichen Auftrags ausgeschlossen werden. Dagegen würde die Allgemeinverbindlichkeit der entsprechenden Tarifnormen alle nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer innerhalb des örtlichen, fachlichen und persönlichen Tarif-Geltungsbereichs erfassen, also z. B. die Entgelte für alle Bauleistungen oder den gesamten öffentlichen Personennahverkehr normativ festlegen. Eine derart weitreichende Regelung wäre vom Zweck der Tariftreuegesetze also nicht mehr gedeckt und verstieße gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot. Dieses Übermaß wird ganz deutlich, wenn man sich das ausdrückliche Ziel des Tariftreuegesetzes des Bundes (Entwurf) betrachtet, welches den Gesetzeswerken der bestehenden landesgesetzlichen Regelungen und den aktuellen Gesetzgebungsvorhaben mehrerer Bundesländer entspricht:

„§ 1 Ziel des Gesetzes

Das Gesetz wirkt Wettbewerbsverzerrungen entgegen, die auf dem Gebiet des Bauwesens und des öffentlichen Personennahverkehrs durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und mildert Belastungen für die Sozialversicherungssysteme. Es bestimmt zu diesem Zweck, dass öffentliche Auftraggeber Aufträge über Baumaßnahmen und im öffentlichen Personennahverkehr nur an Unternehmen vergeben dürfen, die das in Tarifverträgen vereinbarte Arbeitsentgelt am Ort der Leistungserbringung zahlen.“

¹⁷⁵ BVerfG 24.05.1977, E 44, 322; Kempen/Zachert, TVG, 3. Aufl. 1997, § 5 Rn. 30.

Ein solches Ziel erfordert weder eine förmliche noch eine irgendwie geartete tatsächliche Allgemeinverbindlichkeit der Entgelttarifnormen, die folgerichtig auch gesetzlich nirgends vorgesehen sind. Ausreichend ist vielmehr eine schuldrechtlich verpflichtende Erklärung der „beauftragten“ Unternehmer, die entsprechenden Entgelte an die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Arbeitnehmer zu zahlen.

3.2.2 Die Tariftreueerklärung als vertragliche Verpflichtung zu Gunsten der eingesetzten Arbeitnehmer

Das gesetzliche Ziel der Tariftreue wird quasi punktgenau dadurch erreicht, dass die Unternehmer sich im Rahmen des Vertrages, welcher den Auftrag begründet und regelt, dazu verpflichten, ihren dabei eingesetzten Arbeitnehmern hierfür die einschlägigen Tarifentgelte zu zahlen. Dementsprechend bestimmt der Bundesgesetzentwurf für ein Tariftreuegesetz in § 3 Abs. 1, dass öffentliche Bauaufträge nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 nur an Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich schriftlich „verpflichten“, ihren mit der Leistungsausführung Beschäftigten die am Leistungsort einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen. Eine derartige Verpflichtung ist ein privatrechtlicher Vertrag, den jeder Werkunternehmer für seine bei der Herstellung des Werkes eingesetzten Arbeitnehmer gegenüber dem Besteller des Werks abgeben könnte. Beispielsweise wäre es denkbar, dass ein gewerkschaftsnahes Unternehmen Bauaufträge nur an solche Bauunternehmen vergibt, die sich hierdurch verpflichten, auch ihre nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer tarifgerecht zu entgelten. Jedem anderen privaten Bauherren wäre es ebenso unbenommen, Werkverträge nur nach Abgabe einer solchen Verpflichtungserklärung zu schließen. Auf das Motiv solchen Handelns kommt es dabei zunächst nicht an. Es kann lediglich für die Auslegung des Vertrages wichtig sein, wenn zu entscheiden ist, ob ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter nach § 328 BGB oder lediglich ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte gewollt war.

Nur am Rande sei bemerkt, dass auch öffentlich-rechtliche Verträge zu Gunsten Dritter geschlossen werden können, wobei § 62 Satz 2 VwVfG insoweit auf das BGB verweist¹⁷⁶. Bei den gesetzlichen Tariftreue-Verpflichtungen handelt es sich allerdings ohnehin um privatrechtliche Verträge der öffentlichen Hand.

Nach § 328 Abs. 1 BGB besteht der eigentliche Vertrag zu Gunsten Dritter zwischen dem Schuldner (hier dem versprechenden Unternehmer) und Gläubiger (hier dem öffentlichen

¹⁷⁶ MünchKomm-Gottwald, 3. Auf. 1994, § 328 BGB, Rn. 4.

Auftraggeber als Versprechensempfänger). Nur zwischen ihnen muss ein Vertragsverhältnis bestehen, welches nach den Tariftreugesetzen durch die Verpflichtung des Unternehmers im Rahmen des „Auftrags“-Verhältnisses zu Stande kommt. Seine Besonderheit besteht darin, dass der Dritte (hier der bei der Leistungserbringung eingesetzte Arbeitnehmer) aus diesem Vertrag ein Forderungsrecht erwirbt. Dieser Vertrag ist das sog. Deckungsverhältnis (oder Außenverhältnis), weil der Schuldner vom Gläubiger die Gegenleistung, d. h. die Deckung, für seine Leistung an den Dritten erhält¹⁷⁷. Bei der Auftragsvergabe sind die auf Grundlage der einschlägigen Tarifentgelte errechneten Arbeitskosten in das Angebot des Unternehmers (Schuldners des Vertrages zu Gunsten der Arbeitnehmer) einzurechnen. Erhält der Unternehmer dann den Zuschlag auf der Basis dieses Angebots, so vereinnahmt er über den Werklohn auch die Kosten für seine tariflichen Leistungen an die Dritten (Arbeitnehmer) vom Gläubiger des Vertrages (aus § 328 BGB).

Das Deckungsverhältnis, also die Verpflichtung des Unternehmers zur Tariftreue gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, bestimmt die Rechtsnatur des Vertrages zur Gunsten Dritter und damit die Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Erwerb der Forderung durch den Dritten, d. h. die eingesetzten Arbeitnehmer. Ob der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt, richtet sich nach dem Inhalt der Vereinbarung zwischen Gläubiger (öffentlicher Auftraggeber) und Schuldner (Unternehmer)¹⁷⁸, doch ist das jetzt noch nicht zu untersuchen.

Notwendig sind übereinstimmende zivilrechtliche Willenserklärungen auf der Basis der privatautonomen Vertragsfreiheit. Hoheitliches Handeln ist dabei nicht erforderlich. Das unterscheidet die Tariftreue-Verpflichtung als Vertrag nach § 328 BGB gerade von der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages. Von ihrer Rechtswirkung her ist sie ein „minus“ gegenüber der Allgemeinverbindlichkeit. Sie wirkt als schuldrechtlicher Vertrag nur für und gegen die Vertragsparteien und betrifft insoweit allein die Ausführung des konkreten öffentlichen Auftrags. Auch der Arbeitnehmer als begünstigter Dritter wird nicht heteronom gebunden. Nach § 333 BGB kann er das aus dem Vertrag erworbene Recht, d. h. den Anspruch auf Tarifentgelt, auch gegenüber seinem Arbeitgeber durch seinseitige, empfangsbedürftige Erklärung zurückweisen.

¹⁷⁷ MünchKomm-Gottwald, 3. Auf. 1994, § 328 BGB, Rn. 20.

¹⁷⁸ BGH Z 54, S. 145, 147.

Nach dem Zweck der Tariftreueverpflichtung kann man zwar davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer ein eigenes Recht gegen seinen Arbeitgeber erwirbt, das tarifgerechte Entgelt zu fordern (§ 328 Abs. 2, 1. Alternative BGB). Dennoch hat der öffentliche Auftraggeber als Versprechensempfänger kein Interesse daran, dass das vertragsgerechte Entgelt nun gerade an einem bestimmten Arbeitnehmer gezahlt wird. Sollten die bei der Durchführung des öffentlichen Auftrags eingesetzten Arbeiter es daher ablehnen, nach Tarif bezahlt zu werden, so ist das für die Durchführung des Vertrages zu Gunsten Dritter nicht erheblich. Der verpflichtete Unternehmer muss dann lediglich andere (nämlich tarifannahmebereite) Arbeitnehmer einsetzen, um seine Verpflichtung zu tariflicher Bezahlung bei Erbringung seiner Werkleistung zu erfüllen.

Die Tariftreueerklärung bewegt sich als Vertrag zu Gunsten Dritter also völlig im System der Privatautonomie. Sie entfaltet ihre Wirkung deshalb nur inter partes und reicht nicht über den jeweiligen öffentlichen Auftrag hinaus. Sie verpflichtet die begünstigten Dritten nicht zur Annahme und erfüllt insofern alle Bedingungen verhältnismäßigen Handelns der öffentlichen Verwaltung.

3.2.3 Die Tariftreueverpflichtung bewirkt als Vertrag zu Gunsten Dritter keinen Koalitionszwang (Verstoß gegen die „negative Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3, S. 1 GG)

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs verstößt die Tariftreueklausel (des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgGBln) deshalb gegen die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG, weil sie die nicht oder anderes organisierten Anbieter „nötigt, sich in einem ihre Wettbewerbsfähigkeit maßgeblich beeinflussenden Punkt den tariflichen Bestimmungen zu unterwerfen“, ohne dass ihre Interessen dabei verfahrensförmig berücksichtigt würden¹⁷⁹. Mit dieser Argumentation lässt sich ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit jedoch nicht belegen, denn die Rechtsprechung lässt es durchaus zu, dass ein gewisser (meist) wirtschaftlicher Druck zum Koalitionsbeitritt ausgeübt wird. Geschützt wird nur die „Freiheit des Beitritts und des Fernbleibens“¹⁸⁰, dagegen sind ökonomische Vorteile und soziale Anreize, einer Koalition beizutreten, jedenfalls solange zulässig, wie sie (in der älteren Terminologie des Bundesarbeitsge-

¹⁷⁹ BGH 18.01.2000, AP Nr. 1 zu § 20 GWB, Bl. 1131 R; ebenso R. Scholz, RdA 2001 S. 193, 198; a. A. Rieble, NZA 2000, S. 225, 233; Däubler, ZIP 2000, S. 681, 686; Seifert, ZfA 2001, S. 1, 16 ff.; B. Schwab, NZA 2001, S. 701, 705; zweifelnd Löwisch, DB 1001, S. 1090, 1091.

¹⁸⁰ BVerfG 01.03.1979, E 50, S. 290, 367 (Mitbestimmung); 24.05.1977, E 44, S. 322, 352 (Allgemeinverbindlicherklärung); 18.07.2000 (Kammerentscheidung), DB 2000, S. 1768 (§ 1 Abs. 3 a ArbNEntG).

richts) sozialadäquat bleiben, d. h. keinen sozial inadäquaten Beitrittsdruck auf Dritte vermitteln¹⁸¹. Letztlich darf kein faktisch unentrinnbarer Zwang – zum Beitritt ausgeübt werden, weil Art. 9 Abs. 3 GG sonst seine Funktion als Freiheitsrecht verlöre¹⁸². Solcher Zwang liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn jemand punktuell den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien schuldrechtlich unterworfen wird. Auch insofern sich hieraus für den Betroffenen ein Druck ergeben sollte, sich der Tarifpartei anzuschließen, um Einfluss auf die Koalition nehmen zu können, ist die negative Koalitionsfreiheit nicht verletzt¹⁸³. Durch die Verpflichtung zu Tariftreue verpflichtet ein Unternehmer sich lediglich zur Einhaltung fremder Tarifbedingungen für einen öffentlichen Auftrag. Die Geltung dieser tariflichen Regelungen geht also nicht auf staatlichen Hoheitsakt, sondern auf die freie privatautonome Entscheidung des Unternehmers zur Übernahme des öffentlichen Auftrags zurück. Hierdurch entsteht jedoch kein Druck, der entsprechenden Koalition auch beizutreten. Selbst wenn dieser Unternehmer überwiegend von öffentlichen Aufträgen existieren sollte, wird der Beitrittsdruck vielleicht intensiver, aber noch nicht unwiderstehlich werden. Zunächst kann er nicht sicher sein, dass die Tarifverträge dieser Koalition den Tariftreueerklärungen auch künftig zu Grunde gelegt werden. Effektiv wäre der Druck deshalb nur dann, wenn man unterstellen könnte, dass er den Unternehmer veranlasste, seine Mitgliedschaft jeweils zu wechseln. Ein solcher „Opportunismus“ würde seinen potentiellen Einfluss auf die Tarifpolitik der entsprechenden Koalitionen aber so entscheidend mindern, dass der (von einer Tariftreueklausel ausgelöste) Beitrittsdruck schon mangels realistischer Beteiligungschancen in den Verbänden doch recht gering bliebe. Ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit kann darin nicht gesehen werden¹⁸⁴.

3.2.4 Die Tariftreueverpflichtung bewirkt als Vertrag zu Gunsten Dritter keinen Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG

Für den nicht organisierten Arbeitnehmer, der durch eine Tariftreueverpflichtung seinen Arbeitgeber als „Dritter“ i. S. d. § 328 BGB begünstigt wird, gilt dasselbe wie für seinen Arbeitgeber. Auch seine negative Koalitionsfreiheit würde nicht dadurch verletzt, dass das danach anzuwendende Tarifniveau über seinem individualvertraglich vereinbarten Arbeitsentgelt

¹⁸¹ BAG GS 29.11.1967, Ap Nr. 13 zu Art. 9 GG (Differenzierungsklausel).

¹⁸² Kempen/Zachert, TVG, 3. Auf. 1997, Grundlagen Rn. 132.

¹⁸³ BVerfG 14.06.1983, E 4, S. 208, 214 (Bergmannsversorgungsschein).

¹⁸⁴ Ebenso Seifert, ZfA 2001, S. 1, 16 ff.; Rieble NZA 2000, S. 225, 233; Däubler, ZIP 2000, S. 681, 686; Löwisch DB 2001, S. 1090, 1091, Schwab, NZA 2001, S. 701, 705 C. Schubert, RdA 2001, S. 199 ff., 207.

liegt. Will er die höhere Bezahlung nach § 333 BGB ablehnen, so könnte er zwar bei Durchführung jenes öffentlichen Auftrags nicht beschäftigt werden, doch entsteht gerade kein Beitrittsdruck zur Gewerkschaft. Läge sein arbeitsvertraglich gesichertes Entgelt dagegen über dem herangezogenen Tarif, so bliebe es dabei, weil sein Arbeitgeber insoweit jedenfalls auch die Tariftreueklausel erfüllt.

Gerade wegen des Zurückweisungsrechts nach § 333 BGB und der damit verbundenen Sicherung der Privatautonomie des Dritten könnte die Tariftreueverpflichtung des Arbeitgebers die Arbeitsvertragsfreiheit des Arbeitnehmers nur berühren, wenn er damit einverstanden sein sollte. Da der Vertrag zu Gunsten Dritter für den Dritten also keineswegs zwingend wirkt, beeinträchtigt die Tariftreueklausel auch nicht die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Arbeitsvertragsfreiheit¹⁸⁵ des eingesetzten Arbeitnehmers¹⁸⁶. Der Unternehmer als Versprechender (Schuldner) handelt ohnehin bei Vertragsabschluss und Tariftreueverpflichtung im Rahmen seiner Vertragsfreiheit. Der auf ihn ausgeübte Druck wirkt nicht anders, als wenn man von ihm die Verwendung bestimmter Materiale, Techniken und Industrienormen bei der Ausführung seines Werks verlangte. Auf die Arbeitsverträge mit seinen Beschäftigten wirkt die Tariftreueverpflichtung aber überhaupt nicht ein, denn deren Inhalt bleibt ganz unverändert: Der Vertrag zu Gunsten Dritter schafft vertragliche Beziehungen alleine zwischen Arbeitgeber und Auftraggeber – wovon die arbeitsvertragliche Ebene nicht tangiert wird.

3.2.5 Die Tariftreuerklärung enthält als Vertrag zu Gunsten Dritter keinen Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)

Aus Art. 9 Abs. 3 GG ist auch eine staatliche Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie als solcher abzuleiten. Die Koalitionen müssen effektiv die Chance haben, ihren jeweiligen Arbeitsmarkt tariflich zu regeln. Sobald eine erhebliche Anzahl von Arbeitsverhältnissen durch staatliche Regelung den zuständigen Koalitionen rechtlich entzogen würde, entstünde eine Lücke im Grundrechtsschutz¹⁸⁷. Durch die Tariftreueverpflichtung würde der Unternehmer, welcher einem anderen Arbeitgeberverband angehört als demjenigen, dessen Tarif er anzuwenden verspricht, insoweit effektiv aus seiner eigenen mitgliedschaftlichen Tarifbindung

¹⁸⁵ BVerfG 07.02.1990, E 81, S. 242, 254.

¹⁸⁶ Vgl. dagegen Löwisch, DB 2001, S. 1090, 1091, der freilich noch von der zwingenden „Erstreckung tariflicher Bedingungen auf die Arbeitsverhältnisse Nichtorganisierter“ ausgeht; wie hier im Ergebnis C. Schubert, RdA 2001, S. 199 ff., 206 f.

¹⁸⁷ Vgl. BVerfG 24.05.1988, E 44, S. 322, 342; Kempen, Festschrift für Gitter, 1995, S. 427, 430 f.

gelöst. Sind die dort festgelegten Entgelte niedriger, muss er jetzt übertarifliche Leistungen erbringen. Nach § 4 Abs. 3 TVG wäre das zulässig. Wenn die „eigenen“ Tarifentgelte höher waren, bleibt es bei dieser Tarifbindung. Eine Tariftreueverpflichtung greift also rechtlich nicht in die anderweitige Tarifbindung des Unternehmens ein.

Effektiv kann zwar ein Druck auf andere Tarifverträge durch die Verpflichtung zu übertariflichen Entgelten entstehen, doch dürfte der ohnehin schon durch die unterschiedlichen Tarifverträge auf demselben Arbeitsmarkt bestanden haben. Art. 9 Abs. 3 GG schützt jedoch nicht vor Koalitionskonkurrenz, sondern nur davor, dass Teilbereiche des Arbeitsmarktes als solche einer tariflichen Regelbarkeit überhaupt entzogen werden, also vor sog. tarifexempten Zonen.

Da Tariftreueklauseln also nicht die positive Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber verletzen¹⁸⁸, berühren sie die entsprechenden Rechte der (anders organisierten) Arbeitnehmer erst recht nicht, weil diese nach § 333 BGB übertarifliche Leistungen auch ablehnen könnten.

Demgegenüber möchte Seifert eine Verletzung der kollektiven Koalitionsfreiheit derjenigen Verbände erkennen, deren Tarifentgelte gerade zum Inhalt der Tariftreueklausel gemacht worden sind: Die „Erstreckung“ auf Nichtorganisierte verschaffe diesen verbandsfremden Personen quasi kostenlose Tarif-Vorteile und mindere so die Attraktivität der tarifschließenden Koalitionen, welche hierdurch einer „grundrechtsrelevanten Gefährdungslage“ ausgesetzt würden. Diese könne nur durch verfahrensförmige Beteiligung der betroffenen Koalitionen nach dem Vorbild des Allgemeinverbindlichkeitsverfahrens ausgeglichen werden¹⁸⁹. Hier wird zunächst abermals übersehen, dass die Tariftreueverpflichtung keine „Erstreckung“ der tariflichen Normwirkung auf Außenseiter enthält, sondern lediglich ein einzelvertragliches Versprechen zu Gunsten Dritter (Arbeitnehmer). Damit aber unterscheidet sie sich rechtlich nicht von der weit verbreiteten Bezugnahme auf branchenübliche Tarifverträge in Einzelarbeitsverträgen. Die vom Bundesarbeitsgericht zunehmend als Gleichstellungsabreden interpretierten vertraglichen Verweisungsklauseln¹⁹⁰ sind im öffentlichen Dienst völlig üblich und verschaffen nichtorganisierten Arbeitnehmern praktisch kostenlos tarifgleiche Rechtspositionen. Ob man dies als staatliche Beeinträchtigung der Tarifautonomie der tarifschließenden Koalitionen ansehen kann, obwohl die öffentliche Hand insoweit privatrechtlich agiert, sei

¹⁸⁸ Ebenso B. Schwab, NZA 2001, S. 701, 705; Seifert, ZfA 2001, S. 1, 18 f.

¹⁸⁹ Seifert, ZfA 2001, S. 1, 19 ff.

¹⁹⁰ Z. B. BAG 30.08.2000, AP Nr. 12 zu 3 § TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag mit Anm. Waas.

hier ebenso dahingestellt wie die Möglichkeit der tariflichen Gegenwehr¹⁹¹. Feststeht jedoch, dass die Koalitionen diese Praxis nicht nur dulden, sondern teilweise selbst anregen und fördern, so dass eine Verletzung ihrer Tarifautonomie hierdurch jedenfalls derzeit ausscheidet.

Eine ganz andere Frage stellt sich, wenn für die Tariftreueklausel mehrere einschlägige Tarifverträge unterschiedlicher Koalitionen in Betracht kommen. Hier dürfte es sinnvoll sein, die betroffenen Verbände bei der Auswahl des im Vergabeverfahren heranzuziehenden Tarifs zu beteiligen¹⁹²; um der staatlichen Schutzpflicht für die Tarifautonomie (z. B. über einen Vergabe-Beirat) zu genügen.

Insgesamt ist die Tariftreueverpflichtung, wenn sie zutreffend als Vertrag zu Gunsten Dritter begriffen wird, auch unter dem Aspekt der positiven kollektiven Koalitionsfreiheit nicht problematisch.

3.3 Die Tariftreueklausel als „andere Anforderung“ i. S. d. § 97 Abs. 4 GWB

Gesetzliche Basis für die Einführung von Tariftreueklauseln bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland durch Bundes- oder Landesgesetz ist die Regelung des § 97 Abs. 4 GWB. Nach dieser – zur „Vergabe öffentlicher Aufträge“ im Abschnitt „Vergabeverfahren“ – normierten Vorschrift werden die Aufträge

„an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“.

Man könnte dies als eine sehr weitgehende und inhaltlich nicht begrenzte Ermächtigung lesen, wenn nicht in § 97 Abs. 1 GWB quasi als Obersatz allgemeine Prinzipien des Vergabeverfahrens geregelt wären, die die Ermächtigung des Absatzes 4 generell eingrenzen:

„Öffentliche Auftraggeber beschaffen Waren-, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren“.

¹⁹¹ Zur Möglichkeit tariflicher Differenzierung vgl. zuletzt Däubler, BB 2002, S. 1643 ff.

¹⁹² Dies ermöglicht z. B. § 4 Abs. 2 Satz 4 EntwurfVergabegesetz für das Land Bremen (Drs. 15/1325) vom 10.12.2002; vgl. auch den Entwurf für eine Verordnung zu § 3 Abs. 2 Vergabegesetz Niedersachsen vom 13.11.2002.

Damit ist ausgedrückt, dass auch die nach § 97 Abs. 4 GWB möglichen, „anderen und weitergehenden“ Anforderungen an den Unternehmer nicht zu einer allgemeinen Beseitigung von „Wettbewerb und Verfahrenstransparenz“, d. h. der Leit-Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge führen dürfen. Zu prüfen ist deshalb stets, ob sich die gesetzlichen Vorschriften für eine bundes- oder landesrechtliche Tariftreueklausel im Rahmen dieser Kriterien hält.

3.3.1 Tariftreueklausel und Wettbewerbsprinzip

Schon wegen ihrer sehr bedeutenden Marktmacht auf unterschiedlichen Teilmärkten werden die öffentlichen Auftraggeber prinzipiell gem. § 97 Abs. 1 GWB an das deutsche Wettbewerbsrecht gebunden, welches den Anbietern marktgerechte Chancen gewährleisten soll. Andererseits muss jeder öffentliche Auftrag (soweit er nicht ausschließlich erwerbswirtschaftlich geprägt sein sollte¹⁹³) zugleich einem „öffentlichen Interesse“ dienen. Deshalb darf die Bindung des staatlichen Auftraggebers an wettbewerbsrechtliche Grundsätze nicht dazu führen, dass seine öffentliche Zweckbindung unerfüllbar wird. Sie setzt der Anwendung des Wettbewerbs also Grenzen¹⁹⁴. Um den an dieser „Grenzlinie“ möglichen Missbrauch zu verhindern, hat der Gesetzgeber sie in § 97 Abs. 4 GWB an bundes- oder landesgesetzliche Konkretisierungen gebunden. Bei dieser Festlegung anderer oder weitergehender Anforderungen dürfen die Wettbewerbsprinzipien jedoch nicht weiter zurückgedrängt werden, als es das gesetzlich definierte öffentliche Interesse jeweils verlangt. Sollte dieses Interesse überhaupt nicht in wettbewerblicher Form realisierbar sein, so müsste der Staat eben zu hoheitlichen Mitteln greifen.

Im vorliegenden Zusammenhang geht es ausschließlich um Tariftreueklauseln als einer anderen Anforderung an die Bewerber um einen öffentlichen Auftrag. Deshalb ist jetzt nicht zu untersuchen, wo die allgemeinen Grenzen für den Gesetzgeber nach § 97 Abs. 4 GWB liegen, sondern ausschließlich zu prüfen, ob die bestehenden oder konkret entworfenen Tariftreueklauseln sich am bundesgesetzlichen Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsprinzipien des § 97 Abs. 1 GWB halten. Da die wichtigste Funktion tariflicher Regelungen nach deutschem Recht bekanntlich darin besteht, Mindestarbeitsbedingungen für die tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse zu sichern, entfalten sie insoweit eine gewollte Kartellwirkung. Sie steht im Gegensatz zum allgemeinen wettbewerblichen Diskriminierungsverbot (§ 20 GWB), ist jedoch

¹⁹³ Vgl. dazu OLG Hamm, JZ 1998, S. 576 mit Anm. W. Müller.

¹⁹⁴ Badura, Staatsrecht, 2. Aufl., Rn. I 114.

durch die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) grundrechtlich legitimiert und setzt sich dem Verbot gegenüber durch, um die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt auszugleichen¹⁹⁵. Tarifverträge fallen deshalb trotz ihrer kartellierenden Wirkung nicht unter das gesetzliche Kartellverbot¹⁹⁶. Freilich ist diese wettbewerbsrechtliche „Privilegierung“ des Tarifvertrages primär dadurch begründet, dass die Mitgliedschaft in den Koalitionen freiwillig-demokratisch begründet ist und dass die Tarifabschlüsse selbst durch wirtschaftliche Druckausübung (äußerstenfalls mittels Arbeitskampf), also nach marktwirtschaftlichem Verfahren erfolgen¹⁹⁷.

Im Gegensatz dazu soll die Tariftreueklausel bei der öffentlichen Auftragsvergabe gerade die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfassen und an den einschlägigen Tarifvertrag binden. Er ist von diesem Personenkreis also demokratisch gerade nicht legitimiert.

Andererseits – und das muss gegenüber mannigfachen Missverständnissen hervorgehoben werden – bleibt seine ökonomische Struktur und Marktangemessenheit gleichwertig, wenn seine Regelungen nunmehr zusätzlich von Dritten angewendet werden. Dies wird deutlich, wenn man bedenkt, dass die Ausgewogenheit eines Tarifkompromisses sich nicht dadurch verändert, dass seine Regelungen später auf Grund der verbreiteten arbeitsvertraglichen Verweisungsklausen massenhaft in dritte Vertragsverhältnisse übernommen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese dritten Arbeitsverhältnisse bereits auf dem tariflich geregelten Arbeitsmarkt vorhanden waren, als der Tarif ausgehandelt wurde. Dann nämlich haben diese Arbeitsverhältnisse (durch ihr bloßes Vorhandensein) notwendig auf das Ergebnis des Tarifkompromisses (in welche Richtung auch immer) schon mit eingewirkt. Kurz gesagt: Die Tatsache, dass es auf dem Arbeitsmarkt auch etliche nicht tarifgebundene Arbeitsplätze gibt, wird in das Kalkül der Tarifvertragsparteien schon beim Tarifvertragsabschluss mit eingegangen sein. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob die spätere Anwendung der Tarifregelungen seitens dritter Arbeitsparteien rechtstechnisch auf Firmentarifen („Anwendungs“-Tarif), auf individualvertraglicher Vereinbarung oder auf einer Tariftreue-Verpflichtung bei öffentlichen Aufträgen beruht. In das ökonomische Kräftefeld, das den Tarifabschluss seinerzeit beeinflusst hat, wird hierdurch nun nicht mehr zusätzlich verändernd eingegriffen. Die wirtschaftli-

¹⁹⁵ BVerfG 26.06.1991, E 84, 212, 229.

¹⁹⁶ BAG 27.06.1989 AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁹⁷ Vgl. dazu näher Kempfen, NZA Sonderbeilage 3/2000, S. 7, 11 ff.

che Legitimation des Tarifs bleibt also auch dann prinzipiell unverändert, wenn er – vermittelt gesetzlicher Tariftreueklauseln – auf dritte Arbeitsverhältnisse anzuwenden ist, die ansonsten seiner tariflichen Bindung nicht unterlegen hätten.

Gegen diese Feststellung ließe sich einwenden, dass es unter den genannten Prämissen eigentlich nicht zu sog. Dumping-Angeboten auf der Grundlage von Niedriglöhnen kommen dürfte. Normalerweise geschieht das auch nicht. Vielmehr zeigt die verbreitete freiwillige Übernahme von Tarifregelungen in nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse, dass die entsprechenden Tarifverträge ökonomisch „richtig“ austariert waren. Bei den europaweit auszuschreibenden öffentlichen Aufträgen bewerben sich jedoch auswärtige (meist ausländische) Anbieter ausschließlich um den spezifischen Auftrag – während ihr Tätigkeitsmarkt im übrigen von ganz anderen und sehr unterschiedlichen sozialen wie wirtschaftlichen Bedingungen bestimmt ist. Diese fernliegenden Strukturen sind dann auch nicht in den lokalen oder regionalen Tarifkompromiss am Ort der Realisierung des öffentlichen Auftrags eingegangen. Sofern sie zu wesentlich niedrigeren (am Heimatmarkt des Anbieters aber durchaus angemessenen) Entgelten geführt haben, wird ein Entgelt-Dumping bei der Bewerbung um den öffentlichen Auftrag möglich und – aus der Sicht des Anbieters – auch sinnvoll. Diese auswärtigen Anbieter haben den örtlichen Tarif weder mitgliedschaftlich noch ökonomisch legitimiert. Deshalb reicht es wettbewerbsrechtlich nicht, ihn ohne zusätzliche Begründung über eine Tariftreueklausel für anwendbar zu erklären. Dazu bedarf es vielmehr „anderer“ zugleich wirtschaftlich fundierter Gründe auf verfassungsförmigem Niveau.

3.3.2 Tariftreueklausel als staatlicher Schutz der ausgeübten Tarifautonomie und des sozialen Sicherungssystems

Wegen der soeben festgestellten Begründungspflicht haben die Gesetzgeber den neuen Tariftreuegesetzen jeweils eine ausdrückliche Ziel-Definition vorangestellt. Sowohl der Bundesgesetz-Entwurf wie das Bremer Vergabegesetz bestimmten in § 1 wörtlich übereinstimmend, dass das jeweilige Gesetz „Wettbewerbsverzerrungen“ entgegenwirke, „die auf dem Gebiet des Bauwesens und des öffentlichen Personennahverkehrs durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen und mildert Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme“.

Dabei erscheint der Begriff der „Wettbewerbsverzerrungen“ allerdings etwas missverständlich. Er setzt nämlich zunächst den Maßstab des funktionsgerechten oder angemessenen Wettbewerbs voraus, an welchem sich „Verzerrungen“ als solche erkennen lassen. Nun ist der Wettbewerb prinzipiell das wesentliche Element der in Art. 4 Abs. 1 und Art. 98 EG-Vertrag

normierten Marktwirtschaft. Deshalb kann die Ausnutzung von Kostenvorteilen auf Grund niedriger Arbeitsentgelte für die bei einem öffentlichen Auftrag einzusetzenden Arbeitnehmer zunächst noch nicht als „Wettbewerbsverzerrung“ betrachtet und als „Sozialdumping“ eingestuft werden. An sich handelt es sich vielmehr um ein marktgerechtes Verhalten, welches zu effizienter Ressourcenverteilung führen müsste¹⁹⁸.

3.3.2.1 Tarifaufonomie

Allerdings ist der Arbeitsmarkt bekanntlich wegen der existenziellen Abhängigkeit der Arbeitnehmer und ihrer Familien von ihrer persönlichen Leistungsfähigkeit anderen Funktionsbedingungen unterworfen als andere Märkte. Insbesondere die Tatsache, dass bei sinkender Arbeitsnachfrage das Arbeitsangebot nicht ebenfalls zurückgeht, sondern steigt (sog. Stützelches Konkurrenzparadoxon), also bei fallenden Preisen praktisch nicht weniger, sondern mehr Ware angeboten wird (weil die Arbeitnehmer in einer kreditfinanzierten Gesellschaft auch heute auf ein gleichmäßiges Arbeitseinkommen angewiesen sind und daher bei niedrigeren Entgelten mehr arbeiten müssen), bewirkt diesen Unterschied¹⁹⁹. Er verkörpert das sozialpolitische Element des Arbeitsmarktes. Die hochgradige gesellschaftliche Angewiesenheit der Arbeitnehmerseite auf ihre Arbeitsplätze, welche den Kern dieser elementaren Sozialstruktur des Arbeitsmarktes bildet, kann jedoch durch die kollektive Organisation der Arbeit in Gewerkschaften und ihren gemeinschaftlichen Markteinsatz in Tarifverhandlungen tendenziell wieder ausgeglichen werden.

In einer parlamentarischen Demokratie, die ungeachtet marktwirtschaftlicher Strukturen ein bestimmtes Grundniveau sozialer Sicherheit bieten muss, weil dies die Voraussetzung staatsgesellschaftlicher („sozialstaatlicher“) Stabilität ist, sind die Garantien von Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie daher unerlässlich. Je weniger beide funktionierten, desto mehr müsste der Staat parlamentarisch-marktwirtschaftlichen Typs zum Instrument gesetzlicher Mindestlöhne greifen, um sich – praktisch auf Kosten marktmäßiger Strukturen – selbst zu stabilisieren. Folgerichtig hat er seinerseits ein elementares Interesse an einer funktionierenden Tarifaufonomie, welche die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt durch freiwilliges Handeln ausgleichen soll. Ebenso folgerichtig statuiert Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG ausdrücklich eine staatliche Schutzpflicht für das Grundrecht der Koalitionsfreiheit: Sie ist

¹⁹⁸ Koenigs, DB 2002, S. 1270, 1271.

vor „Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen“ sowie vor „hierauf gerichtete(n) Maßnahmen“ von Staats wegen zu schützen²⁰⁰. Diese besondere Schutzpflicht existiert aber nicht nur als allgemeine staatliche Verpflichtung zur grundrechtlichen Sicherung der sozialökonomischen Gesellschaftsstruktur. Sie dient vielmehr gleichzeitig der Befestigung des Sozialstaates (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs.1 GG) selbst. Vor allem die sozialen Sicherungssysteme sind auf einen hohen Beschäftigungsstand und marktangemessene Arbeitseinkommen angewiesen. Schließlich hängen davon nicht allein ihre Beitragseinnahmen nahezu vollständig ab. Daneben müssen auch die Leistungen dieser Sicherungssysteme im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität und Alter den Lebenshaltungskosten der Märkte, welchen die versicherten Personen normalerweise ausgesetzt sind, möglichst exakt entsprechen. Hierbei bilden die marktadäquat tarifierten Arbeitnehmer-Entgelte das wichtigste, entscheidende Kriterium.

Damit aber gewinnt nunmehr der Begriff der „Wettbewerbsverzerrung“, welcher die Tariftreueklausel nach den einschlägigen Tariftreuegesetzen „entgegenwirken“ soll, seine rechtliche Kontur. Ausgangspunkt sind die marktüblichen am Ort der (für den öffentlichen Auftrag vorgesehenen) Leistungserbringung gezahlten einschlägigen Arbeitsentgelte – wie sie sich auf der Grundlage des tarifautonomen Wettbewerbssystems in Tarifverträgen und in den nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen (meist durch einzelvertragliche Bezugnahme auf entsprechende Tarifverträge) gebildet haben. Ihnen gegenüber wird Unterbietungskonkurrenz durch „Lohndumping“ möglich, wenn auswärtige/ausländische Mitbewerber um einen europaweit ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag ihrem Angebot wesentlich niedrigere Arbeitsentgelte zu Grunde legen, als sie am auswärtigen Sitz ihres Unternehmens (unter anderen Wirtschaftsbedingungen) gezahlt werden. Bei ansonsten vergleichbarer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit würden diese auswärtigen Anbieter den Zuschlag erhalten, weil sie wegen ihrer niedrigen Entgelte das preisgünstigste Angebot machen konnten (§ 97 Abs. 4, 5 GWB). Als Folge drohen Kurzarbeit und Arbeitslosigkeit der an die „einheimischen“ Tarife gebundenen Arbeitnehmer. Längerfristig wäre auch eine allgemeine Entgeltminderung am Leistungsort wahrscheinlich. Beide Entwicklungen belasten die dortigen Sozialversicherungssysteme erheblich.

¹⁹⁹ Kempfen, in: Rütters Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, 2002, S. 75, 87 f.

²⁰⁰ Zum dogmatischen Hintergrund dieser Schutzpflicht vgl. Kempfen, Festschrift für Gitter, 1995, S. 427.

3.3.2.2 Sozialversicherungssystem

Die Beitragsstrukturen der Sozialversicherungssysteme basieren maßgeblich auf der Entgelttarifentwicklung auf den Arbeitsmärkten, deren Risiken sie sozialpolitisch absichern sollen. Da die Garantie eines freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 EGV) und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 EGV) im Zusammenwirken mit der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union tendenziell und sektoral europaweite Arbeitsmärkte geschaffen hat, müsste dies ein entsprechend ausgedehntes Tarifsystem nach sich ziehen, welches seinerseits ein europaweites Sozialversicherungssystem zu alimentieren hätte. Tatsächlich gibt es für den Abschluss europäischer Entgelttarifverträge derzeit jedoch keine gemeinschaftsrechtliche Grundlage. Es fehlt an der für die Schaffung eines europäischen Tarifstatuts notwendigen Kompetenz der Gemeinschaft auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts²⁰¹. Folglich mangelt es just an dem Instrument, welches den wettbewerblichen Arbeitsmarkt grundrechtlich strukturieren soll, also dem grenzüberschreitenden Tarifvertragssystem. Die daraus resultierende nationalstaatliche Begrenztheit der Tarifverträge in Europa ist nun ihrerseits ein wesentlicher Grund für die nationale Abgrenzung der Arbeitsmärkte, auf welcher –und das ist jetzt entscheidend – die fast ausschließlich nationalstaatliche Struktur der jeweiligen Sozialversicherungssysteme beruht. Ihre Stabilität und Berechenbarkeit beruhen maßgeblich auf der Entwicklung des nationalen Arbeitsmarktes, dessen Krisen dann auch die Sozialversicherung erreichen und durch staatliche Subventionen aufgefangen werden müssen.

Die deutsche Verpflichtung zur Bereitstellung und Erhaltung eines ausreichenden Sozialversicherungssystems folgt aus dem Sozialstaatsprinzip, welches Bund und Länder gleichermaßen verpflichtet (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) und innerhalb der Länder auch die Gemeinden (meist zusätzlich über entsprechende landesverfassungsrechtliche Garantien) mit umfasst.

3.3.2.3 Grundrechtsbindung des Staates auch bei privatrechtlicher Auftragsvergabe

Die vorangegangenen Überlegungen haben gezeigt, dass gesetzliche Tariftreueverpflichtungen i. S. d. § 97 Abs. 4 GWB als „andere Anforderungen“ an öffentliche Auftragnehmer gestellt werden dürfen, wenn und soweit dies Wettbewerbsverzerrungen entgegenwirkt, die durch den Einsatz von Niedrigentgeltkräften entstehen und Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme mindert (vgl. § 1 Entwurf eines TariftreueG des Bundes, § 1 VgG Bremen).

²⁰¹ Vgl. dazu Kempen, Festschrift für Kehrman, 1997, S. 37, 42 ff.

Diese Zwecksetzungen sind durch die Schutzpflicht des Staates gegenüber der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) und durch das Sozialstaatsprinzip verfassungsrechtlich legitimiert.

Die privatrechtliche Vergabe öffentlicher Aufträge gehört allerdings in den Sektor der fiskalischen Tätigkeit des Staates. Es ist umstritten, ob der Staat auch insoweit an die Grundrechte gebunden ist²⁰². Während der Bundesgerichtshof dies teilweise abgelehnt hat, aber jedenfalls ein willkürliches Staatsverhalten ausschließt²⁰³, wird im Schrifttum treffend davon ausgegangen, dass die uneingeschränkte Grundrechtsbindung des Staates nach Art. 1 Abs. 3 GG keine Ausnahmen zulässt und damit auch das fiskalische Handeln des Staates erfasst²⁰⁴. Sie betrifft damit alle Bedarfsdeckungsgeschäfte zu privatwirtschaftlichen Zwecken und folglich den gesamten Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe nach §§ 97 ff. GWB.

Der Gesetzgeber darf deshalb zum Zwecke des koalitionsrechtlichen Grundrechtsschutzes und zum Schutz der (von Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 Satz 1 GG gestützten) Sozialversicherungssysteme gesetzliche Tariftreueverpflichtungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einführen. Ob dies auch mit den Vorschriften des europäischen Rechts vereinbar ist, wird später geprüft (vgl. 4.).

3.4 Die Auswahl des für die Tariftreueverpflichtung anzuwendenden Tarifvertrages bei mehreren „einschlägigen“ Tarifverträgen

Der gesetzliche Zweck, durch Tariftreueerklärungen Wettbewerbsverzerrungen entgegenzuwirken, die durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, erfordert es, dass die Verpflichtung für alle Anbieter auf dieselben Tarifverträge bezogen wird. Es geht um den Schutz des einschlägigen tariflichen Mindestniveaus, welches auch aus dem Gleichbehandlungsprinzip für jeden Bewerber gleich sein muss. Zwar ist es möglich, dass für einzelne Arbeiten, die im Rahmen der Leistungserbringung anfallen, unterschiedliche Tarifverträge bestehen (z. B. für gewerbliche und angestellte Arbeitnehmer). Dann können mehrere Tarife einschlägig sein. Sie sind in der Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags sowie in den Vergabeunterlagen ausdrücklich aufzuführen, um die notwendige Transparenz für alle potentiellen Bieter und Bewerber zu sichern (vgl. § 5 VgG-Entwurf des Bundes).

²⁰² Dazu Ehlers, JZ 1990, S. 1089 ff.

²⁰³ BGH 14.12.1976, NJW 1977, S. 629 f.

²⁰⁴ Jarass/Reidt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl. 1997, § 10 Rn. 95, 96; Höffling, in: Sachs, Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 1 Rn. 95; Dreier, in: Dreier, Grundgesetz, 1996, Art. 1 III Rn. 45 f.; Denninger, in: AK-Grundgesetz, 3. Aufl. 2001, Art. 1 Abs. 2, 3 Rn. 30; Kempfen, Festschrift für Däubler, 199, S. 503, 511 f.

Problematisch wird es dagegen, wenn für dieselbe Leistung mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Tarifvertragsparteien bestehen. Der öffentliche Auftraggeber muss bei einer solchen „Tarifpluralität“ jeweils einen Tarifvertrag auswählen, welchen er der Tariftreueerklärung zu Grunde legt.

3.4.1 Repräsentativität des einschlägigen Tarifvertrages

Wenn der Schutz der koalitionsförmig ausgeübten Tarifautonomie als des grundrechtlich legitimierte(n) kollektiven Interessenausgleichsverfahrens zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern die gesetzlichen Tariftreueverpflichtungen rechtfertigt, dann liegt dem die Annahme angemessener und fairer Tarifergebnisse unter den Bedingungen des jeweiligen Arbeitsmarktes zu Grunde. Das Tarifvertragsgesetz, das Arbeitskampfrecht und die Rechtsprechung zur Tariffähigkeit von Koalitionen sind die organisatorischen Voraussetzungen dieser „Kampf- und Ausgleichsordnung“. Idealtypischerweise müsste sie jeweils nur eine, nämlich die angemessenste, Tarifregelung hervorbringen. Schon die Freiwilligkeit des Koalitionsbeitritts, der Wettbewerb der Verbandsmitglieder und die Unsicherheit ökonomischer Prognosen führen jedoch oft dazu, dass auf einer oder auf beiden Seiten des Arbeitsmarktes mehrere tariffähige Koalitionen miteinander konkurrierende Tarifverträge abschließen.

Einer Tariftreueklausel müsste dann sinnvollerweise derjenige Tarif unterlegt werden, welcher die jeweiligen Marktverhältnisse im räumlichen und fachlichen Geltungsbereich am besten repräsentiert. Da es hierfür keinen abstrakten und objektiven Maßstab gibt, könnte die Auswahl unter den einschlägigen Tarifverträgen durch den staatlichen Auftraggeber rasch auf eine (mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbare²⁰⁵), Tarifizensur staatlicher Stellen hinauslaufen. Dies lässt sich unter den Bedingungen eines offenen Arbeitsmarktes jedoch dadurch vermeiden, dass man nach der „Üblichkeit“ der Anwendung des jeweiligen Tarifvertrages im betreffenden Arbeitsmarktbereich entscheidet. Dies dürfte ein hinreichend sozial-ökonomisch abgesichertes Indiz für die Angemessenheit und Fairness der darin enthaltenen Interessenausgleichsregelungen bilden. Nimmt man die Tarif-Üblichkeit zum Maßstab, so dient das gleichzeitig am ehesten der Entlastung der sozialen Sicherungssysteme. Schließlich liegt derselbe Rechtsgedanke auch schon der Arbeitsvertragsergänzungsregelung des § 612 Abs. 2 BGB zu Grunde, weil dort festgelegt ist, dass bei Fehlen einer Vergütungsabsprache im Arbeitsvertrag die „übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist“. Auch diese gesetzliche Vertragsergän-

²⁰⁵ BAG 21.06.1998 AP Nr. 108 zu Art. 9 GG – Arbeitskampf Bl. 739.

zungsregelung knüpft an die Erwartung an, dass die räumlich und fachlich „übliche“ Vergütung eine marktangemessene Ausgleichsregelung enthalten werde. Heute werden hier (an Stelle der hoheitlich festgesetzten Tax-Gebühr aus dem tariffeindlichen Jahr 1900) die Tarifbedingungen für vergleichbare Tätigkeiten eingesetzt, weil die Tarifautonomie als marktadäquates Ausgleichsverfahren ausgehen wird, d. h. der einschlägige Tarifvertrag gilt als übliche Vergütung i. S. d. § 612 Abs. 2 BGB²⁰⁶. Der Begriff der „Üblichkeit“ könnte freilich leicht dahin verstanden werden, dass ein Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich überwiegend angewendet werden müsste. Dann würde man wohl verlangen müssen, dass mehr als 50 % der Arbeitnehmer bei entsprechend tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sein müssen. Dann wäre aber bereits die quantitative Bedingung einer Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG) erreicht. Eine Tariftreueverpflichtung soll jedoch weder die Tarif-Allgemeinverbindlichkeit anstreben noch bewirken. Deshalb kann nicht auf das Kriterium des § 5 Abs. 1 TVG abgestellt werden.

In etlichen Fällen könnte die 50 %-Regel die Anwendung von Tariftreueklauseln sogar ganz verhindern, weil sie keiner der einschlägigen Tarifverträge erfüllte. Hier geht es aber nicht um die Ausweitung tariflicher Normwirkung, sondern um den Schutz vor Wettbewerbsverzerrungen durch den Einsatz von Niedriglohnkräften. Vergleichsmaßstab muss deshalb bei einer Mehrzahl von Tarifen nicht ein mehrheitlich angewendeter Vertrag sein. Statt dessen muss es sich um einen „repräsentativen“ Tarif für entsprechende Arbeitsleistungen im Bereich der Auftragserfüllung handeln.

Beim Vergleich zwischen mehreren einschlägigen Tarifverträgen kommt es (der Reihe nach) zunächst auf die Zahl der tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse, sodann auf die Mitgliederzahlen der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände (nach Maßgabe der Beschäftigtenzahl) im entsprechenden tariflichen Geltungsbereich an. Schließlich kann auch die Verbreitung einzelarbeitsvertraglicher Verweisungen auf ein Tarifwerk Indiz für dessen arbeitsmarktliche Repräsentativität sein. Bei mehr als einem Tarif muss der repräsentative Vertrag den oder die Konkurrenztarife nach diesen Kriterien praktisch deutlich überwiegen.

Dabei geht es nach Maßgabe der angestrebten ausgeglichenen Wettbewerbssituation allein um den Verbreitungsgrad des einschlägigen Tarifwerks, nicht etwa um dessen inhaltliche Quali-

²⁰⁶ Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 1998, Rn. 559; MünchArbR. Hanau, § 61 Rn. 12; zuletzt BAG 21.11.2001; NZA 2002, S. 6.

tät. Diese wird allenfalls durch jenen indiziert. Repräsentativität eines Tarifs lässt auch wirtschaftliche Angemessenheit unter den Arbeitsmarktbedingungen „vor Ort“ erwarten. Sie birgt zugleich eine gewisse Entgelt-Stabilität und damit „Nachhaltigkeit“ i. S. e. Befestigung des sozialen Sicherheitssystems.

Der Vorschlag, im Falle mehrerer einschlägiger Tarifverträge einen „repräsentativen“ Tarif der Tariftreueverpflichtung zu Grunde zu legen²⁰⁷, ist deshalb bereits in §§ 4 Abs. 2 Satz 1 VgG Bremen, 3 Abs. 2 VgG Niedersachsen aufgenommen worden. Demgegenüber legt § 3 Abs. 2 des Entwurfs für ein VgG des Bundes lediglich fest, dass der öffentliche Auftraggeber den anzuwendenden Tarifvertrag „unter Abwägung aller Umstände nach billigem Ermessen“ zu bestimmen habe, sofern am Ort der Leistungsausführung mehrere Tarifverträge einschlägig sein sollten. Da die Ziele des Bundesgesetzes jedoch mit denen der anderen Regelungen wörtlich übereinstimmen, müsste eine fehlerfreie Ermessensausübung auch hier auf eine Auswahl des repräsentativen Tarifvertrag hinauslaufen.

Auf Haus- oder Firmentarifverträge können die Bewerber dagegen in einer Ausschreibung nicht verpflichtet werden, mögen sie wegen besonderer (z. B. quasi monopolistischer) Unternehmensstrukturen vor Ort auch repräsentativ sein. Hier läge es allzu nahe, dass dessen Regelungen von vornherein gerade auf die Bewerbungen des Arbeitgebers um öffentliche Aufträge und die möglichen Mitbewerber hin abgeschlossen worden sind und deshalb gerade keine Marktangemessenheits-Vermutung rechtfertigen. § 3 Abs. 2 Satz 2 VgG Bremen schließt die Verpflichtungsmöglichkeit auf „Haustarifverträge“ deshalb ausdrücklich aus. Tatsächlich werden derartige Haustarife meist bereits das Kriterium der Repräsentativität verfehlen und deshalb regelmäßig dort ausscheiden, wo auf repräsentative Tarife abgestellt wird. Dasselbe wird auch für solche Verbandstarifverträge zutreffen, bei denen auf Arbeitgeberseite ein Verband steht, der ausschließlich Unternehmen eines einzigen Konzerns umfasst und damit als Konzern-Haustarifvertrag zu qualifizieren wäre.

3.4.2 Auswahlverfahren bei mehreren einschlägigen Tarifverträgen

Die Auswahl des für eine Ausschreibung mit Tariftreueklausel einschlägigen Tarifvertrags, welche praktisch meist auf die Feststellung der Repräsentativität des entsprechenden Tarifs hinausläuft, kann praktisch in zwei Verfahrensformen erfolgen. Zum einen wäre es möglich,

²⁰⁷ So erstmals Kempen, Festschrift für Däubler, 1999, S. 503, 517.

die Entscheidung dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber selbst zu überlassen – wie es das Tariftreuegesetz des Bundes in §§ 3 Abs. 2, 5 Abs. 1 getan hat. Freilich fehlt es dabei an der angemessenen Transparenz dieser (nachprüfbaren!) Ermessensentscheidung. Außerdem mangelt es an einer Beteiligung der – positiv oder negativ – betroffenen Koalitionen.

Zum anderen böte es sich an, die Entscheidung – ähnlich wie bei der Allgemeinverbindlichkeitserklärung – letztlich der dafür zuständigen obersten Landesbehörde zu überlassen und ihr einen Ausschuss beizugeben, der mit Vertretungen der betroffenen Tarifvertragsparteien und/oder ihrer Spitzenorganisationen besetzt ist und mehrheitlich entsprechende Empfehlungen abgibt. Diesen Weg ist das Land Niedersachsen mit dem Entwurf für eine Verordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen gem. § 3 Abs. 2 VgG Niedersachsen vom 13.11.2002 gegangen. Den Vorteil der Transparenz und der Betroffenenpartizipation stehen Nachteile bei der Dauer und Schwerfälligkeit eines Verfahrens gegenüber, das einen sechsköpfigen „Beirat“ vorsieht (§ 2 VO-Entwurf). Auch könnte die Ähnlichkeit dieses Beirats mit dem in § 5 Abs. 1 TVG vorgesehenen Ausschuss dogmatisch irreführende Vergleiche der Tariftreueverpflichtung mit der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen stützen.

Empfehlenswert wäre deshalb eine Kombination beider Verfahrensformen, welche die jeweiligen Vorteile verbindet und Nachteile vermeidet. Denkbar wäre also eine Entscheidung über die Repräsentativität des anzuwendenden Tarifs durch den öffentlichen Auftraggeber nach Anhörung der betroffenen Tarifvertragsparteien und ggf. ihrer Spitzenorganisationen.

3.5 Mitgliedsstaatliche Tariftreuerklärungen nach europäischem Gemeinschaftsrecht

Wie unter 3) dargestellt, lässt § 97 Abs. 4 (2. Halbsatz) GWB es zu, dass bei öffentlichen Aufträgen in Deutschland Tariftreuerklärungen als „andere Anforderungen“ zusätzlich zu den Kriterien der Fachkunde, der Leistungsfähigkeit und der Zuverlässigkeit auf bundes- oder landesgesetzlicher Grundlage gestellt werden. § 97 GWB ist nun aber seinerseits eine Umsetzung²⁰⁸ der Vergaberichtlinien der Europäischen Gemeinschaft²⁰⁹. Neben dieser deutschen

²⁰⁸ Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz) vom 26.08.1998, BGBl. I, S. 2512 i. d. F. der Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26.08.1998, BGBl. I, S. 2546.

²⁰⁹ Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge vom 14.06.1993 (ABl. L 199/54-83) geändert durch RL 97/52/EG vom 13.10.1997; Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom 18.06.1992 (ABl. L 209/1); Richtlinie 93/36/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge vom 14.06.1993 (ABl. L 199/1ff); Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunika-

Vorschrift sind deshalb bei der Auftragsvergabe auch die Europäischen Vergaberichtlinien zu berücksichtigen. Im Falle eines Verstoßes des deutschen Vergaberechts würde sich das Europäische Vergaberecht durchsetzen²¹⁰. Es ist deshalb zu prüfen, ob dieses Europäische Sekundärrecht die Verpflichtung zur Tariftreue bei der Auftragsvergabe zulässt.

Außerdem muss untersucht werden, inwieweit die Tariftreueerklärungen gegen das Europäische Primärrecht, also gegen den EG-Vertrag selbst – und zwar gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) und die Wettbewerbsprinzipien (Art. 12, 82, 87, EGV) – verstoßen, denn hieran sind wiederum die Richtlinien gebunden.

3.5.1 Europäische Vergaberichtlinien (Sekundärrecht)

In den einschlägigen Vergaberichtlinien der Europäischen Gemeinschaft findet sich für Tariftreueerklärungen weder eine ausdrückliche Ermächtigung noch ein ausdrückliches Verbot. Hieraus ist mit Hilfe des – freilich ohnehin oft ambivalenten – Umkehrschlusses abgeleitet worden, dass die zulässigen Vergabekriterien dort abschließend geregelt und andere Zusatzkriterien unzulässig seien²¹¹. Gegen diese Auslegung spricht freilich, dass die Gemeinschaft jedenfalls für das Gebiet des Tarifrechts keine Zuständigkeit besitzt und insoweit für eine Regelung der Tariftreue ohnehin nicht kompetent gewesen wäre. Der Schluss vom Schweigen des Verordnungsgebers auf ein europarechtliches Verbot sog. Sekundärkriterien²¹² für die Auftragsvergabe erschien also zumindest voreilig.

Dementsprechend hat der Europäische Gerichtshof dann in seiner Beentjes-Entscheidung, in der es um die Beschäftigung von Langzeit-Arbeitslosen als Vergabekriterium ging, 1988 festgestellt, dass die Baukoordinierungsrichtlinie „kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht schafft, sondern dass es den Mitgliedsstaaten vorbehaltlich der Beachtung aller einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Verbote, die aus den vom Vertrag aufgestellten Grundsätzen auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs folgen, unbenommen bleibt, materiellrechtliche oder verfahren-

tionssektor vom 14.06.1993 (ABl. L 199/84 ff.). Derzeit wird der Vorschlag einer einheitlichen Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge (Drucks. 2001/C 531 E/02) beraten.

²¹⁰ EuGH, Slg. 1989, 1839 = NVwZ 1990, S. 649 (Rn. 30 – 33) – Fratelli Costanzo.

²¹¹ So z. B. Rittner, EuZW 1999, S. 677, 679; Seifert, ZfA 2001, S. 1, 26 ff.; a. A. insbes. Rust, EuZW 1999, S. 453, 455 f., dies., EuZW 2000, S. 205; Däubler, ZIP 2000, S. 681, 687.

²¹² So die Bezeichnung von Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 21 ff. anstelle der bislang üblichen „vergabefremden“ Zwecke.

rensrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge aufrechtzuerhalten oder zu erlassen“²¹³. Angesichts der etwas apodiktischen und nicht ganz unmissverständlichen Begründung hierzu haben die Kritiker der Sekundärzwecke das Beentjes-Urteil danach als Einzelfall-Entscheidung ohne maßgebliche Bedeutung herunterzuspielen versucht²¹⁴.

Nunmehr hat der Europäische Gerichtshof die Kammerentscheidung in der Rechtssache Beentjes durch die Plenarentscheidung in der Rechtssache Nord-Pas-de-Calais am 26.09.2000 unmissverständlich bestätigt²¹⁵. Dort wurde nämlich entschieden, dass die Kriterienaufstellungen in den Europäischen Vergaberichtlinien keine abschließenden Kataloge darstellen. Vielmehr sei es zulässig, Bieter und Gebote auch aus Gründen auszuschließen, die nicht in den Richtlinien aufgeführt sind. Im Falle Nord-Pas-de-Calais war dies die Beschäftigungsförderung auf örtlicher Ebene beim Bau öffentlicher Schulen. Freilich müssen diese Zusatzkriterien ausreichend publiziert werden und außerdem die „wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrecht, vor allem das Diskriminierungsverbot“ (als Folge der Garantien des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs beachten²¹⁶.

Bedeutsam erscheint auch, dass der Gerichtshof die lokale Beschäftigungsförderung nicht als zusätzliche „Bedingung“ für den Zuschlag (so noch in der Beentjes-Entscheidung) einstuft, sondern als anderes „Zuschlagskriterium“ neben den herkömmlichen primären Vergabekriterien sieht (obwohl Kommission und Generalanwalt Alber andere Auffassungen vertreten hatten).

Die Tatsache, dass es bei der Rechtssache Nord-Pas-de-Calais ausdrücklich um die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit ging, schließt andere „soziale“ Zuschlagskriterien nicht aus. Dies gilt insbesondere für die Tariftreue-Verpflichtung. Sie ist zwar keine unmittelbar auf die Verhinderung regionaler Arbeitslosigkeit gerichtete Voraussetzung. Ihre Schutzzwecke, das Tarifsystem als faire Ausgleichsordnung am einschlägigen Arbeitsmarkt funktionsfähig zu halten und dadurch auch die davon abhängigen Sozialsysteme zu stabilisieren, zielen letztlich

²¹³ EuGH 20.09.1988, Slg. 1988, S. 4635, 4662, Rn. 14 ff.

²¹⁴ Vgl. z. B. Götz, EuR 1999, S. 621, 625; Karenfort/Koppenfels/Siebert, BB 1999, S. 1825, 1831; Seifert, ZfA 2000, S. 128; a. A. Prieß/Jestaedt, ZVgR 1999, S. 144, 149; differenziert Benedict (Fn. 67), S. 169 ff., 193 ff.

²¹⁵ EuGH 26.09.2000, NGW 2000, S. 3629, mit Anm. Benedict NJW 2001, S. 947; EuZW 2000, S. 755 mit Anm. Seidel, S. 762.

²¹⁶ EuGH 26.09.2000, NJW 2000, S. 3629, 3632, Rn. 50, 51.

zugleich auf einen möglichst hohen Beschäftigungsstand. Freilich handelt es sich bei den Tariftreue-Erklärungen um ein wesentlich marktadäquates Mittel. Zuschlagskriterien wie die Beschäftigung Langzeit-Arbeitsloser sind demgegenüber viel stärker sozialpolitisch-dirigistisch geprägt. Die Europäische Kommission hat deshalb in ihrer Mitteilung vom 15.10.2001 über die „Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ durchaus treffend bemerkt, dass ausschließlich Quoten für bestimmte Kategorien von Bietern (z. B. Kleinbetriebe) oder Preispräferenzen mit dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots unvereinbar wären²¹⁷. Die Tariftreue wurde in diesem Zusammenhang jedoch mit Recht nicht erwähnt, weil sie nämlich der Stabilisierung der sozial-ökonomisch strukturierten kollektiven Tarifautonomie als eines speziellen Marktmechanismus dient und diese Marktstruktur im nationalen Verfassungsrecht (Art. 9 Abs. 3 GG) abgesichert ist. Vergaberechtlich bewirkt sie eine ausschließliche Konzentration auf die Primärkriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Sind diese gleichermaßen erfüllt, so erhält das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag.

Damit aber verhindert ein Zusatzkriterium der Tariftreue nicht das allgemeine Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots, denn es schließt zulässigerweise lediglich die Vorteile des Einsatzes von Niedriglohnkräften neben den herkömmlichen Primärkriterien aus²¹⁸.

Folgerichtig formulierte die Kommission in ihrem „geänderten Vorschlag für eine neue Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge“ am 06.05.2002 unter Art. 26 a die „Bedingungen zur Ausführung des Auftrags“ folgendermaßen:

„Der Auftraggeber kann besondere Bedingungen zur Ausführung des Auftrags verlangen, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Ausschreibung sowie dem Verdingungsunterlagen angeführt werden. Die Bedingungen zur Ausführung des Auftrages können insbesondere sozialen und Umweltbelangen Rechnung tragen“.

²¹⁷ KOM (2001) 566 endg., S. 15 ff.

²¹⁸ Untersuchungen in den USA haben übrigens ergeben, dass die Erstellung öffentlicher Bauten in solchen Staaten, welche bislang praktizierte Tarifklauseln (Prevailing Wage Laws auf der Grundlage des Davis-Bacon-Act von 1931) abgeschafft haben, keineswegs billiger geworden ist (Bosch, FR vom 12.09.2002, S. 9).

Solche sozialen und umweltschutzfördernden Belange sollen nach der Begründung hierzu das Ziel haben können, „die praktische Ausbildung, die Beschäftigung von Personen, deren Eingliederung besonders schwierig ist, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit oder den Umweltschutz voranzutreiben, und – die Ausführung des Auftrags betreffend – beispielsweise in der Auflage bestehen, Langzeitarbeitslose einzustellen oder Schulungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche durchzuführen, die Bestimmungen der Kernübereinkommen der ILO einzuhalten, falls diese nicht in nationales Recht umgesetzt wurden, oder eine Anzahl behinderter Personen einzustellen, die über das von der nationalen Gesetzgebung vorgeschriebene Maß hinausgeht“²¹⁹. Hinsichtlich der hiervon mit umfassten Tariftreueklauseln ist im Europäischen Parlament auch der Vorschlag erörtert worden, sie nur für solche Tarifverträge zuzulassen, die zuvor für allgemeinverbindlich erklärt worden sind. Wegen der außerordentlich unterschiedlich strengen Voraussetzungen für solche staatlichen Allgemeinverbindlicherklärungen in den mitgliedsstaatlichen Tarifvertragsgesetzen²²⁰ widerspräche eine derartige Restriktion jedoch dem Gebot der Gleichbehandlung und des gleichen Wettbewerbs.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass gesetzliche Tariftreueklauseln bei der Vergabe öffentlicher Aufträge prinzipiell nicht gegen Europäisches Vergaberecht verstoßen.

3.5.2 Primärrechtliche Wettbewerbsfreiheiten des EG-Vertrages (Art. 49, 82, 87 Abs. 1 EGV)

Obwohl die nationalen Tariftreueklauseln grundsätzlich mit dem Europäischen Vergaberecht vereinbar sind, könnten sie doch gegen die Diskriminierungsverbote nach Art. 49, 82, 87 Abs. 1 EGV verstoßen und deshalb unwirksam sein.

Schon in der Beentjes-Entscheidung wird aus dem umfassenden Diskriminierungsverbot des Art. 49 EGV der treffende Schluss gezogen, dass eine danach verbotene Diskriminierung durch ein vergaberechtliches Zusatzkriterium bereits dann vorliege, „wenn sich herausstellen sollte, dass eine solche Bedingung nur von einheimischen Bietern oder dass sie von Bietern aus anderen Mitgliedsstaaten nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden kann“²²¹.

²¹⁹ KOM (2002) 236 endg., S. 17.

²²⁰ Vgl. dazu Kronke, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt, 1990, S. 304 ff.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 882 f.

²²¹ EuGH Slg. 1988, S. 4635, Rn. 29.

Nun werden bei einer Tariftreue-Verpflichtung jedoch alle Bieter insofern gleich behandelt als sie ihren Angeboten einheitlich dieselben Tarifregelungen zu Grunde legen zu haben. Dennoch wird dies gelegentlich als eine nur „formale“ Gleichbehandlung verstanden, weil Auftragsbewerber aus anderen Mitgliedsstaaten, die mit niedrigeren Entgelten als ihre deutschen Konkurrenten arbeiteten, praktisch benachteiligt würden, indem sie ihre günstigere Kostenstruktur nicht in den Wettbewerb um die Vergabe öffentlicher Aufträge einbringen könnten. Die Übernahme öffentlicher Aufträge sei dann nicht oder kaum noch rentabel, so dass sie hierdurch faktisch vom Markt der staatlich nachgefragten Leistungen abgedrängt würden²²².

Indessen ist der Arbeitsmarkt innerhalb der Gemeinschaft jedoch nicht durchgehend vom europarechtlichen Wettbewerbsprinzip erfasst, sondern vom mitgliedsstaatlichen kollektiven Arbeits- und Verfassungsrecht her tarifautonom strukturiert. Die sich daraus ergebenden niedrigentgeltlichen Wettbewerbsvorteile genießen folglich gerade keinen durchgehenden gemeinschaftsrechtlichen Schutz. Folgerichtig hat der Europäische Gerichtshof mehrfach entschieden, dass eine gewisse „mittelbare Diskriminierung“ von Anbietern bei öffentlichen Aufträgen dann zulässig sei, wenn sie aus Gründen des „zwingenden Allgemeininteresses“, zu denen auch der Schutz der Arbeitnehmer gehört, notwendig wären²²³.

Der von den deutschen Tariftreuegesetzen bezweckte Schutz der Tarifautonomie, die damit verbundene Arbeitsplatzsicherheit sowie die hierdurch geförderte Stabilisierung der Sozialversicherungssysteme sind solche – auch verfassungsrechtlich gehobenen – zwingenden Gründe des Allgemeininteresses²²⁴. Der Hinweis, dass es sich in der jüngsten einschlägigen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Arblade/Leloup)²²⁵ um einen (belgischen) allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gehandelt habe (dem folglich auch Außenseiter unterworfen waren)²²⁶, geht jedoch fehl. Schutzobjekt müssen die Arbeitnehmer sein, nicht ein konkreter, für alle geltender Tarifvertrag. Für das Vorliegen zwingenden Allgemeininteresses reicht es daher aus, dass das mitgliedsstaatliche Tarifsysteem, d. h. die normativ geregelte Tarifauto-

²²² So Seifert, ZfA 2001, S. 1, 22.

²²³ EuGH 27.03.1990, EuZW 1990, S. 256 (Rush Portuguesa); 09.08.1994, EuZW 1994, S. 600, 601 (Van der Elst); 28.03.1996, EuZW 1996, S. 399 (Guiot); 23.11.1999, ZIP 1999, S. 2168 mit Anm. Däubler (Arblade/Leloup).

²²⁴ Vgl. Däubler, ZIP 2000, S. 681, 687; B. Schwab, NZA 2001, S. 701, 706.

²²⁵ EuGH 23.11.1999, ZIP 199, S. 2168 mit Anm. Däubler = AuR 2000, S. 33.

²²⁶ So Seifert, ZfA 2001, S. 1, 23.

nomie als solche, vor Destabilisierung bewahrt werden soll. Das ist der erklärte Zweck der Tariftreugesetze, welche auf den repräsentativen Tarifvertrag als verbreitetstes Ergebnis ausgeübter Tarifautonomie abstellen.

Erforderlich bleibt allerdings, dass dieser Schutz nicht zu einer diskriminierenden Bevorzugung regionaler Unternehmen bei der Auftragsvergabe führt. Der darin liegende Verstoß gegen Art. 49 EGV bliebe auch dann bestehen, wenn auch inländische Unternehmen aus anderen Regionen gleichermaßen benachteiligt würden²²⁷. Solche verbotenen Bevorzugungen nationaler und regionaler Bewerber werden bei Tariftreueerklärungen indessen gerade nicht ermöglicht, weil deren Verpflichtung auf einen einschlägigen repräsentativen Tarif alle Bieter gleichermaßen trifft. Sie schließt lediglich den Wettbewerb durch Entgeltunterbietung zu Gunsten der funktionierenden Tarifautonomie und der Sozialversicherungssystemstabilität aus und verstößt deshalb nicht gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 49 EGV²²⁸.

Ebenfalls nicht verletzt wird das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV. Insofern hat der Europäische Gerichtshof übereinstimmend mit der hier vertretenen Grundposition treffend entschieden, dass die sozialpolitischen Ziele der Gemeinschaft insbesondere nach Art. 2 EGV (hohes Beschäftigungsniveau und hoher Sozialschutz) dazu zwingen, Tarifverträge generell vom vertraglichen Kartellverbot des Art. 82 EGV auszunehmen²²⁹. Wenn es deshalb nicht gegen Art. 82 EGV verstößt, Tarifvertragsregelungen durch staatliche Allgemeinverbindlicherklärung auf Außenseiter auszudehnen (z. B. die tarifliche Regelung einer Betriebsrente in der Textilindustrie), dann ist erst Recht eine gesetzliche Tariftreueverordnung gestattet, welche lediglich partielle schuldrechtliche Bindungen entfalten soll und damit ein „minus“ gegenüber der Allgemeinverbindlichkeit darstellt²³⁰.

Die gelegentlich erörterte Frage, ob gesetzliche Tariftreuepflichten im Vergaberecht eine gem. Art. 87 Abs. 1 EGV unzulässige Beihilfe darstellen, wäre nur dann erheblich, wenn die Tariftreueverpflichtung regelmäßig zur Vergabe des öffentlichen Auftrags an tarifgebundene Bewerber führen müsste, die ansonsten nicht das wirtschaftlichste Angebot gemacht haben²³¹.

²²⁷ EuGH 20.03.1990, EuZW 1990, S. 228, Rn. 11 ff. (du Pont de Nemours).

²²⁸ Ebenso im Ergebnis Däubler, ZIP 2000, S. 681, 687; B. Schwab, NZA 2001, S. 701, 706.

²²⁹ EuGH 21.09.1999, AuR 2000, S. 26 mit Anm. Blanke (Albany).

²³⁰ Ebenso B. Schwab, NZA 2001, S. 701, 706; Seifert, ZfA 2001, S. 1, 24 f.

²³¹ Seifert, ZfA 2001, S. 1, 25.

Da die gesetzlichen Tariftreueerklärungen jedoch nur bewirken, dass der Wettbewerb zwischen den Anbietern auf Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit (unter Herausnahme der Entgeltkonkurrenz) beschränkt wird, verstößt sie schon nicht gegen das Diskriminierungsverbot und erst recht nicht gegen das speziellere²³² Beihilfeverbot.

3.6 Die praktische Reichweite einer als Vertrag zu Gunsten Dritter ausgestalteten Tariftreueverpflichtung

Die Erkenntnis, dass es sich bei den Tariftreueerklärungen nach den bislang vorliegenden und geplanten gesetzlichen Regelungen ausnahmslos um Verpflichtungen zu Verträgen nach § 328 BGB handelt, die der den Auftrag durchführende Arbeitgeber mit dem öffentlichen Auftraggeber zu Gunsten der dabei eingesetzten Arbeitnehmer schließt, hat praktische Konsequenzen hinsichtlich der Auswirkung solcher Regelungen auf das betriebliche Individualarbeitsrecht und auf ihre Einsatzmöglichkeiten im allgemeinen Vergaberecht. Individualrechtlich fragt es sich, ob ein Arbeitnehmer desselben Unternehmens, der nicht bei der Durchführung des öffentlichen Auftrags eingesetzt ist, sondern mit vergleichbaren Arbeiten an einem privatwirtschaftlichen Projekt beschäftigt wird, aus dem Gleichbehandlungsprinzip heraus dasselbe Entgelt wie der aus der Tariftreueerklärung begünstigte Arbeitnehmer beanspruchen könnte. Sodann ist zu klären, ob die bislang gesetzlich auf öffentliche Aufträge in den Sektoren der Bauwirtschaft und des öffentlichen Personennahverkehrs beschränkten Tariftreuegesetze auch auf weitere Bereiche der öffentlichen Auftragsvergabe ausgedehnt werden dürften.

3.6.1 Tariftreueverpflichtung und „betriebliches“ Gleichbehandlungsprinzip

Es liegt nahe, dass Arbeitnehmer des mit der Durchführung eines (tariftreueverpflichteten) öffentlichen Auftrags beschäftigten Unternehmens, die von diesem Arbeitgeber jedoch bei anderen Arbeiten gleicher Art eingesetzt sind, dasselbe Entgelt verlangen könnten, wie ihre durch die Tariftreueerklärung begünstigten Kollegen. Das wäre insbesondere dann wahrscheinlich, wenn diese Arbeitnehmer auf Grund ihrer arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Bindung niedrigere Entgeltansprüche als jene hätten. Da die Tariftreueverpflichtung als schuldrechtlicher Vertrag zu Gunsten Dritter ausschließlich auf die Anwendung des einschlägigen Tarifs für Arbeitsleistungen zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags bezogen werden kann, sind unterschiedliche Entgeltansprüche innerhalb desselben Betriebs oder Unternehmens dann durchaus vorstellbar, wenn der Arbeitgeber nicht ohnehin bereits den „einschlägi-

²³² Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000, S. 244 ff., 261 f.; Seifert, ZfA 2001, S. 1, 25 f.

gen“ Tarifvertrag auf alle seine Arbeitnehmer anwendet. Letzteres wäre dann der Fall, wenn er selbst bereits tarifrechtlich (durch Verbandsmitgliedschaft oder Haustarif) an den „einschlägigen“ Tarifvertrag gebunden ist oder dessen Anwendung (Bezugnahmeklausel) einheitlich arbeitsvertraglich vereinbart hat.

Das Problem ungleicher Entgelte wird sich bei den in der Region des öffentlichen Auftraggebers ansässigen Unternehmen allerdings seltener stellen, weil der tariftreuepflichtige Tarif dort „repräsentativ“ sein muss und deshalb regional ohnehin schon verbreitet sein wird. Viele regionale Unternehmer werden also schon unabhängig vom öffentlichen Auftrag an ihn (tarifrechtlich oder einzelvertraglich) gebunden sein. Die Gleichbehandlungsfrage dürfte sich deshalb eher bei auswärtigen Unternehmen stellen, könnte aber auch bei ortsansässigen Arbeitgebern auftreten, die anderen Tarifverträgen unterliegen.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zunächst festzuhalten, dass das höhere Entgelt der mit dem öffentlichen Auftrag beschäftigten Arbeitnehmer nicht auf einer entsprechenden Tarifbindung des Arbeitgebers beruht, sondern auf einem (vermittels) mit dem öffentlichen Auftraggeber abgeschlossenen Vertrag zu Gunsten Dritter. Es geht hier also nicht um die Gleichheitsbindung von Tarifvertragsparteien oder von Tarifverträgen²³³, sondern um die Gleichheitsbindung des einzelnen Arbeitgebers auf der Ebene der einzelnen Arbeitsverträge, d. h. um das arbeitsvertragliche Gleichbehandlungsprinzip.

Insoweit gebietet der Gleichbehandlungssatz dem Arbeitgeber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gegebenen Regel auch gleich zu behandeln. Es verbietet nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung. Trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit sei der Gleichbehandlungsgrundsatz auch im Bereich der Vergütungsregelung anwendbar, wenn der Arbeitgeber die Leistung nach einem allgemeinen Prinzip gewähre, indem er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlege. Liege ein sachlicher Grund nicht vor, so könne der übergangene Arbeitnehmer verlangen, nach Maßgabe der allgemeinen Regelung behandelt zu werden. Entscheidend für die Anwendung des Gleichbe-

²³³ Vgl. zuletzt BAG 29.08.2001, AP Nr. 291 zu Art. 3 GG, dazu Zachert, AuR 2002, S. 330; Kempfen, FA 2002, S. 196 ff.

handlungsgrundsatzes sei somit die Bildung einer vom Arbeitgeber gesetzten Regelung der Vergütungsfindung²³⁴.

Unterstellt, es existierte bei dem öffentlich „beauftragten“ schon Arbeitgeber ein derartiges von ihm selbst installiertes allgemeines Vergütungssystem, welches ihn an den Gleichbehandlungssatz bindet, dann würde dieses hinsichtlich des Entgelts derjenigen Arbeitnehmer durchbrochen, die im Rahmen des öffentlichen Auftrags eingesetzt sind und deshalb nach § 328 BGB tarifvertraglich zu entgelten wären. Diese Gruppe wäre jedoch nicht aus sachfremden Gründen besser gestellt als die anderen Arbeitnehmer, sondern wegen eines Vertrages zu ihren Gunsten, den ihr Arbeitgeber mit dem öffentlichen Auftraggeber abgeschlossen hat. Das Motiv hierfür erschiene auch nicht sachfremd oder gar willkürlich, denn es beruhte auf der gesetzlichen Grundlage der einschlägigen Tariftreuregelung. Folglich gäbe es insoweit unterschiedliche Entgelte, doch wäre eine derartige Differenzierung sachgerecht und verstieße keineswegs gegen das (an sich anwendbare) Gleichbehandlungsgebot. Die Rechtsprechung erlaubt dem Arbeitgeber nämlich auch schon dann eine Entgeltdifferenzierung zwischen zwei Arbeitnehmergruppen, wenn er nachweist, das er die Arbeitsplätze der einen Gruppe aus arbeitsmarktpolitischen Gründen nicht ohne einen besonderen finanziellen Anreiz besetzen kann²³⁵. Dann muss ihm eine Ungleichbehandlung erst recht gestattet sein, wenn er einen öffentlichen Auftrag nur erhalten kann, sofern er die dabei eingesetzte Arbeitnehmergruppe nach einem „vor Ort“ repräsentativen Tarifvertrag bezahlt. Bedenkt man, dass die Tariftreueverpflichtung der Behebung möglicher Wettbewerbsverzerrungen auf dem Arbeitsmarkt dienen muss, dann unterliegt der Unternehmer als Bewerber um einen solchen öffentlichen Auftrag durchaus vergleichbaren arbeitsmarktpolitischen Zwängen. Entsprechend erforderliche Zulagen über das betriebsübliche Entgeltniveau hinaus verstoßen deshalb nicht gegen das arbeitsvertragliche Gleichbehandlungsprinzip.

Dieses Prinzip könnte den Arbeitgeber allenfalls dazu zwingen, die zulässige Entgeltdifferenzierung dadurch auszugleichen, dass er seine Arbeitnehmer gleichmäßig, d. h. abwechselnd bei öffentlichen Aufträgen einsetzt. Sollte er hierfür ein nach abstrakten Grundsätzen organisiertes „rollierendes“ System verwenden wollen, so könnte der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungsberechtigt sein.

²³⁴ BAG 21.06.2000, AP Nr. 60 zu § 612 BGB.

Nach alledem ist eine durch die Tariftreueverpflichtung des Arbeitgebers möglicherweise eintretende Entgeltdifferenzierung zwischen den Arbeitnehmern des Unternehmers, der den öffentlichen Auftrag erhalten hat, unter Gleichbehandlungsaspekten prinzipiell unproblematisch.

3.6.2 Sektorale Ausweitung der Tariftreueerklärungen

Die derzeitigen Tariftreuegesetze und die aktuellen Gesetzgebungsvorhaben mehrerer Bundesländer sowie des Bundes beschränken sich sektoral auf Bauaufträge und auf den öffentlichen Personennahverkehr. Solange die danach möglichen Tariftreueverpflichtungen als privatrechtliche Verträge zu Gunsten Dritter zu realisieren sind, wäre es auch rechtlich zulässig, sie auf weitere Sektoren des öffentlichen Auftragswesens auszudehnen. Voraussetzung bliebe freilich, dass in weiteren Dienstleistungssektoren oder im Rahmen öffentlicher Lieferverträge (vgl. § 99 GWB) durch den Einsatz von Niedriglohnkräften Wettbewerbsverzerrungen entstünden und die ausgeübte Tarifautonomie sowie soziale Sicherungssysteme hierdurch belastet würden.

3.7 Ergebnisse

- a) Die wettbewerbsrechtlich motivierten Entscheidungen des Kammergerichts und des Bundesgerichtshofes zur Tariftreueerklärung im Berliner Vergaberecht unterstellen derartigen Verpflichtungen die Funktion einer Erweiterung der normativen Wirkung von Tarifverträgen auf Außenseiter nach Art der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gem. § 5 TVG. Daraus werden sodann Verstöße gegen die negative und die positive Koalitionsfreiheit sowie gegen die Bundeszuständigkeit für Tarifrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gefolgert.
- b) Bei genauer dogmatischer Betrachtung sind die deutschen gesetzlichen Tariftreueklauseln jedoch lediglich einzelne Verpflichtungen zum Abschluss eines Vertrages zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB): Der Bewerber um einen öffentlichen Auftrag verpflichtet sich gegenüber dem Auftraggeber vertraglich, die Regelungen eines bestimmten einschlägigen Tarifvertrages gegenüber seinen bei der Auftragsausführung eingesetzten Arbeitnehmern („Dritte“) als arbeitsvertragliche Mindestbedingungen anzuwenden. Es handelt sich damit um einen nur schuldrechtlich wirksamen Vertrag ohne jedoch normative Wirkung gegen-

²³⁵ Vgl. BAG 23.08.1995, AP Nr. 134 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; EuGH 27.10.1993, Slg. 1993 I, S. 5535, 5575, Rn. 26.

über den Dritten oder sonstigen „Außenseitern“ (vgl. § 333 BGB). Deren anderweitige Tarifbindungen oder Tarifabstinenz bleiben davon unberührt, so dass auch ihre positive oder negative Koalitionsfreiheit nicht tangiert werden. Die Tariftreueklausel ist als Verpflichtung zum Abschluss eines Vertrages zu Gunsten Dritter ein „minus“ und ein „aliud“, gegenüber der Allgemeinverbindlicherklärung. Ihre gesetzliche Einführung stellt daher keine Änderung oder Erweiterung des bundesgesetzlichen Tarifvertragsrechts dar, so dass hierdurch nicht in die Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG eingegriffen wird.

- c) Nach den auf der Grundlage des § 97 Abs. 4 GWB ergangenen neueren deutschen Tariftreuegesetzen stellt die Tariftreueverpflichtung eine „andere Anforderung“ im Sinne dieser Vorschrift dar. Sie hält sich im Rahmen der vergaberechtlichen Prinzipien von Wettbewerb und Verfahrenstransparenz mit der koalitionsgrundrechtlich begründeten Einschränkung, dass Tarifverträge prinzipiell vom wettbewerbsgesetzlichen Kartellverbot ausgenommen sind. Die Verpflichtung nicht tarifgebundener Außenseiter zur vertraglichen Anwendung von bestimmten Tarifregelungen durch Tariftreuegesetze bedarf jedoch der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Legitimation: Die mit einer Tariftreueverpflichtung bezweckte Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen (durch Einsatz von Niedrigentgelt-Kräften) ist durch die staatliche Schutzpflicht gegenüber der ausgeübten Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) und gegenüber den sozialen Sicherungssystemen (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) verfassungsrechtlich hinreichend gerechtfertigt.
- d) Der Zweck gesetzlicher Tariftreueverpflichtungen erfordert es, dass jeweils für alle Anbieter ein bestimmter Tarifvertrag für „einschlägig“ erklärt wird. Falls tarifrechtlich mehrere „konkurrierende“ Tarife anwendbar sind, muss einer als einschlägig ausgewählt werden. Da das marktförmig strukturierte und praktizierte Tarifsysteem geschützt werden soll, kann dies nur ein praktisch weithin angewendeter, für die ausgeübte Tarifautonomie am jeweiligen Arbeitsmarkt „repräsentativer“ Tarifvertrag sein. Seine Auswahl sollte im Zweifel dem öffentlichen Auftraggeber unter Beteiligung der Betroffenen verfahrensförmig übertragen werden.
- e) Die erheblich umstrittene Frage, ob mitgliedstaatliche Tariftreueverpflichtungen mit den Vorgaben der Vergaberechtsrichtlinien der Europäischen Gemeinschaft vereinbar seien, ist durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Nord-Pas-de-Calais vom 26.09.2000 praktisch geklärt. Danach enthalten die Gemeinschaftsvergaberichtlinien keine abschließenden Kriterienkataloge, sondern lassen auch (soziale) Zusatz-

kriterien – wie z. B. die Beschäftigungsförderung – bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge zu. Dies würde auch verfassungsrechtlich fundierte Tariftreueerklärungen umfassen, die alle Bewerber gleichermaßen verpflichten. In diese Richtung zielen nunmehr entsprechende Überlegungen für die Neufassung des Europäischen Vergaberechts.

Gegen die primärrechtlichen Wettbewerbsfreiheiten des EG-Vertrages selbst, d. h. insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 49 EGV, verstoßen entsprechende mitgliedstaatliche Tariftreueerklärungen ebenfalls nicht, weil und soweit sie durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses legitimiert sind. Das ist hier der Fall: Mit der ausgeübten Tarifautonomie und den Sozialversicherungssystemen schützen sie zugleich die Arbeitnehmer, wobei der Tarifvertrag als solcher schon vom europäischen Kartellverbot (Art. 82 EGV) ausgenommen ist.

4 Mindestarbeitsbedingungsgesetz (Dr. Gabriele Peter)

4.1 Einführung

In der Bundesrepublik hat der Gesetzgeber mit Art. 9 Abs. 3 GG die grundsätzliche Entscheidung getroffen, die Festsetzung der Entgelte den Tarifvertragsparteien zu überlassen. Tarifvertragliche Entgeltsysteme dominieren das Lohn- und Gehaltsgefüge aller Branchen. Selbst in Erwerbsbereichen, in denen mangels beiderseitiger Tarifbindung Tarifverträge keine zwingende Geltung haben, wirken Tarifverträge entweder kraft arbeitsvertraglicher Verweisklauseln oder zumindest als Orientierungswerte.

Trotz der grundsätzlichen Übertragung der Entgeltgestaltung auf die Tarifautonomie wurden gesetzliche Sicherungselemente in unser Rechtssystem integriert, die auf eine angemessene Entlohnung zielen und gegen ungerechte Entgeltvereinbarungen schützen sollen. Wo das Tarifsysteem aufgrund seiner Eigenart Lücken hinterlässt, sind gesetzliche Vorschriften erlassen worden.²³⁶

Sehr deutlich wird dieser Dualismus für die Verantwortung der Entgeltfestsetzung an dem am 11.1.1952 in Kraft getretenen Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MinArbBG).²³⁷ Das Gesetz ermöglicht die staatliche Entgeltfestsetzung für Arbeitsmarktsegmente, in denen das Tarifvertragssystem keine Sicherungen geschaffen hat. Die Anwendung des Gesetzes ist auf einzelne Erwerbsbereiche beschränkt, in denen Arbeitsbedingungen nicht durch Tarifvertrag geregelt werden. Auf Grundlage dieses Gesetzes kann das Bundesarbeitsministerium unter bestimmten Voraussetzungen Mindestarbeitsbedingungen erlassen. Seit seinem In-Kraft-Treten hat das Gesetz keine praktische Bedeutung erlangt. Erfahrungswerte können daher in die Bewertung nicht einbezogen werden.

Das Gesetz geht auf eine Initiative der damals oppositionellen SPD-Bundestagsfraktion zurück.²³⁸ Auch seitens des Bundesrates wurde ein derartiges Gesetz gefordert.²³⁹ Die Gesetzgebungsphase war von einer sehr kontroversen parlamentarischen Debatte begleitet. Die Arbeitgebervereinigungen lehnten das Gesetz mit Hinweis auf ein fast lückenloses Tarifsysteem ab.

²³⁶ Übersicht bei Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 131 ff.

²³⁷ BGBl. 1952, 17.

²³⁸ BT-Drs. 1/525.

²³⁹ Goldschmidt, AR-Blattei D, Mindestarbeitsbedingungen I, A.

Die Gewerkschaften befürworteten es gerade wegen der Lücken im Tarifsysteem. Damals beabsichtigte die SPD mit ihrer Gesetzesinitiative einen ausreichenden sozialen Schutz für alle Beschäftigten schaffen zu wollen. Die Arbeitskraft sollte nicht zu einer Ware werden können, deren Wert Angebot und Nachfrage unterliegt.²⁴⁰ Nach langwierigen Ausschussberatungen wurde der SPD-Entwurf erheblich verändert und nach Zustimmung des Bundesrates am 11.1.1952 erlassen.²⁴¹

Bei dem MinArbBG handelt es sich um ein reines Organisationsgesetz. Es enthält keine materiell-rechtlichen Vorschriften, sondern regelt das Verfahren zur staatlichen Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen. Es enthält zahlreiche Adaptionen des Heimarbeitsgesetzes, das die Festsetzung der Entgelte und Vertragsbedingungen der in Heimarbeit Beschäftigten durch die obersten Arbeitsbehörden der Länder erlaubt. Das Festsetzungsverfahren, die Zusammensetzung der Ausschüsse sowie die Überwachung des Gesetzes sind ähnlich ausgestaltet wie im Heimarbeitsgesetz. Diese spezialgesetzlichen Vorschriften bleiben durch das MinArbBG ausdrücklich unberührt (§ 1 Abs. 3 MinArbBG).

4.2 Anwendungsvoraussetzungen

Das MinArbBG nennt drei Voraussetzungen, die für die staatliche Festlegung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen vorliegen müssen (§ 1 Abs. 2 MinArbBG):

- a) Für den Wirtschaftszweig oder die Beschäftigungsart bestehen keine Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbände oder diese umfassen nur eine Minderheit der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber und
- b) die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen erscheint zur Befriedigung der notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer erforderlich und
- c) eine Regelung von Entgelten oder sonstigen Arbeitsbedingungen ist nicht durch Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages erfolgt.

²⁴⁰ BT-Drs. 1/525; BT-Drs. 1/2697

²⁴¹ Vgl. dazu die Berichterstattung aus dem Ausschuss, BT-Protokoll v. 23.11.1952, 7303 ff.

Nach der Formulierung des § 1 Abs. 2 MinArbBG gelten diese Bedingungen kumulativ. Für den Erlass von Mindestarbeitsbedingungen reichen ein oder zwei der genannten Voraussetzungen nicht aus.²⁴²

§ 1 Abs. 1 MinArbBG enthält das Bekenntnis zum Vorrang tarifautonomer Regelung der Arbeitsbedingungen. Sobald für eine Branche per Tarifvertrag Mindeststandards geschaffen werden, scheidet eine staatliche Festsetzung von Arbeitsbedingungen aus.

4.3 Verfahren zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen

Der Verfahrensablauf zum Erlass von Mindestarbeitsbedingungen gliedert sich in drei Stufen:

- 1) das Feststellungsverfahren durch den Hauptausschuss,
- 2) das Festsetzungsverfahren der Fachausschüsse,
- 3) der Erlass von Mindestarbeitsbedingungen als Rechtsverordnung.

4.3.1 Feststellungsverfahren durch den Hauptausschuss (erste Stufe)

Auf der ersten Stufe beginnt das Verfahren mit der Feststellung der Notwendigkeit der Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen. Mit diesen Ermittlungen wird ein eigens zu diesem Zweck vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung errichteter Hauptausschuss (§ 2 Abs. 1 MinArbBG) betraut.

Dem Hauptausschuss gehören 11 Mitglieder an: je fünf Vertreter der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sowie der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung oder eine von ihm bestimmte Person als Vorsitzenden (§ 2 Abs. 2 MinArbBG). Die Beisitzer werden auf Vorschlag der Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen für die Dauer von drei Jahren bestellt.

Die Aufgabe des Hauptausschusses reduziert sich darauf, festzustellen, in welchen Wirtschaftszweigen und -gebieten oder für welche Beschäftigungsarten oder Personengruppen die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen erforderlich ist (§ 3 MinArbBG).²⁴³ Der Hauptausschuss wird vom Bundesarbeitsminister nach Bedarf einberufen oder auf Verlangen von

²⁴² Vgl. Fitting, RdA 1952, 6; Goldschmidt, AR-Blattei D, Mindestarbeitsbedingungen I, B.

²⁴³ Vgl. Berichterstattung des CDU-Abgeordneten Degener über die Beratungen des Gesetzentwurfs im Ausschuss für Arbeit in der dritten Lesung des Bundestags, BT-Protokoll v. 23.11.1951, 7304.

fünf Hauptausschussmitgliedern. Er wird von Amts wegen tätig, wenn er selbst die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen für notwendig erachtet. Genauso können Dritte gegenüber dem Hauptausschuss die Einleitung des Festsetzungsverfahrens beantragen (§ 2 Abs. 4 MinArbBG).²⁴⁴ Im Anschluss an die Arbeit des Hauptausschusses befassen sich Fachausschüsse mit dessen Vorlagen.

4.3.2 Festsetzungsverfahren durch die Fachausschüsse (zweite Stufe)

Auf der zweiten Stufe wird das eigentliche Festsetzungsverfahren durchgeführt. Der materielle Inhalt der Mindestarbeitsbedingungen wird von Fachausschüssen konkretisiert.

Die Fachausschüsse sind vom Bundesarbeitsminister für die Wirtschaftszweige und Beschäftigungsarten zu errichten, für die auf Vorschlag des Hauptausschusses Mindestarbeitsbedingungen festgesetzt werden sollen. Ihr Zuständigkeitsbereich ist räumlich, sachlich und persönlich eingegrenzt.²⁴⁵ Der Fachausschuss besteht aus mindestens je drei – höchstens je fünf – Beisitzern aus Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber (§ 5 Abs. 1 MinArbBG). Seine Mitglieder werden wie die Beisitzer des Hauptausschusses auf Vorschlag der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände für die Dauer von drei Jahren benannt (§ 6 Abs. 1 MinArbBG). Den Vorsitz übernimmt entweder der Bundesarbeitsminister selbst oder eine andere von ihm bestimmte Person (§ 5 Abs. 1 MinArbBG).

Vor der endgültigen Formulierung der Mindestarbeitsbedingungen erhalten die obersten Arbeitsbehörden der beteiligten Länder, die Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die von der Regelung potentiell betroffen sind und die zuständigen Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen Gelegenheit, sich schriftlich zu dem Vorhaben zu äußern sowie in einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Fachausschuss Stellung zu nehmen (§ 7 MinArbBG).

4.3.3 Erlass von Mindestarbeitsbedingungen durch den Bundesarbeitsminister (dritte Stufe)

Auf der dritten Stufe erfolgt zuletzt der Erlass der Mindestarbeitsbedingungen per Rechtsverordnung (§ 4 Abs. 3 MinArbBG). Das setzt die vorbehaltlose Zustimmung des Bundesarbeitsministers voraus. Er muss den festgelegten Wortlaut des Fachausschusses entweder unverändert als Rechtsverordnung veröffentlichen oder die Angelegenheit erneut dem Fachauss-

²⁴⁴ Vgl. auch Goldschmidt, AR-Blattei D, Mindestarbeitsbedingungen I, C.II.

²⁴⁵ Goldschmidt, AR-Blattei D, Mindestarbeitsbedingungen I, D.I.

schluss vorlegen.²⁴⁶ Der Erlass von Mindestarbeitsbedingungen bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates.

§ 10 MinArbBG eröffnet dem Bundesarbeitsminister die Möglichkeit, das Festsetzungsverfahren – einschließlich der Errichtung eines Fachausschusses auf die Oberste Arbeitsbehörde eines Landes zu übertragen, wenn die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen nach Umfang, Auswirkung und Bedeutung nur ein Bundesland betrifft.

4.4 Wirkung und Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen

Die Bestimmungen für den Tarifvertrag finden gem. § 8 Abs. 1 MinArbBG für erlassene Mindestarbeitsbedingungen sinngemäß Anwendung. Dementsprechend gelten Mindestarbeitsbedingungen unmittelbar und zwingend zwischen den von ihnen erfassten Parteien des Arbeitsverhältnisses. Abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wenn die Mindestarbeitsbedingungen eine entsprechende Öffnungsklausel enthalten oder die abweichende Regelung zugunsten des Arbeitnehmers ausfällt. Ein Verzicht auf Mindestarbeitsbedingungen ist nur durch einen von der Überwachungsbehörde gebilligten Vergleich möglich (§ 8 Abs. 3 MinArbBG).

Arbeitgeber, die zur Einhaltung der erlassenen Mindestarbeitsbedingungen verpflichtet sind, unterliegen Auskunfts- und Vorlagepflichten bezüglich der Mindestentgelte und aller sonstigen Arbeitsbedingungen. Anders als bei Tarifverträgen genügt es nicht, die maßgeblichen Arbeitsbedingungen im Betrieb auszulegen. Sie sind zusätzlich jedem Arbeitnehmer auszuhandigen, dessen Arbeitsverhältnis durch Mindestarbeitsbedingungen geregelt ist. Ähnliche Verpflichtungen bestehen heute aufgrund des 1996 eingeführten Nachweisgesetzes.

Eine interessante Abweichung gegenüber der Durchsetzung normativer Ansprüche aus einem Tarifvertrag sieht das Gesetz allerdings für die Durchsetzung der Mindestarbeitsbedingungen vor: An Stelle des Arbeitnehmers können die obersten Landesarbeitsbehörden, in deren Zuständigkeit die Überwachung der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen fällt, im eigenen Namen den Anspruch eines Arbeitnehmers gerichtlich geltend machen (§ 12 MinArbBG). Ansonsten existiert im Arbeitsrecht keine entsprechende Prozessstandschaft – mit der Ausnahme der für die in Heimarbeit Beschäftigten, sofern für sie Arbeitsbedingungen festgesetzt

²⁴⁶ Fitting, RdA 1952, S. 5, 8.

wurden.²⁴⁷ Anders als für Heimarbeiter umfasst die Prozessstandschaft allerdings auch sonstige Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, die dem Arbeitnehmer auf Grund anderer gesetzlicher Vorschriften zustehen (§15 MinArbBG).

4.5 Bedeutungslosigkeit des Gesetzes

Erfahrungen mit dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MinArbBG) gibt es praktisch nicht. Das Gesetz ist schon kurz nach seinem In-Kraft-Treten wieder in Vergessenheit geraten. Über die Gründe lässt sich spekulieren: Offensichtlich hat die damalige Regierung, die dem Gesetzesvorhaben von vornherein eher ablehnend gegenüberstand und sich letzten Endes dem Votum des beratenden Bundestagsausschusses beugte, kein ernsthaftes Interesse an einer Implementierung des Gesetzes in das Rechtssystem der Bundesrepublik gehabt.

Der Gesetzentwurf der SPD enthielt weitgehendere Möglichkeiten für die staatliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen. § 1 Abs. 2 des Entwurfs²⁴⁸ war als Regelfallbestimmung formuliert und sah die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen stets vor, wenn „die Sicherung angemessener Löhne und sonstiger Arbeitsbedingungen zur Befriedigung der notwendigen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Arbeitnehmer erforderlich erscheint“. Nach der Empfehlung wurde diese Vorschrift zu einer Kann-Bestimmung, so dass die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen im Wesentlichen in das Ermessen der jeweiligen Regierung gestellt wurde. Außerdem wurden die „kulturellen Bedürfnisse der Arbeitnehmer“ nicht als Tatbestandsmerkmal übernommen. Schon in der parlamentarischen Debatte wurde die Befürchtung geäußert, dass diese entscheidende Änderung des Entwurfs einer Ablehnung des Gesetzes gleich komme.²⁴⁹

Somit war die Implementierung des Gesetzes von vornherein von der politischen Stimmungslage und außerparlamentarischen Druck abhängig. Weder die SPD noch die Gewerkschaften, die das Gesetz mit unterstützten, haben sich nach In-Kraft-Treten – soweit ersichtlich – für eine Anwendung des Gesetzes stark gemacht. Soweit veröffentlicht wurde lediglich ein Mal ein Festsetzungsverfahren beantragt. 1952 führte der Hauptausschuss ein Feststellungsverfahren durch, um zu prüfen, ob für die bei Rechtsanwälten und Notaren beschäftigten Angestell-

²⁴⁷ Argumente für ein Verbandsklagerecht im Arbeitsrecht Kocher/Pfarr, NZA 1999, S. 358 ff.

²⁴⁸ BT-Drs. 1/525, § 1.

²⁴⁹ Dazu Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 186 f. m.w.N.

ten Mindestarbeitsbedingungen festzusetzen sind.²⁵⁰ Das Verfahren wurde ohne Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen beendet. Weitere Anwendungsfälle sind nicht bekannt.

Es ist nahe liegend, dass die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände wie auch die Politik zu Beginn der 50er Jahre in der neuen Bundesrepublik den Umgang mit der tarifautonomen Gestaltung der Arbeitsbeziehungen vorrangig betrieben. Damals befand sich das Tarifsystem noch im Aufbau. Die gesellschaftliche und wirtschaftliche Bedeutung der Koalitionen musste vorangetrieben werden. Und für einige Wirtschaftszweige, für die damals noch keine oder keine bedeutenden Verbände bestanden und die eventuell für eine Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen in Betracht gekommen wären, entstanden mit der Zeit repräsentative Koalitionen. Mit dem Gesetzesvorhaben war die verknüpft, Zustände von Not und Elend für Arbeitnehmer zu beseitigen.²⁵¹ Je mehr Tarifverträge vereinbart wurden, die die Arbeitsbedingungen regelten, um so geringere Anwendungsmöglichkeiten blieben für die staatliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen.²⁵² Dass dies ein „eindrucksvoller Beweis für den Erfolg des sich alsbald etablierenden Tarifvertragssystems“²⁵³ darstellt, ist angesichts der Analyse der Niedriglohnsektoren²⁵⁴ wohl eher eine vorschnelle Einschätzung.²⁵⁵ Ein großer Teil der Arbeitsbeziehungen unterliegt zwar einem Tarifvertrag. Für bestimmte Arbeitsmarktnischen – insbesondere im Handwerk oder in Klein- und Mittelbetriebsstrukturen – existieren jedoch keine tarifliche Bindungen. Auch die Bereitschaft der Arbeitgeber, sich einer Tarifbindung zu unterwerfen bröckelt oder die Tendenz zu OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbände verdeutlicht, dass das Tarifvertragssysteme Lücken hinterlassen hat und Einbrüche erleidet.²⁵⁶

²⁵⁰ Mitgeteilt in DB 1952, S. 911.

²⁵¹ Vgl. Goldschmidt, AR-Blattei D, E.1.; Fitting, RdA 1952, S. 5, 9.

²⁵² Fitting, RdA 1952, S. 5, 9.

²⁵³ So Kittner, in Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, § 3 Rn. 77.

²⁵⁴ Vgl. die Ergebnisse von Schäfer, Armut trotz Arbeit, in: Schäfer/Pohl (Hrsg.), Niedriglöhne, Hamburg, 1996, S. 65 ff.; ders., WSI-Mitt. 2000, S. 534, 537 ff.

²⁵⁵ So auch Däubler, Arbeitsrecht 1, 15. Aufl. 1998, Rn. 454; zustimmend ebenfalls Lakies, in: Däubler, TVG, Anh. § 5 Mindestlohn, Rn. 11.

²⁵⁶ Vgl. dazu Peter, Abschied vom Konsens – Mangelnde Tariftreue und Erosion der Arbeitgeberverbände, in: FS Däubler, S. 479 ff.

4.6 Aktivierungsmöglichkeiten

Nachdem das MinArbBG trotz seines fünfzigjährigen Bestehens nie angewandt wurde, sondern sich die Rechtswirklichkeit vielmehr so darstellt, als existiere dieses Gesetz gar nicht, müsste der Einleitung eines Festsetzungsverfahrens mit politischen Mitteln Nachdruck verliehen werden. Formal verlangt das Gesetz nach § 2 Abs. 4 MinArbBG die Einleitung des Verfahrens durch den Bundesarbeitsminister, da er für die Errichtung und in erster Linie auch für die Einberufung des Hauptausschuss zuständig ist.

Um dem Gesetz heute Leben einzuhauchen, müssten zunächst auf politischer Ebene Initiativen gestartet werden, das Bundesarbeitsministerium zum Tätigwerden aufzufordern. Auch wenn die Koalitionen kein im Gesetz verankertes Antragsrecht haben, wäre die Antragstellung durch den DGB oder die Einzelgewerkschaften bzw. entsprechende politische Forderungen der Weg, dem Bundesarbeitsministerium die Notwendigkeit eines Festsetzungsverfahrens darzulegen. Ein Teil der Aufgaben des Hauptausschusses müsste in gewissem Maße vorweggenommen werden, da bei einer entsprechenden Initiative gegenüber dem Bundesarbeitsministerium Überzeugungsarbeit für die „Inbetriebnahme“ des Gesetzes zu leisten wäre.

4.7 Anwendungsbereich des Gesetzes und seine Grenzen

Wie oben dargelegt, kommt die Anwendung des Gesetzes nur unter engen Voraussetzungen in Betracht. Das Gesetz erlaubt die staatliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen nur für Erwerbsbereiche (Branchen oder Beschäftigungsarten), für die „keine Gewerkschaften oder Vereinigungen von Arbeitgebern“ bestehen oder diese nur für eine Minderheit der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber (§1 Abs. 2 lit. a MinArbBG). Dieses Tatbestandsmerkmal knüpft an das Vorhandensein von Gewerkschaften oder Arbeitgebervereinigungen. Sobald relevante Tarifvertragsparteien in Gestalt einer Gewerkschaft oder eines Arbeitgeberverbandes für bestimmte Wirtschaftsbereiche oder Beschäftigungsarten bestehen, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die staatliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen ausgeschlossen – auch wenn die Verbände in diesen Bereiche die Arbeitsbedingungen nicht durch Tarifvertrag geregelt haben.

Wenn man jedoch Sinn und Zweck der Regelung dahingehend versteht, dass die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen immer dann in Betracht kommen soll, wenn sich für einen Wirtschaftszweig die Arbeitsbedingungen nicht per Tarifvertrag regeln lassen, wäre die Anwendung des Gesetzes ebenfalls in Betracht zu ziehen, wenn aufgrund problematischer Rahmenbedingungen der Interessenvertretung in einem Wirtschaftszweig oder für eine Beschäfti-

gungsart keine Tarifverträge erzwungen werden können. Praktisch erweisen sich insbesondere klein- und mittelbetriebliche Erwerbsstrukturen, Handwerksbereiche oder isolierte Arbeitszusammenhänge als tarifpolitisch schwieriges Terrain. Solchen Situationen ist mit dem Heimarbeitengesetz Rechnung getragen worden, in dem für diese Gruppe arbeitnehmerähnlicher Personen die staatliche Festsetzung von Entgelten und anderen Vertragsbedingungen explizit geregelt ist. Ähnliches müsste auch für die Festsetzungsbefugnis nach dem MinArbBG gelten.

Kurz nach In-Kraft-Treten des MinArbBG wurde in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Auffassung vertreten, dass eine Anwendung des Gesetzes nicht in Betracht kommt, wenn die Tarifvertragsparteien sich nicht auf einen Tarifvertrag verständigen können oder eine bzw. beide Seiten keinen Tarifabschluss anstreben.²⁵⁷ Folgt man dieser Ansicht, dann dürften selbst die auf diese Weise entstandenen tariffreien Räume, die die Tarifvertragsparteien – oder eine Tarifvertragspartei - bewusst, zufällig oder mangels Durchsetzbarkeit von Tarifverträgen hinterlassen, nicht durch staatliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen gefüllt werden. Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Wenn trotz Bestehens von Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen die Arbeitsbedingungen nicht per Tarifvertrag geregelt sind, sind die Gründe näher zu hinterfragen. Lassen sich Vereinigung von Arbeitgebern in dem fraglichen Bereich ausmachen, können die Gründe für das Nicht-Zustandekommen von Tarifverträgen vielschichtig sein. So ist zu prüfen, ob es sich bei Arbeitgeberverbänden um solche i.S.d. § 2 TVG handelt. Ist z.B. ein Arbeitgeberverband für einen Wirtschaftszweig zuständig und erklärt er der Gewerkschaft gegenüber, mit der er bisher Tarifverträge abgeschlossen hat, zukünftig keine Tarifverträge (mehr) abschließen zu wollen, stehen diese als Tarifvertragspartei nicht mehr zur Verfügung. Genauso verhält es sich bei Arbeitgeberverbänden, die die Zuständigkeit für Tarif- und/oder Sozialpolitik aus ihrer Satzung streichen. Es handelt sich dann zwar immer noch um eine Arbeitgebervereinigung, aber nicht um eine Tarifvertragspartei. Sinn und Zweck des § 1 Abs. 2 lit. a MinArbBG kann es nicht gewesen sein, das Vorhandensein wie auch immer gearteter Zusammenschlüsse von Arbeitgebern als Ausschlussstatbestand für die Gesetzesanwendung zugrunde zu legen. Vielmehr ist dieses Tatbestandsmerkmal so zu verstehen, dass es sich um Arbeitgebervereinigungen i.S.d. § 2 Abs. 1 TVG²⁵⁸ handeln muss. Der Begriff der „Vereinigung von Arbeitgebern“ ergibt nur Sinn als Pendant zum Gewerkschaftsbegriff. Schließlich kann von Arbeitnehmervereinigungen als „Gewerkschaft“ auch nur

²⁵⁷ Hessel, BB 1952, 64.

²⁵⁸ Zur Abgrenzung vgl. Peter, in: Däubler, TVG-Komm., § 2 Rn. 107 ff.

dann gesprochen werden, wenn diese Tariffähigkeit besitzen.²⁵⁹ Die Anwendung des MinArbBG kommt demzufolge immer dann in Betracht, wenn für einen Wirtschaftszweig oder eine Beschäftigungsart nur auf einer Seite eine tariffähige Koalition vorhanden ist.

Dennoch lässt die in § 1 Abs. 2 lit a MinArbBG aufgeführte erste Voraussetzung die Anwendung des MinArbBG – unabhängig von den Schwierigkeiten einer ministriellen Initialisierung des Festsetzungsverfahrens – zu einer hohen Hürde werden. Das Netz fachlicher Zuständigkeiten der Gewerkschaften des DGB ist so engmaschig geworden, dass kaum Lücken geblieben sind. Eine Zuordnung eines Wirtschaftszweiges oder einer Beschäftigungsart zu einer der acht Einzelgewerkschaften dürfte unproblematisch sein. Im Gegenteil: Unter den Einzelgewerkschaften entsteht eine Konkurrenzsituation über die Zuordnung neuer Branchen oder Berufe. Weniger umfassend ist die fachliche Zuständigkeit der Arbeitgeberverbände. Sobald kein fachlich zuständiger Arbeitgeberverband in einem Wirtschaftszweig existiert, wäre ein Ansatzpunkt für die Einleitung eines Festsetzungsverfahrens gegeben. Nach § 1 Abs. 2 lit. a MinArbBG dürfen „Gewerkschaften *oder* Vereinigungen von Arbeitgebern“ nicht bestehen. Wenn für einen Wirtschaftszweig oder eine Beschäftigungsart zwar eine Gewerkschaft zuständig ist, diese aber auf keinen Arbeitgeberverband als Gegenspieler trifft, mit dem sie die Arbeitsbedingungen tarifvertraglich regeln könnte, wäre die erste Voraussetzung erfüllt.

Die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen kommt gem. § 1 Abs. 2 lit.a 2. Alt. auch dann in Betracht, wenn Gewerkschaften oder Vereinigungen von Arbeitgeberverbänden nur eine Minderheit der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber umfassen. Unter den Begriff der „Minderheit“ wurde in der damaligen Diskussion des MinArbBG keine mathematische Minderheit – also weniger als 50 % - verstanden. Vielmehr sollte es sich um eine Minderheit handeln, die aufgrund ihrer Machtlosigkeit praktisch nicht in der Lage ist, einen repräsentativen Tarifvertrag abzuschließen.²⁶⁰ Diese Bedingung wäre heute z.B. zu prüfen, wenn Arbeitnehmervereinigungen einen Tarifvertrag abschließen, deren Gewerkschaftseigenschaft insbesondere aufgrund ihrer fehlenden Mächtigkeit in Zweifel steht (so genannte „gelbe Gewerkschaften“)²⁶¹. Arbeitnehmervereinigungen, die über keine Mächtigkeit verfügen, können – wenn überhaupt -

²⁵⁹ Zum Gewerkschaftsbegriff vgl. Kempen/Zachert, TVG, § 2 Rn. 10 ff.; Peter, in: Däubler, TVG-Komm., § 2 Rn. 7 ff.

²⁶⁰ Goldschmidt, AR-Blattei D, Mindestarbeitsbedingungen I, B.; Fitting, RdA 1952, S. 5, 6.

²⁶¹ Zu den Voraussetzungen der Gewerkschaftseigenschaft insbesondere zur Mächtigkeit von Arbeitnehmervereinigungen vgl. Kempen/Zachert, § 2 Rn. 13 ff., 19 ff.; Peter, in Däubler, TVG, § 2 Rn. 10 ff.

nur für eine minimale Anzahl von Arbeitsverhältnissen innerhalb des Geltungsbereichs des von ihnen abgeschlossenen Tarifvertrages beiderseitige Tarifbindung erzeugen, so dass schon aus diesem Grunde die Geltung eines Tarifvertrages kaum Schutzwirkungen entfalten kann. Insofern ist insbesondere bei Tarifverträgen, die von Arbeitnehmervereinigungen außerhalb des DGB abgeschlossen wurden, zu hinterfragen, in welchem Umfang sie Tarifbindung herzustellen vermögen und welche Art von Tarifvertrag abgeschlossen wurde. Sind von diesen Organisationen lediglich Tarifverträge abgeschlossen worden, die keine materiellen Arbeitsbedingungen beinhalten, greift ohnehin die Festsetzungsmöglichkeit des § 1 Abs. 2 lit. a 2. Alt. MinArbBG.

Wenn als zweite Voraussetzung die „Befriedigung der notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer“ in § 1 Abs. 2 lit. b MinArbBG genannt wird, liegt diese Voraussetzung in Niedriglohnssektoren stets vor.

Als dritte Voraussetzung dürfte dann noch gemäß § 1 Abs. 2 lit. c MinArbBG kein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag zur Anwendung kommen. Diese Bedingung ist ohnehin mit der ersten Voraussetzung (lit. a) erfüllt,²⁶² da Tarifverträge immer nur dann für allgemeinverbindlich erklärt werden können, wenn Tarifvertragsparteien existieren bzw. wenn ein Tarifvertrag wenigstens 50 % der Arbeitsverhältnisse seines Geltungsbereichs erfasst, so dass Tarifverträge von nicht repräsentativen Arbeitgebervereinigungen oder „gelben“ „Gewerkschaften“ einer Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen nicht entgegen stehen.

4.8 Etablierung eines nationalen oder Branchen-Mindestlohns auf Grundlage des MinArbBG ?

Gemessen an der Mindestlohngesetzgebung anderer Länder ist unter einem Mindestlohn ein für alle Arbeitsverhältnisse gültiger unterer Entgeltsockel zu verstehen.²⁶³ Nach diesem Verständnis bindet ein Mindestlohn auch die Tarifvertragsparteien. Für die Einführung eines solchen Mindestlohns – sei es ein national einheitlicher oder ein für eine Branche geltender Mindestlohn – eignet sich das MinArbBG in seiner jetzigen Fassung aufgrund prozeduraler Hindernisse und seines begrenzten Festsetzungsrahmens nicht.²⁶⁴ Aufgrund des ersten Tatbe-

²⁶² Vgl. Goldschmidt, AR-Blattei D, Mindestarbeitsbedingungen I, B.

²⁶³ Zu den Mindestlohnmodellen Frankreichs, den Niederlanden und USA vgl. Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 145 ff.

²⁶⁴ So auch Bieback, RdA 2000, S. 207, 210; Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 184 ff.

standsmerkmals in § 1 Abs. 2 lit. a MinArbBG dürfen zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen keine bzw. keine repräsentativen Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbände für die potentiell in Frage kommenden Branchen oder Beschäftigungsarten vorhanden sein. Auf der Grundlage des MinArbBG bleibt nicht einmal Raum für einen Mindestlohn, dessen Geltung sich auf Arbeitsverhältnisse reduziert, die keiner Tarifbindung unterliegen.

4.8.1 Reformüberlegungen

Für die Einführung eines branchenbezogenen oder nationalen Mindestlohns im Rahmen des MinArbBG besteht erheblicher Reformbedarf. Die in § 1 Abs. 2 lit. a MinArbBG enthaltene Bedingung, dass keine bzw. keine repräsentativen Gewerkschaften oder Vereinigungen von Arbeitgebern bestehen dürfen, müsste entfallen. Insoweit wäre die Überprüfung der Tatbestandsmerkmale ein Ansatz zur Reformierung des Gesetzes. Dabei ist die Streichung dieser Voraussetzung in Betracht zu ziehen.

Grundsätzlich könnte die Geltung eines Mindestlohns auf tariffreie Bereiche beschränkt werden. Friktionen sind unter diesen Vorzeichen nicht ausgeschlossen, sobald der Mindestlohn einen Tariflohn übersteigen sollte. Diese Kollision könnte am Ehesten bei einem nationalen Mindestlohn auftreten, der für alle Branchen gilt. Das ließe sich nur verhindern, wenn der Mindestlohn auf einem so niedrigen Niveau festgelegt wird, das in keinem Fall an das Entgeltniveau einer untersten Tarifgruppe heranreicht. Dann allerdings bewegt sich ein Mindestlohn in Entgeltbereichen, die den Zielsetzungen des § 1 Abs. 2 lit. b MinArbBG nicht mehr gerecht werden können, nämlich der „Befriedigung der notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer“ zu dienen. Selbstverständlich bedarf diese Formel der Konkretisierung. Ein Mindestlohn auf einem absolut unteren Niveau hätte allenfalls Alibi-funktion. Ein effektives arbeitsrechtliches Schutzinstrument würde unter diesen Bedingungen nicht entstehen.

Außerdem ist angesichts der derzeitigen Ausgestaltung des MinArbBG zu bezweifeln, dass sich mit dem aufwendigen – und voraussichtlich langwierigem - Procedere zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen ein Mindestlohn etablieren ließe, der überhaupt geeignet wäre, als verbindlicher Maßstab für eine längere Dauer Wirkung zu entfalten. Die Regeln des MinArbBG deuten eher auf sporadische Festsetzungsoptionen, aber nicht auf eine kontinuierliche Anpassung der Entgeltfestsetzung an soziale und wirtschaftliche Entwicklungsprozesse. Es ist nicht auszuschließen, dass nach einer gewissen Routine mit den gültigen Verfahrensregeln, die Chance besteht, dass sich eine regelmäßige Überprüfung und Anpassung der Ent-

geltfestsetzung anhand veränderter Rahmenbedingungen einstellt. Außerdem fehlen dem MinArbBG Orientierungsmaßstäbe für die materiell-rechtliche Festsetzung eines Mindestlohns. Aufgrund seiner Konzeption als reines Organisationsgesetz überlässt es den am Festsetzungsverfahren Beteiligten die Konkretisierung der Mindestarbeitsbedingungen. Ohne gesetzliche Kontrollpflichten bleibt es dem Zufall überlassen, ob, wann, wie häufig und in welchem Umfang eine Anpassung von Mindestarbeitsbedingungen erfolgt.

4.8.2 Spezialgesetzliche Regelung eines Mindestlohns

Ein Mindestlohn könnte nach einer grundlegenden Reform auch auf der Basis des MinArbBG erlassen werden. Für die Etablierung eines Mindestlohns wäre eine spezialgesetzliche Regelung zu erwägen, da der Geltungsbereich eines nationalen oder branchenbezogenen Mindestlohns über den Festsetzungsrahmen, den das MinArbBG heute bietet, weit hinaus gehen würde.²⁶⁵

Insbesondere die Höhe eines erstmals festzusetzenden Mindestlohns birgt erheblichen politischen Zündstoff in sich. Sicherlich könnte man die Fixierungsproblematik dem Kräftespiel der Fachausschussmitglieder und der sie repräsentierenden Institutionen überlassen in der Hoffnung, dass unter Beteiligung der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sowie des Bundesarbeitsministers als letzte Entscheidungsinstanz ein akzeptabler Kompromiss gefunden wird. Gerade für die Etablierung eines neuen gesetzlichen Instrumentariums sollte eine Frage von solch grundlegender und zentraler Bedeutung für die Arbeitsbeziehungen nicht an einen Fachausschuss delegiert werden. Hierzu müsste ein Diskurs unter Beteiligung verschiedener Fachdisziplinen initiiert werden.²⁶⁶

Neben der erstmaligen Fixierung eines Mindestlohns ist weiter zu regeln, ob und nach welchen Prinzipien eine Anpassung an aktuelle wirtschaftliche und soziale Entwicklungen stattfinden soll. In den USA²⁶⁷ oder in Großbritannien²⁶⁸ sieht die Mindestlohngesetzgebung keinen Automatismus zur Überprüfung der Mindestlohnhöhe vor. Das kann zur Folge haben, dass der Mindestlohn wie beispielsweise in den USA, wo er innerhalb von 64 Jahren nur 19

²⁶⁵ Ausführliche Vorschläge für die Ausgestaltung eines nationalen Mindestlohns Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 188 ff.

²⁶⁶ Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 217.

²⁶⁷ Zum Mindestlohn in den USA vgl. Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 156 ff., 174 f.

²⁶⁸ Zur Einführung eines Mindestlohns in Großbritannien Skidmore, ArbuR 1999, S. 172 ff.; Callaghan, WSI-Mitt. 2000, S. 509 ff.

Mal erhöht wurde, als Sicherungsinstrument zur Verhinderung prekärer Entgeltzahlungen in die Bedeutungslosigkeit abzurutschen droht. Ein Mindestlohn, der den Kontakt zur allgemeinen Entgeltentwicklung verliert, gerät schnell in die Gefahr, seinen Schutzcharakter einzubüßen. In Ländern wie Frankreich, Niederlanden oder Belgien ist der Mindestlohn indexiert. Damit ist gewährleistet, dass der Mindestlohn mindestens ein Mal im Jahr an die aktuelle Entgeltentwicklung angepasst wird.²⁶⁹

Ein Mindestlohn sollte alle Arbeitsverhältnisse erfassen. Auch in dieser Hinsicht würde das MinArbBG jetziger Fassung keine geeignete Regelungsgrundlage bieten, da sich die Festsetzungsoptionen auf tariffreie Erwerbsbereiche und Arbeitsverhältnisse beschränkt. Angesichts des niedrigen Lohnniveaus unterer Tarifgruppen ist eine tarifsubsidiäre Geltung eines Mindestlohns nicht angemessen. Es empfiehlt sich, die Verbindlichkeit eines Mindestlohns für alle Arbeitsverhältnisse zu gewährleisten. Anderenfalls könnte ein Mindestlohn in einzelnen tariffreien Erwerbsbereichen im Vergleich zu tariflichen Entgelten zu besseren Entgeltbedingungen führen.

Die Ausgestaltung des Mindestlohns als tarifsubsidiäres Instrument führt darüber hinaus zu Verhandlungsdisparitäten zwischen den Tarifparteien. Die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften würde geschwächt werden. Schon um einen Bedeutungsverlust der tarifautonomen Entgeltfestsetzung vorzubeugen, sollte ein Mindestlohn konzipiert werden, der auch die Tarifvertragsparteien bindet. Ansonsten wären die Gewerkschaften in jeder Verhandlungsrunde gefordert, wenigstens das Mindestlohnniveau erreichen zu müssen. Der Verhandlungsspielraum für Tarifziele oberhalb des unteren Entgeltlevels wäre erheblich reduziert. Dagegen beeinflusst ein universell geltender Mindestlohn die Verhandlungsstärke zwischen den Tarifvertragsparteien nicht. Vielmehr erhöhen sich die Gestaltungsmöglichkeiten oberhalb des Mindestlohn-Sockels. Die Einführung eines Mindestlohns ist nicht darauf gerichtet, das Tarifsystern zu desavouieren oder seinen Stellenwert zurückzudrängen. Es geht im Gegenteil darum, Entgeltsicherheit in den Bereichen herzustellen, die sich durch tarifautonome Rechtssetzung nicht schaffen lässt. Die Tarifpolitik wäre generell um die Sicherung der untersten Lohngruppen entlastet.²⁷⁰

²⁶⁹ Zur Mindestlohngesetzgebung Frankreichs und den Niederlanden vgl. Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 146 ff.

²⁷⁰ So auch Schäfer, WSI-Mitt. 1991, 723.

4.8.3 Fazit

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass für einen weitreichenden räumlichen oder fachlichen Geltungsbereich eines Mindestlohns die Voraussetzungen für die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen im MinArbBG geändert werden müssten. Außerdem sind für die Mindestlohnfestsetzung andere prozedurale Regelungen erforderlich. Das MinArbBG hat erheblichen Novellierungsbedarf. Alternativ käme für die Einführung eines nationalen oder branchenbezogenen Mindestlohn eine neue spezialgesetzliche Lösung in Betracht.

4.9 Branchen-Mindestlohn oder nationaler Mindestlohn ?

Nachdem zuvor gesetzliche Grundlagen für die Einführung eines Mindestlohns erörtert wurden, ist die Reichweite eines Mindestlohn zu erörtern. Empfiehlt sich eher ein nationaler Mindestlohn, der für die ganze Bundesrepublik und für alle Branchen in gleicher Höhe gilt oder sollte die Geltung eines Mindestlohns auf eine Branche reduziert werden bzw. sind für einzelne Branchen unterschiedliche Mindestlöhne sinnvoll ?

4.9.1 Wirkungen eines Branchen-Mindestlohns

Da sich die Niedriglohnproblematik auf bestimmte Branchen konzentriert, liegt die Überlegung nahe, auf die auffälligsten Entgeltrisiken mit einem branchenbezogenen Mindestlohn zu reagieren. In gewisser Weise bietet das Arbeitnehmer-Entsendegesetz bereits eine Grundlage für die Schaffung eines Branchen-Mindestlohns (vgl. dazu unten). Dieser Lösungsweg könnte unter gewissen Voraussetzungen Vorbildcharakter für weitere Branchen haben, in denen in ähnlicher Manier Lohndumping betrieben wird oder zu befürchten ist. Das gilt beispielsweise für das Hotel- und Gaststättengewerbe. Die Beantwortung dieser Frage hängt wesentlich von der rechtspolitischen Zielsetzung ab, die mit der Einführung eines Mindestlohns verbunden wird.

Eine Branchen-Lösung würde dazu beitragen, Entgeltrisiken abzubauen. Für das Niedriglohnproblem bietet das Modell des Arbeitnehmer-Entsendegesetz nicht für jede Situation eine geeignete Lösung. Das AEntG zielt vorrangig auf die Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Arbeits- und Dienstleistungsmarkt. Ein flächendeckender unterer Entgeltsockel entsteht dadurch nicht.

Die Einführung von Mindestlöhnen auf einzelne Branchen zu beschränken oder diese nach Branchen differenziert festzulegen, hätte einerseits den Charme, der Wirtschaftskraft einer Branche entsprechende Mindestlöhne festlegen zu können. Andererseits wäre für so genannte

Hoch-Lohnbranchen aufgrund des durchschnittlich guten Entgelt-niveaus die Notwendigkeit eines Mindestlohns schlechter darstellbar. Selbst dabei ist nicht auszuschließen, dass die in Hochlohnbranchen geltenden Tarifverträge in den unteren Entgeltgruppen prekäre Entgelte beinhalten. Ferner sind in diesen Bereichen Entgeltrisiken für Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen, die nicht dem Schutz eines Tarifvertrages unterliegen. Gerade diese bedürfen eines Entgeltschutzes. Davon abgesehen bergen mindestlohnfreie Bereiche immer die Gefahr in sich, dass sich Niedriglohn-Nischen entwickeln.

Gegen eine branchenbezogene Mindestlohnfestsetzung spricht ferner die Bestandsaufnahme des Niedriglohnproblems. Es handelt sich dabei zwar auch, aber nicht ausschließlich um ein Branchenproblem. Niedriglohnprobleme ziehen sich quer durch die Branchen und betreffen vor allem Dienstleistungstätigkeiten und weibliche Beschäftigte.²⁷¹ Wenn die Einführung eines Mindestlohns als branchenbezogene Lösung angegangen werden soll, käme eher die Effektivierung des Instruments der Allgemeinverbindlicherklärung in Betracht. Von der Allgemeinverbindlicherklärung von Entgelttarifverträgen wird heute allerdings äußerst selten Gebrauch gemacht.

4.9.2 Wirkungen eines nationalen Mindestlohns

Für eine erstmalige Einführung eines Mindestlohns sprechen verschiedene Gesichtspunkte für einen national einheitlichen Mindestlohn.

International wird das Modell eines national einheitlichen Mindestlohns favorisiert. Eine Ausnahme bildete bis Anfang der 90er Jahre Großbritannien, wo über eine lange Zeit Erfahrungen mit branchenbezogener Mindestlohnfestsetzung gemacht wurden. Im Zuge der Deregulierungspolitik der konservativen Thatcher-Regierung wurden die Kompetenzen der Works Councils, die ähnlich wie die Fachausschüsse nach dem MinArbBG sporadisch und partiell Mindestarbeitsbedingungen festsetzen konnten, bis Anfang der 90er Jahre sukzessive zurück gedrängt.²⁷² Die partielle Mindestlohnfestsetzung hielt das krasse Auseinanderdriften des Entgeltgefüges nicht auf.²⁷³ Gewerkschaften und Labour Party setzten sich seit den 80er Jahren für die Einführung eines nationalen Mindestlohns ein.²⁷⁴ Nach der Regierungsübernahme

²⁷¹ Vgl. Schäfer, Armut trotz Arbeit, in: Schäfer/Pohl (Hrsg.), Niedriglöhne, S. 62 ff.

²⁷² Dazu Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 165 ff.

²⁷³ Vgl. Machin/Manning, Industrial and Labor Relations Review, Vol. 47, No. 2, 328.

²⁷⁴ Zu dieser Entwicklung Burgess, WSI-Mitt. 1999, S. 473 ff.

durch die Labour Party kehrte man in Großbritannien nicht zu dem Festsetzungssystem durch Works Councils zurück. Am 1. April 1999 trat ein neues Mindestlohngesetz in Kraft, mit dem ein einheitlicher Mindestlohn eingeführt wurde.²⁷⁵ Auch andere Länder wie die USA, Frankreich, die Niederlande, Luxemburg, Belgien, Spanien, Portugal und Großbritannien verfügen über einen national einheitlichen Mindestlohn.²⁷⁶ In den USA gilt die Besonderheit, dass die einzelnen Bundesstaaten den nationalen Mindestlohn überschreitende Mindestlöhne festlegen können.²⁷⁷

Die Einführung branchenbezogener Mindestlöhne würde im internationalen Vergleich eine Ausnahme darstellen. Für die Bundesrepublik wäre allenfalls zu bedenken, ob eine differenzierende Festsetzung aufgrund des (noch anhaltenden) unterschiedlichen Entgelt-niveaus zwischen den alten und neuen Bundesländern sinnvoll ist. Beispielsweise wird bei der Festsetzung der Beitragsbemessungsgrenze in der Sozialversicherung auf die Einkommensunterschiede in Ost und West Rücksicht genommen. Solange noch zwei nationale Teilökonomien mit unterschiedlichen Lebens- und Wirtschaftsbedingungen bestehen, rechtfertigt sich gffs. für eine Übergangszeit ein leicht reduzierter Ost-Mindestlohn.²⁷⁸ Inwiefern dies tatsächlich erforderlich erscheint, müsste an anderer Stelle genauer untersucht werden.

Für die Implementierung eines Mindestlohns als neues rechtliches Instrumentariums ist mit einem national einheitlichen Mindestlohn die größte Schutzwirkung zu erwarten. Unterschiedliche Mindestlohnhöhen führen zu Unklarheiten hinsichtlich des Geltungsbereichs und lösen Abgrenzungs- und Zuordnungsstreitigkeiten aus. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit wird sich ein einheitlicher Mindestlohnsockel am Ehesten zu einem wirksamen arbeitsrechtlichen Schutzinstrument entwickeln.

4.10 Staatliche Festsetzung eines Mindestlohns und verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Ein Mindestlohngesetz bzw. die staatliche Festsetzung eines Mindestlohns tangiert die Systeme der autonomen Festsetzung von Entgelten – sei es das Tarifsystem oder die privatautono-

²⁷⁵ Dazu Skidmore, ArbuR 1999, S. 172 ff.

²⁷⁶ Übersicht bei Burgess, WSI-Mitt. 1999, S. 473, 481.

²⁷⁷ Acht von 50 US-Bundesstaaten haben einen den bundesweiten Mindestlohn übersteigenden Mindestlohn festgesetzt.

²⁷⁸ Zu diesen Überlegungen vgl. Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 194 ff.

me Vereinbarung der Arbeitsbedingungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien²⁷⁹. Insofern stellt sich die Frage, welchen verfassungsrechtlichen Bedenken sich ein Mindestlohngesetz stellen müsste.

4.10.1 Mindestlohn und Tarifautonomie

Ein wesentlicher Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ist der Abschluss von Tarifverträgen und damit die Vereinbarung von Arbeitsbedingungen. Die Tarifvertragsparteien sollen in ihrer Festsetzung nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein. Im Zentrum tarifvertraglicher Gestaltung steht die Vereinbarung von Entgelten. Mit einem gesetzlichen Mindestlohn entsteht ein unterer Entgeltsockel, der auch die Tarifvertragsparteien bindet. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass neben der den Tarifvertragsparteien eingeräumten Normsetzungsprärogative die prinzipielle Zuständigkeit des Gesetzgebers für die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach Art. 74 Nr. 12 GG erhalten bleibt.²⁸⁰ Über ein Normsetzungsmonopol verfügen die Tarifvertragsparteien insofern nicht.²⁸¹

Davon abgesehen kann nicht davon ausgegangen werden, dass jede einzelne tarifliche Entgeltfestsetzung den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießt. Vielmehr sichert der grundrechtliche Schutz die Handlungsmöglichkeiten für das tarifautonome System zur Festsetzung von Arbeitsbedingungen.²⁸² Unter den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG steht das korrelative Verhältnis der Koalitionen, das nicht gestört werden und frei von staatlicher Einflussnahme bleiben soll.²⁸³ Ein gesetzlicher Mindestlohn mag den Tarifvertragsparteien einen Teil ihrer Gestaltungsmöglichkeiten nehmen. In welchem Ausmaß dies geschieht, hängt wesentlich davon ab, auf welchem Niveau ein Mindestlohn festgesetzt werden würde.²⁸⁴ Der Gesetzgeber entzieht den Tarifparteien die Entgeltgestaltung durch Festsetzung eines Mindestlohns keineswegs. Es wird ihnen allenfalls ein kleiner Teil entzogen. Oberhalb des Mindestlohnsockels bleibt ein weiter Gestaltungsspielraum.

²⁷⁹ Zur Privatautonomie vgl. Kap. „Richterrechtliche Möglichkeiten der Entgeltkorrektur“ I.

²⁸⁰ BVerfG 26.7.1974, BVerfGE 44, 322, 340 f.

²⁸¹ Vgl. ausführlicher Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 236 ff.

²⁸² Vgl. BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212, 228 f., in der das BVerfG auf die Verhandlungsfähigkeit abstellt.

²⁸³ Kemper, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit, 1990, S. 118 ff.

²⁸⁴ Zu den weiteren Auswirkungen auf Entgeltstrukturen Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 240.

Sollte ein Mindestlohn entstehen, der sich auf oder oberhalb des Entgeltniveaus von Tarifverträgen bewegt und damit in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG vordringt, ist diese Maßnahme des Gesetzgebers durch andere verfassungsrechtliche Schutzgüter gerechtfertigt. Einerseits sind für besonders gefährdete Beschäftigtengruppen und zum Abbau von Diskriminierungen die Schutzpflichten des Staates nach Art. 3 GG zu berücksichtigen. Dies gilt im Hinblick auf die hohen Beschäftigtenanteile von Frauen und Ausländern im Niedriglohnbereich. Zur Herstellung tatsächlicher Gleichberechtigung ergibt sich ein Handlungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG, in dem sich der Staat verpflichtet hat, auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen auf den Schutzauftrag für besonders gefährdete Personengruppen hingewiesen.²⁸⁵ Als besonders schutzwürdige Gruppe innerhalb der Gruppe der Arbeitnehmer sind auch Niedriglohn-Verdiener zu sehen, die aufgrund der geringen Vergütung nicht die notwendigen lebenswichtigen Güter kaufen und am öffentlichen und gesellschaftlichen Leben teilhaben können.²⁸⁶ Vom Grundsatz hat der Gesetzgeber eine Schutzpflichten gegenüber Beschäftigten mit Niedriglöhnen anerkannt. Dies wird an der Schaffung verschiedener gesetzlicher Maßnahmen deutlich wie das Gesetz zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, das Heimarbeitsgesetz oder das Arbeitnehmerentsendegesetzes aber auch Möglichkeiten der gerichtlichen Überprüfung von Entgeltabreden.²⁸⁷

Hinzuweisen ist hinsichtlich der Diskussion um eine Konkurrenz zwischen staatlicher und tarifautonomer Regelung der Arbeitsbedingungen, dass auch andere arbeitsrechtliche Mindeststandards vom Gesetzgeber geschaffen wurden wie zum Urlaub, zur Arbeitszeit oder zur Entgeltfortzahlung. Dagegen werden von Gewerkschaften keine verfassungsrechtlichen Argumente vorgetragen.²⁸⁸ Im Gegenteil: Insbesondere um die gesetzliche Regelung der Entgeltfortzahlung führten die Gewerkschaften nach Kürzung der Ansprüche durch das so genannte „Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz“ von 1996²⁸⁹ eine harte Auseinandersetzung um die Wiedereinführung der vorher geltenden gesetzlichen Standards, der nach dem

²⁸⁵ Vgl. BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212, 228 f.; BVerfG 10.3.1992, BVerfGE 85, 360, 375.

²⁸⁶ Bieback, RdA 2000, S. 207, 210.

²⁸⁷ Ausführlich *Peter*, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 69 ff.; Bieback, RdA 2000, S. 207, 210.

²⁸⁸ *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Rn. 1604.

²⁸⁹ BGBl. I S. 1476.

Regierungswechsel 1998 mit dem Korrekturgesetz vom 19.12.1998²⁹⁰ schließlich wieder herbei geführt wurde. Insofern sind solche Gesichtspunkte bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, sofern ein Mindestlohn Art. 9 Abs. 3 GG tangiert.²⁹¹

4.10.2 Mindestlohn und Vertragsfreiheit

Zu der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG gehört das individuelle Recht, Verträge schließen und deren Inhalt grundsätzlich frei aushandeln zu dürfen. Dem Grundsatz nach soll die Vertragsfreiheit die Selbstbestimmung der Vertragsparteien realisieren. Ein gesetzlicher Mindestlohn würde dem freien „Aushandeln“ von Entgelten Grenzen setzen wie es schon durch zahlreiche gesetzliche Vorgaben geschehen ist.

Das Prinzip der Selbstbestimmung, von der das zivilrechtliche Modell der Vertragsfreiheit ausgeht, funktioniert im Arbeitsrecht nicht,²⁹² da aufgrund der strukturellen Ungleichgewichtslage zwischen den Arbeitsvertragsparteien keine gleichberechtigten Vertragsbedingungen entstehen können.²⁹³ Das BVerfG hat in mehreren Entscheidungen den Gesetzgeber zu korrigierenden Eingriffen aufgefordert. „Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht zwischen den Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Das ist bei Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise der Fall. In einer solchen Lage sind die objektiven Grundentscheidungen der Verfassung im Grundrechtsabschnitt und im Sozialstaatsgebot durch gesetzliche Vorschriften, die dem sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewicht entgegenwirken, zu verwirklichen.“²⁹⁴ Je höher die soziale Schutzkomponente eines Gesetzes um so mehr ist der Eingriff in die Vertragsfreiheit gerechtfertigt.²⁹⁵

Wenn im Übrigen schon der Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG legitimiert ist, sind Eingriffe in die individuelle Vertragsfreiheit noch eher zulässig, zumal individualrechtlichen Arbeitsbedingungen nicht die „Richtigkeitsgewähr“²⁹⁶ tariflicher Regelungen zukommt.²⁹⁷

²⁹⁰ BGBl. I, S. 3843.

²⁹¹ Vgl. Bieback, RdA 2000, S. 207, 211.

²⁹² Däubler, Arbeitsrecht 2, 11. Aufl., Rn. 116.

²⁹³ Zur Privatautonomie im Arbeitsrecht vgl. Ramm, JZ 1991, S. 1, 11 f.; Söllner, RdA 1989, S. 144, 146 f.

²⁹⁴ BVerfG 28.1.1992, BVerfGE 85, 191.

²⁹⁵ Vgl. dazu Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 251 m.w.N.

²⁹⁶ BAG 10.3.1982, AP Nr. 47 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

4.10.3 Mindestlohn und Berufsfreiheit

Die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch einen Mindestlohn könnte für den Arbeitgeber einen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG bedeuten. Ein gesetzlicher Mindestlohn hindert ihn daran, Entgelte unterhalb der gesetzlichen Untergrenze zu vereinbaren.

Die unternehmerische Betätigungsfreiheit im Bereich des Arbeitsrechts hatte das BVerfG beispielsweise im Hinblick auf die Zuschusspflicht des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld (§ 14 MuSchG)²⁹⁸, der Pflichtplatzquote des Schwerbehindertengesetzes²⁹⁹ oder des Verbotes der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe³⁰⁰ zu beurteilen. Das BVerfG hat dem Gesetzgeber ein relativ hohes Maß an Gestaltungsfreiheit bei der Festlegung der von ihm verfolgten arbeits- und sozialpolitischen Zielen zugestanden.³⁰¹ Gerade im Hinblick auf das ungleiche Machtverhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern hält das BVerfG eine Korrektur des „freien Spiels der Kräfte“ ausdrücklich für zulässig.³⁰² In diesem Sinne schafft auch ein Mindestlohn einen Ausgleich für die wirtschaftliche Überlegungen des Arbeitgebers. Das BVerfG hat Maßnahmen, die die Vertragsdisparität stören, nicht nur für berechtigt gehalten, sondern fordert ein Tätigwerden des Gesetzgebers, wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt. Solche Schranken der Vertragsfreiheit seien unentbehrlich, „weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung“³⁰³. Nach diesem Verständnis ist ein gesetzlicher Mindestlohn geeignet, die gestörte Vertragsparität zu korrigieren und die gesetzgeberische Schutzpflicht umzusetzen.³⁰⁴

²⁹⁷ Bieback, RdA 2000, S. 207, 211.

²⁹⁸ BVerfG 23.4.1974, BVerfGE 37, 121, 131.

²⁹⁹ BVerfG 26.5.1981, BVerfGE 57, 139, 158 ff.

³⁰⁰ BVerfG 6.10.1987, BVerfGE 77, 84.

³⁰¹ BVerfG 15.12.1987, BVerfGE 77, 308, 332.

³⁰² BVerfG 22.5.1979, BVerfGE 51, 193, 208.

³⁰³ BVerfG 7.5.1990, BVerfGE 81, 242, 254 f.

³⁰⁴ Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 257; vgl. auch Bieback, RdA 2000, S. 207, 209 f.

5 Richterrechtliche Entgeltkorrekturen (Dr. Gabriele Peter)

5.1 Einführung

Die Entgelthöhe entscheidet für Millionen abhängig Beschäftigter und ihrer Familien über ihre Teilhabe an der gesellschaftlichen Wohlstandsentwicklung. Im Bereich von Niedrigeinkommen geht es dabei um die Verhinderung akuter Not oder dauerhafter Armut. Das Arbeitsrecht ist ein wichtiges Instrument staatlicher Politik, um die Entwicklung der Entgeltansprüche direkt oder indirekt zu steuern. Konflikte um Entgeltansprüche haben einen besonderen Stellenwert. Die Höhe des Entgelts ist für die Austauschgerechtigkeit *die* zentrale Frage. Daher verwundert es nicht, dass hinter Kündigungsschutzsachen Konflikte um Entgeltansprüche bei den Arbeitsgerichten an zweiter Stelle stehen. Entgeltsicherheit und Entgeltgerechtigkeit zu schaffen, ist eine Herausforderung, die sich der Gesetzgeber durch Nicht-Festsetzung einer unteren Entgeltgrenze entzogen hat. Im Gegensatz zu vielen anderen EU-Mitgliedsstaaten gibt es in der Bundesrepublik keine Mindestlohngesetzgebung mit der Konsequenz, dass der Arbeitgeber an keinen Entgeltstandard gebunden wird.³⁰⁵

Die Festsetzung materieller Arbeitsbedingungen wird weitestgehend den Tarifvertragsparteien im Rahmen ihrer Regelungskompetenz nach Art. 9 Abs. 3 GG überlassen. Mitunter werden die Tarifentgelte zwar als „Mindestentgelte“ bezeichnet, da sie jedenfalls für jedes, unter einen Tarifvertrag fallendes Arbeitsverhältnis ein unteres Entgeltniveau bilden. Einen gesetzlichen Mindestlohn vermögen sie nicht zu ersetzen, da sie in tariffreien Erwerbsbereichen, in denen sich das Niedriglohnproblem besonders krass darstellt, keine zwingende Wirkung erlangen, solange sie nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden. Die Allgemeinverbindlicherklärung von Entgelttarifverträgen bleibt die absolute Ausnahme. Die empirische Reichweite tarifvertraglicher Regulierung ist begrenzt.³⁰⁶ Solange die schwächere Verhandlungsmacht von Arbeitnehmern durch das Tarifsysteem ausgeglichen wird, mag der Tarifautonomie auch

³⁰⁵ Peter/Peter, Vertraglicher Entgeltanspruch, in: Weiss/Gagel, Handbuch des Arbeits- und Sozialrechts, 1997, § 15 A Rn. 1 f.

³⁰⁶ Nach Streeck unterliegen mit abnehmender Tendenz weniger als 30 % der Arbeitsverhältnisse der unmittelbaren und zwingenden Wirkung eines Tarifvertrages, GMH 1996, S. 87. Zu berücksichtigen ist Wirkung von Tarifverträgen kraft einzelvertraglicher Inbezugnahme. Vgl. auch die aktuellen Zahlenangaben bei Lakies, in: Däubler, TVG, Mindestlohn II. Rn. 19 ff.

unbedenklich Vorrang in der Entgeltfestsetzung zustehen. Wenn aber das System Lücken aufweist und brüchiger wird,³⁰⁷ ist die Zurückhaltung des Gesetzgebers weniger angezeigt.

Wird die Entgelthöhe in einem Arbeitsverhältnis nicht tarifvertraglich geregelt, darf jede Entgelthöhe vereinbart werden. Für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten die Regeln des allgemeinen Vertragsrechts. Sie unterliegen dem zivilrechtlichen Selbstbestimmungsmodell der Vertragsfreiheit.³⁰⁸ Im arbeitsrechtlichen Kontext führt die Vertragsfreiheit faktisch zur einseitigen Bestimmung der Vertragsbedingungen durch den Arbeitgeber. Solange Gesetzgebung und Administration keine unterste Entgeltgrenze festsetzen, müssen Arbeitnehmer den Weg zu den Gerichten wagen, um eine Überprüfung und ggfs. Korrektur der Entgeltvereinbarung zu erreichen. Die Grundlage bereiten die zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242, 315 BGB. Nach der Schuldrechtsreform 2001 bietet § 307 BGB n.F. weitere Ansatzpunkte für eine Inhaltskontrolle von Formulararbeitsverträgen im Rahmen der AGB-Kontrolle.

Die mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit verbundene „soziale Harmonie“ gerät insbesondere bei der Vereinbarung von Arbeitsbedingungen ins Wanken. Die Vertragsfreiheit ist kein unumstößliches Dogma. Das BVerfG hat in mehreren Entscheidungen eine Inhaltskontrolle von Verträgen gefordert, bei denen das Kräftegleichgewicht zwischen den Vertragsparteien offensichtliche Disparitäten aufweist. „Selbst wenn der Gesetzgeber davon absieht, zwingendes Vertragsrecht für bestimmte Lebensbereiche oder für spezielle Vertragsformen zu schaffen, bedeutet das keineswegs, dass die Vertragspraxis dem freien Spiel der Kräfte ausgesetzt wäre.“³⁰⁹ Ungleiche Verhandlungsstärke können von den Gerichten im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln korrigiert werden.³¹⁰

Nach der veröffentlichten Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte zu urteilen, werden die Gerichte relativ selten zur Überprüfung von Entgeltvereinbarungen bemüht. Rechtssicherheit darüber, bis zu welcher Höhe eine Entgeltvereinbarung noch zulässig ist und ab welcher Höhe sie rechtswidrig wird, besteht bis heute nicht.

³⁰⁷ Vgl. dazu Peter, Abschied vom Konsens – Mangelnde Tariftreue und Erosion der Arbeitgeberverbände, in: FS Däubler, S. 479 ff.

³⁰⁸ Peter/Peter, Vertraglicher Entgeltanspruch, in: Weiss/Gagel, Handbuch des Arbeits- und Sozialrechts, 1997, § 15 A Rn. 178.

³⁰⁹ BVerfG 7.2.1990, BVerfGE 81, 242, 254.

³¹⁰ BVerfG 7.2.1990, BVerfGE 81, 242, 254 f.; BVerfG 19.10.1993, BVerfGE 89, 214, 232.

5.2 Das Verbot sittenwidriger Löhne

Für die gerichtliche Überprüfung einer Entgelthöhe kommt eine Inhaltskontrolle nach § 138 BGB in Betracht. In § 138 Abs. 1 BGB heißt es, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Wann ein Geschäft gegen die guten Sitten verstößt, lässt das Gesetz offen. Typischerweise enthält der Gesetzeswortlaut der Generalklausel keine klare Definition. § 138 Abs. 2 BGB verbietet als besonderen Fall der Sittenwidrigkeit das wucherische Rechtsgeschäft. Diese Formeln sind im Arbeitsrecht genauso anzuwenden wie im allgemeinen Zivilrecht.³¹¹ Wann die Grenze der Sittenwidrigkeit erreicht ist, bestimmen die Gerichte je nach Einzelfall.

Die Rechtsprechung prüft die Sittenwidrigkeit seit jeher am Maßstab des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden“.³¹² Ein Sittenwidrigkeitsverstoß ist anhand des Gesamtcharakters des Rechtsgeschäfts nach Inhalt, Beweggrund oder Zweck festzustellen (§ 138 Abs. 1 BGB).³¹³ Nach § 138 Abs. 2 BGB ist von „Lohnwucher“ die Rede, wenn eine Entgeltvereinbarung unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, dem Mangel an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche des Beschäftigten zustande gekommen ist und wenn diese ein krasses Missverhältnis zwischen dem Wert der Arbeitsleistung und der Vergütung aufweist.³¹⁴ Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann nicht nur unter den Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB sittenwidrig sein, sondern auch nach § 138 Abs. 1 BGB, wenn zu der Äquivalenzstörung besondere Umstände hinzutreten, die den Vertrag unter Berücksichtigung aller subjektiven und objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lassen.³¹⁵ Das BAG hat als zusätzliches Sittenwidrigkeitsmerkmal eine „verwerfliche Gesinnung des Arbeitgebers“ verlangt.³¹⁶ Die Sittenwidrigkeit begründende Umstände liegen vor allem vor, wenn das objektiv wucherische Geschäft dadurch zustande gekommen ist, dass der wirtschaftlich und intellektuell Überlegene die schwächere Lage des anderen Teils bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt hat oder der objektiv sittenwidrig Han-

³¹¹ Vgl. MünchArbR-Richardi, 2. Aufl., Bd. 2, § 14 Rn. 61.

³¹² BGH 9.7.1953, BGHZ 10, 228, 232; BGH 29.9.1977, BGHZ 69, 295, 297.

³¹³ Vgl. BGH 9.7.1953, BGHZ 10, 228, 232.

³¹⁴ Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 62. Aufl., § 138 Rn. 69 ff.

³¹⁵ BGH 19.1.2001, BGHZ 146, 298; vgl. auch MünchArbR-Richardi, 2. Aufl., Bd. 2, § 14 Rn. 63 sowie MünchArbR-Hanau, § 63 Rn. 4.

³¹⁶ BAG 10.9.1959 AP Nr. 1 zu § 138 BGB; BAG 11.1.1973, AP Nr. 30 zu § 138 BGB.

delnde sich böswillig oder leichtfertig der Erkenntnis verschließt, dass sich der andere Teil nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den ungünstigen Vertrag einlässt.³¹⁷

5.2.1 Bezugsgrößen-Problematik

Das BAG hat bisher keinen eindeutigen Prüfungsmaßstab entwickelt, anhand dessen sittenwidrige Entgeltabreden zu beurteilen sind.³¹⁸

- a) Das BAG hat stets abgelehnt, das Tarifentgelt der entsprechenden Branche als Vergleichsmaßstab heranzuziehen.³¹⁹ Die Sittenwidrigkeitsgrenze ist auch nie verallgemeinerbar beziffert worden, so dass es für die Zulässigkeit einer Entgelthöhe eine Einzelfallbetrachtung angestellt werden muss.³²⁰
- b) Das BAG hat auf das allgemeine Lohnniveau in dem betreffenden Wirtschaftsgebiet abgestellt und wertet dies als Ausdruck des Rechtsgefühls aller gerecht und billig Denkenden.³²¹ Eine sich nicht durch besonders erschwerte Arbeitsbedingungen auszeichnende Arbeitsleistung ist nach seiner Auffassung in einem von der Rechtsordnung gebilligten Maße entlohnt, wenn auch andere Arbeiten ähnlichen Zuschnitts wie Hilfsarbeiten in der Industrie nicht oder doch nur unwesentlich höher entlohnt werden.³²² Dies bedeutet, dass ein Niedriglohn stets durch die Existenz eines üblichen Niedriglohnniveaus gerechtfertigt ist.³²³
- c) Das Fehlen eines objektiven Maßstabs wirft nicht nur für die konkrete Durchführung der Sittenwidrigkeitsprüfung Probleme auf, sondern führt zu bizarren Ergebnissen: So ist für das BAG selbst das Unterschreiten des verbleibenden Nettoentgelts unter dem maßgeblichen Sozialhilfesatz kein Indiz für Sittenwidrigkeit, soweit nur einfache Tätigkeiten mit

³¹⁷ BAG 11.9.1984, AP Nr. 37 zu § 138 BGB; BAG 30.7.1985, AP Nr. 39 zu § 138 BGB.

³¹⁸ Vgl. dazu Peter, ArbuR 1999, S. 289, 290 ff.

³¹⁹ Vgl. BAG 11.1.1973, AP Nr. 30 zu § 138 BGB; BAG 10.10.1990, AP Nr. 47 zu § 138 BGB; BAG 23.5.2001, ArbuR 2001, S. 509.

³²⁰ Peter/Peter, Vertraglicher Entgeltanspruch, § 15 A Rn. 183.

³²¹ BAG 11.1.1973, AP Nr. 30 zu § 138 BGB; kritisch zu dieser Entscheidung Kreutz, SAE 1974, 36; vgl. zuletzt auch BAG 23.5.2001, ArbuR 2001, S. 509 m. Anm. Peter.

³²² BAG 11.1.1973 AP Nr. 30 zu § 138 BGB.

³²³ Peter, ArbuR 1999, S. 289, 290.

geringem Schwierigkeitsgrad und ohne hohe geistige Beanspruchung verrichtet werden.³²⁴ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Damit wird gerechtfertigt, dass Arbeitnehmer mit Niedriglöhnen, die ihren Lebensunterhalt mit eigener Arbeit verdienen wollen, statt auf staatliche Unterstützungsleistungen angewiesen sein zu müssen, vom soziokulturelle Existenzminimum ausgeschlossen werden. Wenn nicht diese Extremsituation, welche dann soll die Ausbeutung der Zwangslage deutlicher dokumentieren.³²⁵

Von einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann sehr wohl ausgegangen werden, wenn das sozialetisch und rechtlich in § 22 Abs. 3 BSHG gebotene Abstandsgebot zwischen Lohn und Sozialhilfe ignoriert wird. Das Entgelt hat in erster Linie eine existenzsichernde Funktion. Zugleich soll es die soziale Würde und die ökonomische Funktion von Arbeit sichern.³²⁶ Die Sozialhilfe ist das letzte Netz im System sozialer Sicherung, das bei fehlendem Einkommen einen notwendigen Lebensunterhalt für diejenigen bietet, die diesen nicht aus eigenen Kräften und Mitteln beschaffen können.³²⁷ In dem Abstandsgebot liegt eine Wertentscheidung des Gesetzgebers, dass Erwerbseinkommen oberhalb der Sozialhilfe liegen müssen. Von Instanzgerichten wird die Berücksichtigung dieses Aspekts im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung gefordert.³²⁸ Bei Niedriglöhnen, die sich für eine Vollzeittätigkeit nicht deutlich von dem Niveau der Sozialhilfe für einen allein Stehenden abheben, ist von einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung auszugehen.³²⁹

Der durchschnittliche Bedarf im Rahmen der Hilfe zum Lebensunterhalt betrug im Jahr 2000 für eine allein lebende Person in den alten Bundesländern 614,57 € und 544,53 € in den neuen Bundesländern (einschließlich Kaltmiete, Heizkosten und einmalige Leistungen).³³⁰ Unter

³²⁴ BAG 22.3.1989 – 5 AZR 151/88 - Juris. In dem Fall war zu entscheiden, ob ein Stundenlohn von 8,05 DM gegenüber dem 26 % höheren vergleichbaren Tariflohn sittenwidrig ist. Die Klägerin erhielt einen Bruttomonatslohn von 1.381,50 DM. Ihr Nettoverdienst betrug 966 DM, womit sie unterhalb der maßgebliche Sozialhilfesatz von 1.314 DM unterschritten wurde.

³²⁵ Vgl. ArbG Bremen 30.8.2000, ArbuR 2001, 231.

³²⁶ ArbG Bremen 30.8.2000, ArbuR 2001, 231.

³²⁷ Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 208 f.

³²⁸ So ausdrücklich ArbG Bremen 30.8.2000, ArbuR 2001, 231.

³²⁹ ArbG Bremen 30.8.2000, ArbuR 2001, 231, das von einer notwendigen Überschreitung des Sozialhilfeniveaus von mindestens 20 % ausgeht.

³³⁰ Zahlenangaben nach Lakies, in: Däubler (Hrsg.), TVG, Anh. § 5 (Mindestlohn) Rn. 48.

Berücksichtigung des Abstandsgebots würden (Netto-)Niedriglöhne, die diese Grenzwerte berühren, bzw. Bruttoentgelte um 800,00 € unter das Sittenwidrigkeitsverdict fallen.

5.2.2 Indikatoren sittenwidriger Entgeltabreden

Ohne verbindlichen Prüfungsmaßstab hat die Spruchpraxis der Arbeitsgerichtsbarkeit eine „bunte Mischung“ sittenwidriger Entgeltgrenzen produziert. Die insgesamt geringe Anzahl veröffentlichter Entscheidungen, die die Überprüfung von Lohnvereinbarungen anhand der zivilrechtlichen Generalklauseln zum Gegenstand haben, zeigt, dass nur wenige Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen eine gerichtliche Überprüfung wagen. Für die Betroffenen sind die Erfolgsaussichten einer Klage angesichts des fehlenden Vergleichsmaßstabs kaum kalkulierbar. Anhand der Rechtsprechungsauswertung ist zu konstatieren, dass das BAG – ohne seine Feststellungen jemals im Vergleich zum Tarifentgelt vorgenommen zu haben - noch nie eine Entgelthöhe für sittenwidrig erklärt hat, die eine Abweichung von mindestens 30 % vom entsprechenden Tarifentgelt darstellt.³³¹ Die Sittenwidrigkeit bejahte das BAG bei einer Entgeltvereinbarung, die 80 % unter dem Niveau vergleichbarer Tätigkeiten lag.³³²

Auffällig ist, dass sich die Instanzgerichte eher auf feste Entscheidungskriterien stützen: Das LAG Düsseldorf erachtete einen Lohn für sittenwidrig, der 40 % unterhalb des Tariflohns lag.³³³ Bei dieser Größenordnung gelangte auch das ArbG Bremen zu einem Sittenwidrigkeitsurteil, wobei es im Übrigen – abweichend vom BAG³³⁴ – den Vergleich zum Regelsatz der Sozialhilfe nicht verwirft, sondern das Unterschreiten des Sozialhilfesatzes als Ausbeutung der Zwangslage arbeitswilliger Arbeitnehmer betrachtet.³³⁵ Das ArbG Reutlingen erklärte eine Entgeltabrede von 43 % des Tarifentgelts für sittenwidrig.³³⁶ Das ArbG Wesel wertete die Vereinbarung eines Lohns, der deutlich unter der Hälfte der tariflichen Vergütung liegt, als Verstoß gegen die guten Sitten.³³⁷ Bei Unterschreitung des Tariflohns um 58 % stellte das

³³¹ Vgl. BAG 11.1.1973, AP Nr. 30 zu § 138 BGB; BAG 4.2.1981, AP Nr. 45 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG 22.3.1989 – 5 AZR 151/88 – Juris.

³³² BAG 4.2.1981 – 5 AZR 1008/78 – Juris.

³³³ LAG Düsseldorf 23.8.1977, DB 1978, 165 (rechtskräftig).

³³⁴ BAG 22.3.1989 - 5 AZR 151/88 - Juris.

³³⁵ ArbG Bremen 30.8.2000, ArbuR 2001, 231.

³³⁶ ArbG Reutlingen 16.1.1996, AiB 1996, 499.

³³⁷ ArbG Wesel 3.5.1995, ArbuR 1995, 475.

LAG Berlin ein auffälliges Missverhältnis zur geschuldeten Arbeitsleistung fest.³³⁸ Demgegenüber sah das ArbG Hagen in der Unterschreitung des Lohnes der niedrigsten Tarifgruppe eines vergleichbaren Tarifvertrages um weniger als 30 % noch kein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung.³³⁹ Das ArbG Ludwigshafen geht wiederum von Lohnwucher aus, wenn der Marktlohn um 36 % unterschritten wird.³⁴⁰

Das LAG Bremen legte bei der Überprüfung der Lohnvereinbarung einer Datentypistin den vom Statistischen Landesamt ermittelten durchschnittlichen Bruttomonatsverdienst für kaufmännische Angestellte³⁴¹ zugrunde. Grundsätzlich hätte das Gericht auch den Tariflohn als Vergleichsmaßstab akzeptiert. Dies scheiterte in dem Fall am Fehlen eines vergleichbaren Tariflohns, so dass das LAG die berufsübliche Vergütung als Bezugswert heranzog. Auf diesem Weg wurde eine Unterschreitung des Vergleichsentgelts um 66 % festgestellt. In der krassen unterwertigen Vergütung erkannte das Gericht auch die verwerfliche Gesinnung des Arbeitgebers und damit einen Verstoß gegen die guten Sitten.³⁴² Ähnlich ist das LAG Hessen vorgegangen, das bei einer Abweichung von 67,5 % der für eine Berufsgruppe durchschnittlichen Vergütung auf Sittenwidrigkeit erkannte.³⁴³ Von Lohnwucher i.S.d. § 138 Abs. 2 BGB geht das ArbG Herne aus, wenn eine Entgeltvereinbarung um mehr als 40 % von dem allgemeinen Entgeltniveau privater Pflegeanbieter abweicht. Der Abschluss solcher Entgeltabreden könne nur unter Ausnutzung einer Zwangslage zustande kommen, wenn insbesondere gering qualifizierte Arbeitsuchende angesichts der hohen Arbeitslosenquote über keine Arbeitsmarktalternativen verfügen.³⁴⁴

Die Auswertung der Rechtsprechung am Maßstab der branchentypischen Vergütung in Kombination mit einem bestimmten Grad an Abweichung nach unten fördert keinen eindeutigen Indikator zu Tage. Vielmehr stellt sich für die Identifizierung sittenwidriger Entgeltvereinbarungen eine weite Spanne von 30 – 70 % Abweichung gegenüber der branchenüblichen Vergütung heraus. Auf einen einheitlichen Bezugswert lässt sich nicht schließen.

³³⁸ LAG Berlin 20.2.1998, ArbuR 1998, (Heft 10).

³³⁹ ArbG Hagen 24.6.1987, NZA 1987, 610.

³⁴⁰ ArbG Ludwigshafen 8.7.1996 – 3 Ca 278/96 – (n.v.), zitiert nach Tschöpe, DB 2002, S. 1830, 1831.

³⁴¹ In diesem Fall für einfache, schematische oder mechanische Tätigkeit, die keine Berufsausbildung erfordert.

³⁴² LAG Bremen 3.12.1992, AiB 1993, 834.

³⁴³ LAG Hessen 28.10.1999, NZA-RR 2000, S. 521.

Die bisherige Weigerung des BAG, den Tariflohn als Vergleichsmaßstab heranzuziehen, hat paradoxe Züge: Der Verstoß gegen die guten Sitten führt zur Nichtigkeit der Entgeltvereinbarung und wird mit der Festlegung des Entgeltanspruchs auf die übliche Vergütung gem. § 612 Abs. 2 BGB sanktioniert, so dass im Regelfall das Tarifentgelt bzw. das branchenübliche Entgelt dasjenige ist, das die rechtswidrige Entgeltvereinbarung zu ersetzen hat.³⁴⁵

Gemessen an der veröffentlichten Rechtsprechung scheint sich bei den unteren Instanzen der Tariflohn als Vergleichsmaßstab durchzusetzen. Fehlt es an einem Tariflohn als Vergleichswert orientieren sich die Gerichte an dem für die Tätigkeit üblichen oder durchschnittlichen Entgeltniveau. Unklar bleibt bei dieser Betrachtungsweise, welcher Prozentsatz untertariflicher Bezahlung einen Verstoß gegen das Sittenwidrigkeitsverbot indiziert. Interessanterweise lässt das BAG hinsichtlich einzelvertraglich vereinbarter Ausbildungsvergütungen den Vergleich zur tariflichen Ausbildungsvergütung zu. Nach seiner ständigen Rechtsprechung sind Ausbildungsvergütungen im Sinne von § 10 Abs. 1 BBiG unangemessen niedrig, wenn sie die tarifliche Ausbildungsvergütung um mehr als 20 % unterschreiten.³⁴⁶ Ausbildungsvergütungen genießen damit einen höheren Schutz, da schon die Unangemessenheit eine Anhebung der Vergütung ermöglicht. Ausbildungsvergütungen dürfen maximal 20 % vom vergleichbaren Tarifentgelt abweichen, anderenfalls ist die Ausbildungsvergütung unzulässig, allerdings nicht wegen Sittenwidrigkeit. § 10 Abs. 1 BBiG stellt vielmehr ein Gebot der Angemessenheit einer Vergütung dar und liegt damit oberhalb der Sittenwidrigkeitsgrenze.³⁴⁷ Bemerkenswert ist, das BAG für Ausbildungsvergütungen einen eindeutigen Faktor zur Identifizierung einer unzulässigen Vereinbarung gefunden hat, den es in anderem Zusammenhang ablehnt.

In anderen Feldern des Zivilrechts – wie dem Kreditrecht – hat die Rechtsprechung konkrete Grenzwerte für die Sittenwidrigkeitsprüfung entwickelt. Nach Rechtsprechung des BGH gilt die Unterschreitung des Marktinzins ab einem bestimmten Prozentsatz als sittenwidrig.³⁴⁸ Ein klares dogmatisches Konzept ließe sich ebenfalls für die Überprüfung einer Entgeltabrede

³⁴⁴ ArbG Herne 5.8.1998, PersR 2000, S. 87.

³⁴⁵ BAG 10.3.1960, 1.4.1976, AP Nrn. 2, 34 zu § 138 BGB; vgl. zu den Rechtsfolgen Peter/Peter, Der vertragliche Entgeltanspruch, § 15 A Rn. 187.

³⁴⁶ BAG 10.4.1991, AP Nr. 3 zu § 10 BBiG; BAG 30.9.1998, AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge: Betonindustrie.

³⁴⁷ Vgl. ArbG Göttingen 8.12.1960, DB 1961, 882.

³⁴⁸ BGH 5.4.1984, BGHZ 91, 55; BGH 10.7.1986, BGHZ 98, 174; BGH 13.7.1989, NJW-RR 1989, 1068 ff.

finden, wobei allerdings die Eingriffsschwellen im Arbeitsrecht niedriger liegen müssten.³⁴⁹ Der Tariflohn als Orientierungsgröße für den Marktwert einer Arbeitsleistung wäre hierzu geeignet. Dennoch bleibt für Arbeitnehmer mit einem Niedriglohn das Problem, dass bei Verwendung des Vergleichsmaßstabs „Tariflohn“ eine nennenswerte Verbesserung des Einkommens nur unter der Bedingungen gelingen kann, dass das Branchenentgelt von einem Niedriglohnniveau abhebt. Sobald die Entgelthöhe für Tätigkeiten in typischen Niedriglohnbranchen einer Sittenwidrigkeitsprüfung unterzogen wird, wäre der Niedriglohn mit dem anderen (tariflichen oder branchentypischen) Niedriglohn zu vergleichen. Eine Anhebung des Entgelts lässt sich unter diesen Vorzeichen nicht durchsetzen. Somit würde eine Entgeltklage bei strukturell bedingten Niedriglohnzahlungen, die in einer Branche üblich sind, zu keiner gerichtlichen Korrektur führen.

Die Rechtsprechung der Instanzgerichte zielt in die Richtung, die der BGH bei der Überprüfung der Ratenkredite gegangen ist. Der Vergleich mit dem Tariflohn bietet eine Möglichkeit, die zivilrechtlichen Generalklauseln für das Austauschverhältnis im Arbeitsrecht auszulegen. Es besteht das Bedürfnis und die Notwendigkeit, sich auf eine allgemein akzeptierte Untergrenze stützen zu können. Auch im Hinblick auf Handelsvertreterprovisionen wird angesichts der unklaren Rechtslage bei der Sittenwidrigkeitsprüfung der Vorschlag unterbreitet, eine Mindestvergütung durch Verordnung des Bundesjustizministeriums festzulegen.³⁵⁰

5.3 Strafbare Lohnwucher

Gegen einen eindeutigen Maßstab für sittenwidrige bzw. wucherische Lohnvereinbarungen sperrt sich bislang das oberste Arbeitsgericht. Anders verhält es sich mit der Strafgerichtsbarkeit. Der 1. Strafsenat des BGH bestätigt in einer Entscheidung vom 22.4.1997³⁵¹ die Verurteilung eines Arbeitgebers wegen Wuchers gem. § 291 Abs. 1 StGB (§ 302a StGB a.F.) und stellt fest, dass die Beschäftigung eines Arbeitnehmers zu unangemessen niedrigem Lohn den Straftatbestand des Wuchers erfüllen kann. Als Vergleichsmaßstab zog das Gericht die entsprechende tarifliche Vergütung heran. Im konkreten Fall beschäftigte der Arbeitgeber im Jahr 1993 tschechische Grenzgänger als Maurer zu einem Bruttolohn von damals 12,70 DM.

³⁴⁹ Vgl. Fastrich, RdA 1997, S. 65, 74.

³⁵⁰ So Evers, BB 1992, 1373.

³⁵¹ BGH 22.4.1997, ArbuR 1997, 453.

Der maßgebliche Tariflohn betrug 19,05 DM. Der Arbeitgeber zahlte den übrigen Maurern für die gleiche Arbeit einen Stundenlohn von 21,00 DM.

Der BGH kam zu dem Ergebnis, dass der Straftatbestand des § 291 StGB (§ 302a StGB a.F.) Austauschverhältnisse jeglicher Art und damit auch Arbeitsverhältnisse erfasst, sofern die Leistung des Opfers für den Täter einen Vermögensvorteil darstellt. Das setzt – ähnlich wie im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung - ein auffälliges Missverhältnis zwischen sämtlichen Vermögensvorteilen und sämtlichen Gegenleistungen voraus. Entscheidend für die Strafbarkeit war die Relation zwischen gezahltem Entgelt und dem entsprechenden Tarifentgelt und damit der Wert der Arbeit aus Sicht des Arbeitgebers. Die Abweichung vom Tariflohn um ein Drittel bewertete der BGH als Wucher.³⁵²

Die Entscheidung des BGH bringt den Arbeitsgerichten zwei Orientierungswerte: Zum einen wird der Tariflohn als Vergleichsmaßstab legitimiert. Zum anderen stellt die Abweichung von ein Drittel unterhalb des Tarifentgelts ein Indiz für Sittenwidrigkeit dar.³⁵³ Dennoch kann das Sittenwidrigkeitsverdikt nicht als Ansatz begriffen werden, strukturell bedingte Niedriglöhne zu korrigieren. Sobald eine Niedriglohnhöhe einer gerichtlichen Prüfung auf Grundlage des § 138 BGB unterzogen wird, für die als Vergleichsmaßstab eine tarifliche oder eine branchen- oder berufstypische Niedriglohnzahlung heranzuziehen ist, kann im Ergebnis keine Sittenwidrigkeit festgestellt werden. Dieser Ansatzpunkt dreht sich im Kreis: Die Üblichkeit von Niedriglöhnen legitimiert vergleichbare Niedriglöhne. Ein niedriges Entgeltniveau in einer Branche oder für eine bestimmte Berufsgruppe bzw. Beschäftigungsart bildet die Norm und nicht etwa die sittenwidrige Abweichung von der Norm. Somit reduziert sich der Rechtsschutz auf Grundlage des § 138 BGB auf extreme Ausreißer nach unten. Sollte im Einzelfall dennoch der Nachweis einer sittenwidrigen Entgeltvereinbarung gelingen, würde eine Anhebung höchstens bis zum üblichen Niedriglohn erfolgen können. Absolute „Hungerlöhne“ lassen sich somit auf ein Niedriglohniveau anheben, ohne dass damit ausgesagt wird, ob die Entgelthöhe hoch genug ist, eine angemessene Existenzgrundlage zu bieten.³⁵⁴

³⁵² Dieses Herangehen hat dem BGH Kritik eingebracht. Vgl. Reinicke, ArbuR 1997, 456, der die Auffassung vertritt, die Kaufkraft des Lohns in Tschechien solle in Relation zur Kaufkraft des Tariflohns für die Deutschland wohnenden Arbeitnehmer eine Rolle spielen. Ähnlich Nägele, BB 1997, 2162.

³⁵³ Dem folgend LAG Berlin 20.2.1998, NZA-RR 1998, 392; vgl. auch Peter, ArbuR 1999, S. 289, 293; vgl. auch Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Reinbek 1998, S. 461; Lakies, in: Däubler (Hrsg.), TVG, Anh. § 5 Mindestlohn Rn. 38.

³⁵⁴ Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 116.

5.4 Entgeltkorrektur durch Billigkeitskontrolle

Bei Niedriglöhnen stellt sich die Grundsatzfrage, ob sie eine angemessene Gegenleistung für eine Vollzeittätigkeit bilden. Die Korrektur von Niedriglohnvereinbarungen anhand des Sittenwidrigkeitsverbots reduziert sich in der Regel auf Entgelte, die nach unten „ausreißen“. Typische Äquivalenzstörungen, wie sie in Niedriglohnbereichen auftreten, lassen sich kaum mit dem „groben Geschütz des § 138 BGB“ lösen.³⁵⁵

Eine nachträgliche Korrektur einzelner Vertragsbestandteile ermöglicht die Billigkeitskontrolle am Maßstab der §§ 242, 315 BGB.³⁵⁶ Hierbei geht es um die Überprüfung der „Angemessenheit“ eines Entgelts. Das Wucher- und Sittenwidrigkeitsverbot des § 138 BGB räumt der Privatautonomie einen denkbar weiten Spielraum ein und setzt nur äußerste Grenzen. Wesentlich enger ist dagegen der Maßstab der Angemessenheit. Unangemessenheit und Sittenwidrigkeit sind verschieden enge Maßstäbe. Die Unangemessenheit einer privatautonomen Regelung macht diese noch nicht sittenwidrig.³⁵⁷ Bei Überprüfung der Angemessenheit geht es um die Frage, ob das Arbeitsentgelt einen adäquaten Gegenwert für die Arbeitsleistung darstellt und zwar unabhängig von einem Vergleichswert. Diese Zuspitzung wird der Diskussion um Niedriglöhne eher gerecht, da zu klären ist, inwieweit in unserem Rechtssystem Arbeitsvertragsbedingungen akzeptiert werden, die Arbeitnehmern trotz vollzeitiger Beschäftigung keine angemessene Existenzgrundlage bieten.

5.4.1 Billigkeitskontrolle vor der Schuldrechtsreform 2002

Für den Bereich des Arbeitsrechts wird kontrovers diskutiert, ob einzelarbeitsvertragliche Vereinbarungen einer Inhaltskontrolle überhaupt zugänglich sind.³⁵⁸ Der Gesetzgeber hatte vor der am 1.1.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform³⁵⁹ das Arbeitsrecht in § 23 Abs. 1 AGBG ausdrücklich von der AGB-Kontrolle ausgenommen. Über eine Inhaltskontrolle außerhalb des AGB-Rechts war damit keine Aussage getroffen. Der Gesetzgeber hat eine Inhaltskontrolle durch die Bereichsausnahme nach § 23 Abs. 1 AGBG weder anordnen noch

³⁵⁵ Allgemeiner Preis, ArbuR 1994, S. 139, 144.

³⁵⁶ Zur Dogmatik vgl. Hildebrandt, Disparität und Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht, Göttingen 1987, 20 ff., vgl. auch Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 122 ff.

³⁵⁷ Fastrich, RdA 1997, S. 64, 70.

³⁵⁸ Schwarz, BB 1996, S. 1434; Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr. 15 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie; dafür: Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 237 ff.; MünchArbR-Richardi, Bd. I, § 14 Rn. 65, 68; Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht 1972, S. 244 ff.

³⁵⁹ BGBl I S. 3138.

verbieten wollen.³⁶⁰ Soweit ein Arbeitsverhältnis der Geltung eines Tarifvertrags unterliegt, kann in der Regel auch unterstellt werden, dass die dort gewährten Arbeitsbedingungen von gleichberechtigten Vertragspartnern ausgehandelt wurden. Das Recht zum Arbeitskampf sichert ein gewisses Maß an Verhandlungsgleichgewicht. Die Bereichsausnahme hat für einseitig vom Arbeitgeber aufgestellte Einheitsarbeitsbedingungen dagegen keine Plausibilität.³⁶¹ Die Billigkeitskontrolle hat ihre Berechtigung aufgrund des typischen Ablaufs der „Arbeitsvertragsverhandlungen“. Im Regelfall ist der Arbeitgeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Machtposition in der Lage, die Arbeitsbedingungen zu diktieren. Von gleichberechtigten Austauschbeziehungen kann nicht ausgegangen werden, zumal Arbeitgeber zunehmend standardisierte Massenverträge verwenden, die Allgemeine Arbeitsbedingungen beinhalten und für individuelle Abreden keinen Raum lassen. Ein Schutzerfordernis gegenüber unangemessenen Vertragsgestaltungen stellt sich im Arbeitsrecht generell und nicht nur bei vorformulierten Verträgen.³⁶²

Unbeschadet des Meinungsstreits über die Zulässigkeit von Inhaltskontrollen im Arbeitsrecht hat das BAG seit langem Billigkeitskontrollen vorgenommen. Es hat sie auch nicht auf Allgemeine Arbeitsbedingungen beschränkt, sondern sie auch auf Einzelverträge angewandt.³⁶³ Die Beschränkung der Vertragsgestaltungsfreiheit des Arbeitgebers wird teilweise mit der aus dem Grundsatz von Treu und Glauben des § 242 BGB hergeleiteten Fürsorgepflicht begründet.³⁶⁴ Teilweise wird sie auf § 315 BGB gestützt, wonach bei einseitiger Leistungsbestimmung durch eine Vertragspartei die Bestimmung nach billigem Ermessen vorzunehmen ist.

Das BAG hat sich für die Billigkeitskontrolle sowohl auf § 242 BGB als auch auf § 315 BGB bezogen.³⁶⁵ Die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB bei einseitiger Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber sollte dann möglich sein, wenn eine Leistung gar nicht vertraglich ge-

³⁶⁰ Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 241; Fastrich, RdA 1997, S. 64, 73.

³⁶¹ Vgl. MünchArbR-Richardi, § 14 Rn. 69 ff.

³⁶² So auch Fastrich, RdA 1997, S. 64, 74; Hildebrandt, Disparität und Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht, 1987, S. 99.

³⁶³ Z.B. BAG 6.9.1995, AP Nr. 23 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

³⁶⁴ Vgl. BAG 10.5.1962, AP Nr. 22 zu § 611 BGB Gratifikation; Hueck, Anm. zu BAG 2.12.1965, AP Nr. 27 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Wiesbaden 1966, S. 262; a.A. Hildebrandt, Disparität und Inhaltskontrolle, S. 21 f.

³⁶⁵ BAG 30.1.1970, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG 21.12.1970, AP Nr. 1 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle; BAG 22.12.1970, AP Nr. 2 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle; BAG 4.7.1992, AP Nr. 6 zu § 65 HGB.

regelt ist.³⁶⁶ Diese Einengung der Billigkeitskontrolle wurde von Teilen der Literatur nicht geteilt, weil arbeitsvertragliche Einheitsregelungen auch dann einer Kontrolle bedürfen, wenn sie zwar formell vertraglich vereinbart wurden, tatsächlich aber vom Arbeitgeber einseitig festgesetzt sind.³⁶⁷ Ungeklärt ist allerdings, inwieweit sich die Billigkeitskontrolle überhaupt auf Hauptleistungspflichten eines Vertrages beziehen darf.³⁶⁸

Unabhängig von der Anwendungsmöglichkeit, hat die gerichtliche Vertragskorrektur auch in materieller Hinsicht Grenzen, wie sich an der Entscheidung des LAG Berlin vom 2.5.1997 zeigt.³⁶⁹ Darin wurde die Lohnabrede auf Grundlage des § 315 BGB geprüft. In dem konkreten Fall ging das Gericht davon aus, dass keine Vergütung vereinbart wurde. Der Kläger erhielt im Jahr 1995 einen Stundenlohn von 6 DM und 9 DM. Das Gericht sprach ihm einen Stundenlohn von 10 DM zu mit der Begründung, dass der bisher gezahlte Bruttolohn unter Berücksichtigung des Lohnniveaus nicht mehr ein angemessenes Äquivalent für die Erbringung einer nicht ungefährlichen und nicht leichten Arbeitstätigkeit darstelle. Ein Bruttolohn von 6 DM liege weit unter den vergleichbaren Margen, so dass nicht mehr von „billigem Ermessen“ des Arbeitgebers bei der Festlegung der Lohnhöhe ausgegangen werden könne.

Die gerichtliche Kontrolle der Entgelthöhe hat immer dort ihre Grenze, wo eine als zu niedrig vermutete Entgelthöhe mit einem anderen niedrigerem Lohnniveau verglichen wird. Wenn für die fragliche Tätigkeit der Vergleichsmaßstab kein angemessenes Verdienstniveau garantiert, kann zwar eine leichte Anhebung erfolgen. Eine substantielle Verbesserung oberhalb des Niedriglohns gelingt auf diesem Weg nicht. Das gilt insbesondere für Niedriglöhne, die auf einen Tarifvertrag basieren. Das BAG geht davon aus, dass das Tarifsysteem die prozeduralen Voraussetzungen in sich trägt, gerechte und angemessene Lösungen zu schaffen. Das BAG spricht von einer Richtigkeitsgewähr für die tariflichen Regelungen, die die Vermutung für sich haben, dass sie den Interessen beider Seiten gerecht werden.³⁷⁰ Folglich werden Tariflohnvereinbarungen keiner materiellen Gerechtigkeitskontrolle unterzogen.³⁷¹

³⁶⁶ BAG 24.9.1980, AP Nr. 7 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer; BAG 2.4.1981 – 2 AZR 963/78.

³⁶⁷ MünchArbR-Hanau, § 60 V.2. Rn...; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Reinbek 1998, S. 134 f.; Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 125 f.; Hildebrandt, Disparität und Inhaltskontrolle, S. 23 m.w.N.

³⁶⁸ Vgl. dazu Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 126 f.

³⁶⁹ LAG Berlin 2.5.1997 – 10 Sa 23/97.

³⁷⁰ BAG 10.3.1982, AP Nr. 47 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

³⁷¹ Vgl. dazu Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 131 f.

5.4.2 AGB-Kontrolle nach der Schuldrechtsreform

Seit In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1.1.2002 erstrecken sich die Regelungen zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 bis 310 BGB n.F.) auch auf Arbeitsverträge, soweit es sich um Formulararbeitsverträge handelt. Da sich im allgemeinen Zivilrecht ein differenzierter Schutz vor standardisierten Vertragsbestimmungen entwickelt hatte, sollte mit Neuregelung des BGB das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht verbessert werden.³⁷² Von der AGB-Kontrolle ausgenommen sind nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB n.F. Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen.

Der AGB-Kontrolle unterliegen nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. Allgemeine Geschäftsbedingungen. Dies sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Insofern stehen Arbeitsbedingungen in Formulararbeitsverträgen auf dem Prüfstand bzw. vorformulierte Vertragsbedingungen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrages "stellt". Dabei kommt es nicht auf das äußere Erscheinungsbild eines schriftlichen Arbeitsvertrages an – also ob er wie ein Formular oder häufig verwendetes Muster aussieht -, sondern auf den Umstand des Zustandekommens. Einer AGB-Kontrolle sind demnach nur solche Vertragsbedingungen nicht zugänglich, die "im Einzelnen ausgehandelt" sind.³⁷³ Von „Aushandeln“ des Arbeitsvertrages oder einzelner Konditionen ist auszugehen, wenn der Arbeitgeber auf Wunsch des Arbeitnehmers in die Änderung einzelner Klauseln - insbesondere in die Vereinbarung einer höheren Vergütung - einwilligt.³⁷⁴ Der Arbeitnehmer muss eine so starke Verhandlungsposition inne haben, die es ihm ermöglicht, sich nicht dem Diktat des Arbeitgebers beugen zu müssen. Nur dann ist eine Inhaltskontrolle ausgeschlossen. In der Praxis sind solche Umstände am Ehesten anzutreffen, wenn Arbeitnehmer über eine spezielle oder stark nachgefragte Qualifikation verfügen. Für Tätigkeiten im Niedriglohnbereich gelten dagegen die üblichen Rahmenbedingungen, die es dem Arbeitgeber ermöglichen, die Vertragsbedingungen in der Weise zu formulieren, dass dem Arbeitnehmer nur noch die Wahl bleibt, in die angebotenen Vertragsbedingungen einzuwilligen oder einen anderen Arbeitsplatz suchen zu müssen. Das gilt auch für die Entgeltvereinbarung.

³⁷² BT-Drs. 14/6857, S. 54; vgl. auch Reinecke, DB 2002, S. 583.

³⁷³ Lakies, in: Däubler, TVG, Anh. § 5 (Mindestlohn), Rn. 53.

³⁷⁴ Vgl. Lakies, in: Däubler, TVG, Anh. § 5 (Mindestlohn), Rn. 54.

Es ist ferner umstritten, ob die Vertragsbedingungen von Arbeitnehmern überhaupt einer Inhaltskontrolle auf Basis des geänderten Gesetzes unterzogen werden können. Nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB n.F. (§ 24a AGBG a.F.) kommt die Inhaltskontrolle in Betracht „bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher („Verbraucherverträge“), wenn Allgemeine Geschäftsbedingungen vom Unternehmer "gestellt" gelten und soweit sie nicht durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden. Als „Verbraucher“ gilt gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Damit ist die unselbständige berufliche Tätigkeit bzw. der Arbeitnehmer erfasst,³⁷⁵ auch wenn dies zunächst befremdlich erscheinen mag.³⁷⁶ Teile der Literatur lehnen die Qualifizierung des Arbeitnehmers als „Verbraucher“ ab.³⁷⁷ Erst die nahe Zukunft wird zeigen, welcher Auffassung die Gerichte zuneigen.

Die AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge anzuwenden, lässt sich aus der Begrifflichkeit der Gesetzesänderungen herleiten. § 14 Abs. 1 BGB definiert den Begriff des „Unternehmers“, der auch den Arbeitgeber erfasst. Hierunter fallen Personen, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handeln. Der Personenbegriff wiederum umfasst jede natürliche oder juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften.³⁷⁸ Entgeltabreden sind gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F. unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders (hier: des Arbeitgebers) entgegen den Geboten von Treu und Glauben "unangemessen" benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB n.F.). Ferner ist gem. § 307 Abs. 2 BGB n.F. eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Nr. 1) oder wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Nr. 2).

³⁷⁵ So Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1333 f.; Gotthardt, ZIP 2002, S. 277, 278 f.; Lindemann, ArbuR 2002, S. 81, 84; Reinecke, DB 2002, S. 583, 586 f.; Boemke, BB 2002, S. 96, 97; Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, S. 173, 178; Bülow/Artz, NJW 2000, 2049, 2050.

³⁷⁶ Ähnlich Reinecke, DB 2002, S. 583, 586.

³⁷⁷ Lingemann, NZA 2002, S. 181, 184; Bauer/Kock, DB 2002, S. 42, 43 f.; Löwisch, NZA 2001, S. 465, 466; Joussen, NZA 2001, S. 745, 749; Eckert/Wallenstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, München 2002, S. 65.

³⁷⁸ Lakies, in: Däubler, TVG, Anh. § 5 („Mindestlohn“), Rn. 56.

Die AGB-Kontrolle gem. § 307 Abs. 3 BGB zielt darauf, eine unangemessene Abweichung von Rechtsvorschriften zu überprüfen.³⁷⁹ Da bis auf einzelne Ausnahmen³⁸⁰ Entgelte nicht auf Rechtsvorschriften beruhen, stellt sich die Frage, ob Entgeltvereinbarungen einer AGB-Kontrolle überhaupt zugänglich sind. Eine Inhaltskontrolle von Entgeltvereinbarungen kann aber dann durchgeführt werden, wenn in diesem Zusammenhang tarifliche Vorschriften als „Rechtsvorschriften“ verstanden werden.³⁸¹ Gegen diese Gleichsetzung wehren sich Teile der Literatur, die mit der Kontrollfreiheit der Hauptkonditionen, die für die Preisgestaltung im AGB-Recht gilt, argumentieren.³⁸² Regulierende Eingriffe müssten, so diese Auffassung, durch staatlichen Rechtssetzungsakt wie die Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) erfolgen. Nach Sinn und Zweck der Verweisung habe der Gesetzgeber lediglich sicherstellen wollen, dass Tarifverträge bei einzelvertraglicher Bezugnahme keiner Inhaltskontrolle unterliegen. Er habe aber nicht umgekehrt Tarifverträge selbst zum Maßstab der Inhaltskontrolle machen wollen.³⁸³

Der Wortlaut des § 310 Abs. 4 S. 3 BGB n.F. spricht für die Gleichsetzung von Tarifverträgen mit „Rechtsvorschriften“. Dort heißt es „Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen stehen Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 gleich“. Tarifliche Vorschriften nicht als „Rechtsvorschriften“ zu verstehen, würde § 310 Abs. 4 S. 3 BGB bedeutungslos werden lassen.³⁸⁴ Mangels gesetzlich geregelter Entgelthöhen ist es nur konsequent, Tarifentgelten die Wirkung von Rechtsvorschriften beizumessen.³⁸⁵ Damit ermöglicht die AGB-Kontrolle nicht etwa Außenseitern die Durchsetzung tariflicher Entgelte „durch die Hintertür“. Die untertarifliche Bezahlung bleibt weiterhin zulässig. Sanktioniert wird nach § 307 Abs. 1 BGB n.F. die "unangemessene" Benachteiligung.³⁸⁶ Vorgeschlagen wird, die Unangemessenheit einer Vergütungen mit dem gleichen Maßstab zu messen, den das BAG in seiner Rechtsprechung zu § 10 Abs. 1 BBiG anwendet. Dementsprechend wäre eine Unterschreitung des Tarifni-

³⁷⁹ Lakies, in: Däubler, TVG, Anh. § 5 („Mindestlohn“), Rn. 63.

³⁸⁰ Ausnahmen bestehen im Hinblick auf Gebührenordnungen Ärzte, Architekten und Rechtsanwälte.

³⁸¹ Befürwortend Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1334.

³⁸² Lingemann, NZA 2002, S. 181, 188 f.; Annuß, BB 2002, S. 458, 460; Tschöpe, DB 2002, S. 1830, 1833.

³⁸³ Gotthardt, ZIP 2002, 277, 282; ähnlich Lingemann, NZA 2002, S. 181, 189; Tschöpe, DB 2002, S. 1830, 1833 f.

³⁸⁴ Reinecke, DB 2002, S. 583, 585.

³⁸⁵ Ausführlich Lakies, in: Däubler, TVG, Anh. § 5 („Mindestlohn“) Rn. 63 ff.

³⁸⁶ Reinecke, DB 2002, S. 583, 585; Lakies, in: Däubler, TVG, Anh. § 5 („Mindestlohn“) Rn. 64.

veaus um mehr als 20 % auch im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB unangemessen.³⁸⁷ Es hätte wenig Überzeugungskraft, den Begriff der „Unangemessenheit“ unterschiedlich zu interpretieren.

Der Umfang und die Möglichkeiten der Angemessenheitskontrolle für nicht tarifierte Entgelte im Rahmen des AGB-Rechts werden die Gerichte in den nächsten Jahren präzisieren. Sollte die Rechtsprechung dahin tendieren, die AGB-Kontrolle für einzelvertraglich vereinbarte Arbeitsentgelte abzulehnen oder einzuschränken, bleiben die schon vorher von der Rechtsprechung aufgezeigten Wege der Billigkeitskontrolle (s.o. 4.1.).³⁸⁸ Insbesondere hat die Schuldrechtsreform die Rahmenbedingungen für den Abschluss und das „Aushandeln“ von Arbeitsverträgen nicht verändert. Die Aufforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Zivilgerichte, bei auffälligen Vertragsdisparitäten einen angemessenen Interessenausgleich herzustellen, bleibt nach wie vor relevant.

5.4.3 Inhaltskontrolle nach Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts

In seiner Bürgschaftsentscheidung vom 19.10.1993 hat das BVerfG Vertragskorrekturen insbesondere dann für notwendig erachtet, wenn eine der beiden Vertragsparteien ungewöhnlich stark belastet und der Interessenausgleich offensichtlich unangemessen ist. Von diesen Voraussetzungen geht das BVerfG insbesondere bei typisierbaren Fallgestaltungen an, die auf struktureller Unterlegenheit basieren. In solchen Fällen sind die Zivilgerichte zur Inhaltskontrolle auf der Grundlage der Generalklauseln verpflichtet.³⁸⁹ Das BVerfG hat in seiner Nachtarbeitsentscheidung bereits das Prinzip der Privatautonomie relativiert. Hinreichender Schutz sei nur unter Bedingungen freier Selbstbestimmung gegeben. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehle, sei mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen gewährleistet. Das sei bei Abschluss von Arbeitsverträgen typischerweise der Fall.³⁹⁰

Damit hat das BVerfG der Angemessenheitskontrolle den Weg geebnet. Bei strukturell ungleicher Verhandlungsstärke, die für die schwächere Vertragspartei keinen angemessenen Interessenausgleich herbeizuführen vermag, sind Korrekturen gerechtfertigt. Hierzu steht den

³⁸⁷ Däubler, NZA 2001, S. 1329, 1334 f.; Lakies, in: Däubler, TVG, Anh. § 5 („Mindestlohn“) Rn. 67.

³⁸⁸ So im Ergebnis auch Eckert/Wallenstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, S. 98 ff.

³⁸⁹ BVerfG 19.10.1993 BVerfGE 89, 214.

³⁹⁰ BVerfG 28.1.1992, ArbuR 1992, S. 187.

Arbeitsgerichten das gesamte Arsenal zivilrechtlicher Rechtsfiguren zur Verfügung, so dass arbeitsrechtlicher Schutz nicht erst auf der unteren Ebene des § 138 BGB ansetzt, wenn Vertragsinhalte schlechthin unerträglich sind.³⁹¹ Korrekturbedarf besteht immer dann, wenn die eine Vertragspartei strukturell unterlegen ist und wenn die unterlegene Vertragspartei unangemessen belastet wird. Für „Unangemessenheit“ und „Sittenwidrigkeit“ sind verschieden enge Maßstäbe anzulegen.³⁹²

Diese Vorgaben des BVerfG haben sich in der Rechtsprechung der Instanzgerichte niederschlagen. Das ArbG Reutlingen versagte unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerfG einer Lohnvereinbarung die rechtliche Anerkennung gem. § 138 BGB, weil zwischen den Vertragsparteien ein erhebliches Ungleichgewicht bestand. Die Lohnvereinbarung lag in diesem Fall 42,8 % unterhalb des tariflichen Lohnniveaus. Nicht allein diese Tatsache, sondern der Aspekt, dass der Arbeitnehmer aus den neuen Bundesländern mit den Gepflogenheiten des jetzt geltenden Wirtschaftssystems nur wenig vertraut war, sprach für ein Ungleichgewicht. Ein weiteres Indiz wurde darin gesehen, dass sich der Arbeitgeber in dem von ihm vorformulierten Arbeitsvertrag ungewöhnliche Vorteile - zum Teil an versteckter Stelle - ausbedungen hatte.³⁹³ Aufgrund ähnlicher Erwägungen hielt das ArbG Bremen einen Änderungsvertrag für unwirksam, der die Versetzung an einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz und damit eine Entgelteinbuße im Jahr 1995 von 600 DM zur Folge hatte. Der Änderungsvertrag sei gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil sein Inhalt den Arbeitnehmer ungewöhnlich belastet. Die Einseitigkeit der getroffenen Regelung beruhe auf der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers. Hierbei fiel ebenfalls ins Gewicht, dass die Verhandlungssituation selbst nicht ausgewogen und ruhig verlaufen war.³⁹⁴

Das BAG nahm im Zusammenhang mit Rückzahlungsvereinbarungen von Ausbildungskosten ebenfalls Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG. Eine Inhaltskontrolle wurde dort auf § 242 BGB gestützt mit dem Hinweis, im Arbeitsrecht sei das Schutzbedürfnis des schwächeren Teils, des Arbeitnehmers, besonders groß. Der richterlichen Vertragskontrolle käme schon

³⁹¹ Fastrich, RdA 1997, S. 64, 75, 74, 71.

³⁹² Fastrich, RdA 1997, 70.

³⁹³ ArbG Reutlingen 16.1.1996, AiB 1996, 499 m. Anm. Däubler.

³⁹⁴ ArbG Bremen 25.7.1995, AiB 1996, 501 m. Anm. Däubler.

deshalb im Arbeitsrecht eine größere Rolle als im allgemeinen Zivilrecht zu, weil der Gesetzgeber in vielen Bereichen untätig geblieben ist.³⁹⁵

Wenn ein Schutzbedürfnis für ein strukturell bedingtes Ungleichgewicht in der Rechtsprechung auch anerkannt wird, so ist für eine Inhaltskontrolle stets eine differenzierte Einzelfallbetrachtung erforderlich, da auf keinen Maßstab zurückgegriffen wird, an dem unwirksame Vertragsinhalte und insbesondere unwirksame Lohnabreden zu messen sind. Plausibler wäre es, die Umstände des Einzelfalls nur dann zu berücksichtigen, wenn sie Anhaltspunkte dafür bieten, dass der Arbeitnehmer ausnahmsweise als gleichberechtigter Vertragspartner verhandeln konnte.³⁹⁶ Grundsätzlich spricht alles für die Vermutung, dass zwischen unangemessenen Arbeitsbedingungen und struktureller Unterlegenheit des Arbeitnehmers ein ursächlicher Zusammenhang besteht.³⁹⁷

5.4.4 Maßstab der Billigkeitskontrolle

Die Billigkeitskontrolle setzt vor der Prüfung der Sittenwidrigkeit an. Im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 138 BGB geht es um die Ermittlung einer absolut untersten Grenze des Zulässigen. Die Billigkeitskontrolle überprüft die Angemessenheit und Ausgewogenheit beiderseitiger Vertragsinteressen.³⁹⁸ Genauso wie bei der Sittenwidrigkeitsprüfung oder der AGB-Kontrolle stellt sich die Frage nach dem Bewertungsmaßstab.

- a) Das BAG zieht bei der Interpretation der Angemessenheit einer Ausbildungsvergütung als Vergleichsmaßstab den Tariflohn heran. § 10 Abs. 1 S. 1 BBiG bildet die Rechtsgrundlage für den Anspruch auf eine „angemessene Vergütung“. Ausbildungsvergütungen sind dann nicht mehr angemessen, wenn sie die für den Ausbildungsbetrieb entsprechenden tariflichen Ausbildungsentgelte um mehr als 20 % unterschreiten.³⁹⁹ Für den Fall, dass auf einschlägige tarifliche Regelungen nicht zurückgegriffen werden kann, wird auf die Empfehlungen der zuständigen Kammern bzw. auf branchenübliche Sätze abgestellt.⁴⁰⁰ Wie oben dargestellt hat das BAG zuletzt diesen Schritt im Hinblick auf die Bewertung sitten-

³⁹⁵ BAG 16.3.1994, NZA 1997, 937.

³⁹⁶ Däubler, Anm. zu ArbG Reutlingen vom 16.1.1996, AiB 1996, 500.

³⁹⁷ Peter, ArbuR 1999, S. 289, 293.

³⁹⁸ Hildebrandt, Vertragsdisparitäten, S. 5; Preis, ArbuR 1994, S. 139, 146.

³⁹⁹ BAG 10.4.1991, AP Nr. 3 zu § 10 BBiG; BAG 11.10.1995, AP Nr. 6 zu § 10 BBiG.

⁴⁰⁰ BAG 30.9.1998, AP Nr. 8 zu § 10 BBiG.

widriger Löhne nicht nachvollzogen.⁴⁰¹ Konsequent wäre es im Rahmen der Billigkeitskontrolle analog zu verfahren und eine Abweichung von mehr als 20 % vom maßgeblichen Tarifentgelt als unangemessene Entgelthöhe zu qualifizieren.

Die Angemessenheitskontrolle trifft bei Niedriglöhnen auf ein ähnliches Grundsatzproblem wie bei der Sittenwidrigkeitsprüfung. Sobald Tarifentgelte Arbeitnehmern nur einen Niedriglohn gewähren, mag die Billigkeitskontrolle eventuell noch das Absinken auf das unterste noch nicht sittenwidrige Niveau verhindern. Eine angemessene Existenzgrundlage ist solange nicht durchsetzbar, wie die Bezugsgröße selbst schon mit der Angemessenheitsproblematik behaftet ist.

- b) Die gerichtliche Kontrolle der Lohngerechtigkeit hat sich bisher kaum an geltende völkerrechtliche Bestimmungen orientiert. Ein allgemein verbindlicher Maßstab bietet der Rückgriff auf Art. 4 Abs. 1 der Europäischen Sozialcharta (ESC). Diese Norm beinhaltet das Recht auf ein Entgelt, das ausreicht, um Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen und ihren Familien einen angemessen Lebensstandard zu sichern. In der Spruchpraxis des Sachverständigenausschusses beim Europarat wird nach Conclusions V zu Art. 4 Abs. 1 ESC das angemessene Entgelt mit 68 % des nationalen Durchschnittslohns taxiert.⁴⁰² Die Bundesrepublik hat sich 1964 zu den Inhalten der ESC bekannt.⁴⁰³

Nach Rechtsprechung des BVerfG sind die Gerichte als Teil der Staatsgewalt gehalten, internationalem Recht innerstaatliche Geltung zu verschaffen.⁴⁰⁴ Es ist eine rechtstechnische Frage, wie den Geboten der ESC durch richterliche Rechtsfortbildung Geltung verschafft werden kann, solange der Gesetzgeber untätig bleibt. Das BVerfG schlägt die Einwirkung über die zivilrechtlichen Generalklauseln vor, so dass sich die Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB ebenso wie die Sittenwidrigkeitsprüfung mit Hilfe eines eindeutigen Kriteriums durchführen ließe.⁴⁰⁵ Von Sittenwidrigkeit kann bei Heranziehung des Maßstabs des ESC erst dann ausgegangen werden, wenn das Entgelt die Angemessenheitsgrenze deutlich un-

⁴⁰¹ Vgl. BAG 23.5.2001, ArbuR 2001, S. 509 m. Anm. Peter.

⁴⁰² MünchHandB-Hanau § 61 II.2. Zur Verbindlichkeit der Conclusions Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 127 f.

⁴⁰³ BGBl. 1964 II, 1261.

⁴⁰⁴ BVerfG 20.10.1981, NJW 1982, 817. Zur innerstaatlichen Wirkung des Völkerrechts Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, S. 248 ff.

⁴⁰⁵ Peter/Peter, Der vertragliche Entgeltanspruch, § 15 A Rn. 194.

terschreitet, weil diese nach herkömmlicher Interpretation ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraussetzt. Auch bei Heranziehung dieses Maßstabs gilt es eine Marge zu finden, deren Unterschreitung des 68 % Durchschnittslohns Sittenwidrigkeit indiziert. Anders verhielte es sich bei der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB. Durch Conclusions V zu Art. 4 Abs. 1 ESC könnte dieser Standard der Angemessenheit direkt Geltung erlangen.⁴⁰⁶ Das größte Problem ist, dass die Billigkeitskontrolle im Arbeitsrecht kein häufig gebrauchtes Instrument ist. Es bleibt abzuwarten, inwiefern das neu geregelte AGB-Recht der Angemessenheitskontrolle zu größerer Akzeptanz und weiteren Durchsetzungschancen verhilft. Nach wie vor umstritten ist, ob § 315 BGB eine Inhaltskontrolle von Hauptleistungspflichten erlaubt.⁴⁰⁷

5.5 Grundsätzliche Probleme der gerichtlichen Inhaltskontrolle

Substantielle Verbesserungen für Bezieher von Niedriglöhnen sind im Rahmen der gerichtlichen Inhaltskontrolle nicht zu erwarten. Sie ist generell mit dem Problem behaftet, dass sich Arbeitnehmer zunächst auf ein niedriges Entgelt einlassen müssen, um den Arbeitsplatz überhaupt zu erhalten. Arbeitnehmer müssen sich stets auf eine rechtswidrige Entgeltabrede einlassen, bevor sie die unkalkulierbare Möglichkeit erhalten, durch nachträgliche Vertragskorrektur zu einer faireren Bezahlung zu kommen.⁴⁰⁸

Ein wirksamer Rechtsschutz wird ihnen in mehrerer Hinsicht nicht zuteil. Weder erkennen Betroffenen das niedrige Entgelt als Rechtsproblem, noch besteht Rechtssicherheit über die Höhe einer zulässigen Entgelthöhe, womit wieder das Problem der Bezugsgröße angesprochen ist. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten beschränkt sich auf Einzelfallhilfe und führt zu keiner strukturellen Lösung. Negativ wirkt sich ferner aus, dass Ansprüche gegen den Arbeitgeber überwiegend erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingeklagt werden. Die soziale Ohnmacht des Einzelnen spricht dagegen, auf gerichtliche Rechtsdurchsetzung zu orientieren.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Peter/Peter, Der vertragliche Entgeltanspruch, § 15 A Rn. 195 ff..

⁴⁰⁷ Dagegen MünchHandB-Hanau, § 60 Rn. 82; zum Meinungsstreit vgl. Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 124; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 133 ff. m.w.N.

⁴⁰⁸ Bieback, RdA 2000, S. 207, 208.

⁴⁰⁹ Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 1131; Bieback, RdA 2000, S. 207, 208.

Die Anhebung von Niedriglöhnen über den Umweg der Inhaltskontrolle zu erreichen, stößt in Erwerbsbereichen mit einem allgemeinen Niedriglohniveau auf das grundsätzliche Problem, dass Einkommensrisiken dieser Art typisch sind. Das gilt auch

für tarifliche Entgeltfestsetzung. Eine zu niedrige Entgelthöhe kann allenfalls aufgrund der Rechtsfolgenwirkung des § 612 Abs. 2 BGB auf das Niveau eines unzureichenden tariflichen Niedriglohns angehoben werden. Der tarifliche Niedriglohn selbst ist keiner Inhaltskontrolle zugänglich, da für ihn – wie erwähnt - die Richtigkeitsgewähr greift.

Unter diesen Vorzeichen sind die fehlenden Konturen der Inhaltskontrolle zwar zu kritisieren. Die Kritik muss sich aber insoweit in Grenzen halten, als dass es nicht Aufgabe der Gerichte sein kann, ein allgemein angemessenes Entgeltniveau herzustellen. Der Gesetzgeber ist gefragt, geeignete Maßnahmen zu implementieren.

5.6 Verbesserung der Rechtsdurchsetzung durch ein Verbandsklagerecht

Jeder Arbeitnehmer muss die Durchsetzung seiner Rechte und die Überprüfung seiner vertraglichen Ansprüche individuell im Arbeitsgerichtsverfahren versuchen. Kollektive Formen des Rechtsschutzes wie sie das Verbandsklagerecht im Verbraucher-, Umwelt- und Wettbewerbsrecht gibt es für die Gewerkschaften in der Bundesrepublik nicht. Insofern fällt das Prozessrecht hinter den Erkenntnissen im materiellen Arbeitsrecht zurück, dass die strukturell vorhandene Disparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eines Ausgleichs bedarf.⁴¹⁰ Noch immer herrscht im Prozessrecht der Individualrechtsschutz.

Die bestehende Verbandsklagemöglichkeit der Gewerkschaft nach § 9 TVG beschränkt sich auf Rechtsstreitigkeiten um Fragen aus dem Tarifvertrag oder über das Bestehen oder Nichtbestehen des Tarifvertrages. § 9 TVG bietet keine Grundlage, um gegen Tarif- oder Gesetzesbrüche vorgehen zu können.⁴¹¹ Die Gewerkschaften haben aufgrund der Entscheidung des BAG vom 20.4.1999⁴¹² aus Art. 9 Abs. 3 GG einen Unterlassungsanspruch gegen einzelne, tarifgebundene Arbeitgeber, wenn sie durch eine Betriebsvereinbarung, Regelungsabrede oder einzelvertragliche Einheitsregelung versuchen sollten, für den Arbeitnehmer günstigere Tarifnormen zu verdrängen. Die Anerkennung dieses Unterlassungsanspruchs hat jedoch zu kei-

⁴¹⁰ Kocher/Pfarr, NZA 1999, S. 358.

⁴¹¹ Zu dem Verfahren nach § 9 TVG vgl. Kempfen/Zachert, TVG, § 9 Rn. 1 ff.

⁴¹² BAG 20.4.1999, BB 1999, S. 1657.

ner Verbesserung der Rechtsposition der Arbeitnehmer gegen sonstige Rechtsverstöße des Arbeitgebers geführt. Insbesondere für die Durchsetzung nicht tariflich geregelter Arbeitsbedingungen bleibt nach geltendem Recht nur die Individualklageweg. Dies gilt insbesondere für die Inhaltskontrolle von Entgeltabrede, da diese nur im Hinblick auf einzelvertragliche Vereinbarungen möglich sind.

Zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung und zur Überwindung von Zugangsbarrieren zu Rechtsschutzinstitutionen wird die Einführung eines Verbandsklagerechts diskutiert, das den Gewerkschaften die Befugnis einräumt, Klage gegen Arbeitgeber zu führen, die gegen tarifliche und gesetzliche Bestimmungen verstoßen. Das Verbandsklagerecht trägt dem Umstand Rechnung, dass während des bestehenden Arbeitsverhältnisses nur eine äußerst geringe Prozessbereitschaft besteht. Im Konfliktfall schrecken viele Arbeitnehmer aus Furcht vor dem Verlust des Arbeitsplatzes vor einer Klagerhebung zurück. Rechtsverstöße der Arbeitgeber bleiben somit folgenlos. Der Arbeitgeber kann in der Praxis nicht nur einseitig die Vertragsbedingungen bestimmen. Auch die Nichteinhaltung der Vertragsbedingungen birgt für ihn keine großes Risiko. Zudem hat er weitaus bessere Ressourcen, um im Zweifel eine Rechtsstreitigkeit durchzustehen. Angesichts der wirtschaftlichen Übermacht des Arbeitgebers verzichten Arbeitnehmer auf ihre Rechtspositionen.⁴¹³ Im internationalen Vergleich ist die Bundesrepublik eines der wenigen Länder in Europa, das die kollektive Rechtsdurchsetzung im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht ermöglicht hat. In unseren Nachbarländern Frankreich, Österreich und Schweiz existieren für die Gewerkschaften Verbandsklagemöglichkeiten.⁴¹⁴

In einem Verbandsklageverfahren könnten die Gewerkschaften für eine Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer erreichen, dass der Arbeitgeber verpflichtet wird, eine bestimmte Vereinbarung oder Maßnahme zu unterlassen. Oder es könnte die Feststellung beantragt werden, dass eine Maßnahmen des Arbeitgebers rechtswidrig ist. Zusätzlich könnten Anträge auf Leistungen an alle Betroffenen gestellt werden.⁴¹⁵ Das Verbandsklageverfahren setzt einen kollektiven Sachverhalt voraus, d.h. ein Arbeitgeber muss mehrere vergleichbare Arbeitnehmer rechtswidrig behandeln. Mit einem Verbandsklagerecht hätten die Gewerkschaften ein Mittel an der Hand, für die Arbeitnehmer eines Betriebes oder eines Unternehmens eine Gesamtlö-

⁴¹³ Kocher/Pfarr, NZA 1999, S. 358, 359.

⁴¹⁴ Kocher/Pfarr, NZA 1999, S. 358.

⁴¹⁵ Kocher/Pfarr, NZA 1999, S. 358, 364.

sung herbeizuführen. Die Rechtmäßigkeit niedriger Entgelte für bestimmte Tätigkeiten ließen sich anhand des Sittenwidrigkeitsverbots bzw. des Angemessenheitsgebots auf diesem Weg feststellen. Die betroffenen Arbeitnehmer müssten keine Einzelklagen anstrengen, sondern würden aufgrund ihrer vergleichbaren Situation kollektiven Schutz erfahren. Das Kostenrisiko eines Arbeitsgerichtsprozesses müssten sie ebenfalls nicht selbst tragen.

Damit bietet das Verbandsklagerecht einen zentralen Ansatzpunkt für die Rechtsdurchsetzung im bestehenden Arbeitsverhältnis. Das Grundproblem, die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Entgeltvereinbarung, bleibt - wie oben dargestellt - allerdings bestehen, solange es nicht um die Durchsetzung tariflicher Ansprüche geht. Mit dem Verbandsklagerecht könnten in tariffreien Bereichen Niedriglöhne systematischer einer Überprüfung zugeführt werden. Allerdings mag das Verbandsklagerecht wenig gegen strukturelle Niedriglöhnen in ganzen Branchen oder spezifischen Erwerbsfeldern zu bewirken, solange keine gesetzlichen Mindeststandards normiert werden, da nach die Gerichte nach wie vor auf eine Einzelfallbetrachtung reduziert sind.

6 Übergreifende Fragen (Prof. Dr. Ulrich Zachert)

6.1 Verstoß der Regelungsmöglichkeiten und Alternativen gegen die Koalitionsfreiheit (Tarifautonomie)?

6.1.1 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes und Begrifflichkeit

Gegen die AVE, das Entsendegesetz und die Tariftreueerklärung werden vielfältige Einwände aus dem Verfassungsrecht und/oder dem nationalen oder auch dem europäischen Wettbewerbsrecht geltend gemacht. Auf diese Bedenken ist bereits in den Kapiteln zu den betreffenden inhaltlichen Schwerpunkten eingegangen. Nachfolgend soll zunächst noch einmal zusammenfassend der Stand der verfassungsrechtlichen Debatte zu einem wesentlichen Gesichtspunkt, nämlich der Vereinbarkeit der jeweiligen rechtlichen Möglichkeiten zur Stabilisierung der Tarifstrukturen mit der (negativen) Koalitionsfreiheit wiedergegeben werden. Dabei wird vor allem die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Grunde gelegt, da sie die Grenzen für den aktuellen Rechtszustand und etwaige Veränderungen markiert. Im Anschluss daran erfolgt ein allgemeiner Überblick zur Kontroverse über das Grundrecht der (negativen) Koalitionsfreiheit in Rechtsprechung und Rechtslehre, verbunden mit Vorschlägen einer sachgerechten Abgrenzung der Reichweite von positiver und negativer Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG.

Zum Begrifflichen sei noch vorausgeschickt, dass die positive Koalitionsfreiheit in ihrer individuellen Komponente das Recht umfasst, eine Koalition zu gründen, ihr beizutreten und anzugehören und darüber hinaus, sich in ihr koalitionsspezifisch zu betätigen. Diese Gewährleistung der Koalitionsfreiheit als individuelles Freiheitsrecht setzt sich nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als kollektives Freiheitsrecht fort. Art. 9 Abs. 3 GG schützt neben der Koalitionsfreiheit des Einzelnen ebenso die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und in ihrer Betätigung, soweit es um die Wahrung und die Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geht.

Die negative Koalitionsfreiheit bedeutet in ihrem allgemeinen anerkannten Inhalt, dass es jedermann freisteht, einer Koalition fern zu bleiben und gegebenenfalls aus ihr auszutreten.⁴¹⁶

⁴¹⁶ Z.B. Zachert, „Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit“, AR-Blattei SD 1650.1 Rn. 42 ff, 57 ff.

6.1.2 Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Vereinbarkeit von Allgemeinverbindlichkeit, Arbeitnehmer-Entsendegesetz und Tariftreueerklärung mit Art. 9 Abs. 3 GG

- a) Zur AVE hat das Bundesverfassungsgericht in dem Grundsatzbeschluss von 1977⁴¹⁷ zu Recht entschieden, ein Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit, sofern es sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ergeben sollte⁴¹⁸, stünde der gesetzlichen Regelung über die Allgemeinverbindlicherklärung von tariflichen Inhaltsnormen nicht entgegen. Die Freiheit, sich einer anderen als der vertragsschließenden oder keiner Koalition anzuschließen werde durch sie nicht beeinträchtigt, Zwang oder Druck in Richtung auf eine Mitgliedschaft nicht ausgeübt.

Die gesetzlichen Bestimmungen über die AVE würden schließlich auch nicht in das Grundrecht der kollektiven Koalitionsfreiheit der im Geltungsbereich eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags konkurrierenden Verbände eingreifen. Das um der Wahrung und Förderung der Belange der Mitgliederwillen garantierte Bestands- und Betätigungsrecht einer Koalition hindere den Staat nicht, die von anderen konkurrierenden Koalitionen gesetzten Normen, die bereits ein gewisses Maß an Verbindlichkeit erreicht hätten, für allgemeinverbindlich zu erklären, weil ein öffentliches Interesse hieran besteht. Dies gelte auch dann, wenn dadurch das Betätigungsfeld der anderen Verbände eingegrenzt werde. Ein rechtliches Hindernis zum Abschluss eines Tarifvertrages im gleichen fachlichen Geltungsbereich errichte die Allgemeinverbindlicherklärung nicht. Er werde durch sie auch nicht faktisch unmöglich gemacht.⁴¹⁹

Die Allgemeinverbindlicherklärung von tariflichen Inhaltsnormen nach § 5 TVG sei Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung. Sie verletze deshalb auch nicht generell das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit der Außenseiter (Art. 2 GG).

- b) Mit einer im Kern ähnlichen Begründung bestätigte das Bundesverfassungsgericht die Festlegung von Mindestentgelten (Mindestarbeitsbedingungen) durch Verordnung nach § 1 Abs. 3 a AEntG: Insbesondere verstießen die einschlägigen Normen weder gegen die

⁴¹⁷ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 352; ebenso BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7, 22 im Hinblick auf die Sozialkassen des Baugewerbes.

⁴¹⁸ Das Bundesverfassungsgericht verweist auf BVerfG 20.7.1971, BVerfGE 31, 297, 302.

⁴¹⁹ Die Konkurrenzfrage zwischen allgemeinverbindlichen und anderen Tarifverträgen löst das Bundesverfassungsgericht nach allgemeinen Kriterien, also (vorwiegend) dem Spezialitätsprinzip: BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 352; Wank in Wiedemann, TVG, § 5, Rn. 46.

positive noch gegen die negative Koalitionsfreiheit der Beschwerdeführer. Diese würden durch die angegriffene Regelung weder zwangsweise Mitglied der tarifvertragschließenden Verbände noch werde es ihnen damit unmöglich gemacht, sich anderweitig als Koalition im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG zusammen zu schließen. Soweit durch die Geltungserstreckung des Mindestlohn-Tarifvertrags auf Grund der entsprechenden VO ein mittelbarer Druck entstehen sollte, um der größeren Einflussmöglichkeit willen Mitglied einer der tarifvertragschließenden Parteien zu werden, sei dieser nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde. Diesbezüglich würden für die Geltungserstreckung durch Rechtsverordnung die gleichen Erwägungen gelten, mit denen das Bundesverfassungsgericht die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG für mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbart angesehen habe. Allein die Wahl einer anderen Rechtsform für die Erstreckung eines Tarifvertrags auf Außenseiter ändere nichts an Inhalt und Ergebnis der Erwägung zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, auf die in soweit verwiesen werde.

Der Gesetzgeber sei auch frei, sich für eine andere Rechtsform als die in § 5 TVG geregelte Allgemeinverbindlicherklärung zu entscheiden. Dies gelte umso mehr als eine Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3 a AEntG nur erlassen werden könne, wenn zumindest eine tarifvertragschließenden Parteien durch einen entsprechenden Antrag ihr Interesse daran bekundet habe und auch den Außenseitern auf Grund ihres Rechts zur vorherigen schriftlichen Stellungnahme nicht jede Einflussmöglichkeit genommen sei. Ferner komme die gegenseitige Kontrolle der tarifvertragschließenden Parteien im Ergebnis auch den Außenseitern zu Gute. Die Erstreckung des Mindestlohns des Tarifvertrags auch auf sie sei zudem durch die staatliche Mitwirkung im Rahmen der Verordnungsgebung in hinreichendem Maße demokratisch legitimiert.

Ob für die vorstehenden Erwägungen etwas anderes gelten könne, wenn der Geltungsbereich eines Tarifvertrags auf Außenseiter erstreckt wurde, der von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen abgeschlossen sei, bedürfe keiner Erörterung, da eine solche Konstellation hier nicht vorliege.⁴²⁰

⁴²⁰ BVerfG 18.7.2000 (Kammer), AP Nr. 4 zu § 1 AEntG; Unterstreichen: Ulrich Zachert.

Dieser Beschluss blieb nicht unwidersprochen.⁴²¹ Jedoch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass das Bundesverfassungsgericht von der eingeschlagenen Linie kurz- oder auch mittelfristig abweichen würde.⁴²²

Eine solche Bewertung entspricht Tendenzen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Sie bezieht sich zwar primär auf die Vereinbarkeit von (tariflichen) Mindestlöhnen mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 und 50 EG jedoch können hieraus Schlüsse auf den Umfang der Einschränkung des Außenseiterschutzes gezogen werden. So hat der Europäische Gerichtshof mehrfach betont, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran hindere, ihre Rechtsvorschriften oder die Tarifverträge der Sozialpartner über Mindestlöhne auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Tätigkeit ausüben, und zwar unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig sei. Das gelte, wenn der Dienstleistungsverkehr durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses beschränkt werde, zu denen der Europäische Gerichtshof auch den Arbeitnehmerschutz zählt.⁴²³

- c) Allerdings hat der Bundesgerichtshof die Praxis des Berliner Senats, Aufträge für Straßenbauarbeiten von einer Tariftreueerklärung abhängig zu machen, als Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit gewertet: Das Gesetz nötige die tarifungebundenen Anbieter, sich in einem ihre Wettbewerbsfähigkeit maßgeblich beeinflussenden Punkt den tarifvertraglichen Bestimmungen zu unterwerfen. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Befugnisse der Koalitionen erstreckten sich grundsätzlich nur auf die Mitglieder der tarifvertragschließenden Parteien. Zwar stehe Art. 9 Abs. 3 GG der Ausdehnung tarifvertraglicher Bestimmungen auf Außenseiter nicht in jedem Falle entgegen. So habe das Bundesverfassungsgericht die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG als mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar angesehen. Maßgeblich hierfür sei jedoch u.a. die ausgewogene Regelung in § 5 TVG, die Gewähr dafür biete, dass die Interessen der betroffenen Außenseiter berücksichtigt würden und dass von der Möglichkeit der Allgemeinverbindlich-

⁴²¹ Dezidiert z.B. MünchArbR/Löwisch/Rieble, 2. Aufl., 2000, Bd. 3, § 268, Rn. 114 ff; Scholz, RdA 2001, S. 193, 197; dagegen z.B. ausführlich Büdenbender, RdA 2000, S. 193, 200 ff; Th. Blanke, AuR 1999, S. 417, 425.

⁴²² Zur Vorlage des BGH an das BVerfG wegen „Tariftreue“ nachfolgend.

⁴²³ EuGH 15.3.2001 – Mazzoleni, AP Nr. 2 zu EWG-Richtlinie 96/71; EuGH 23.11.1999 – Arblade u.a., AP Nr. 1 zu EG-Vertrag Art. 59; EuGH 25.10.2001 – Finalarte, DB 2001, S. 2723; EuGH 24.1.2002 – Portugaia, NZA 2002, S. 207; zur Rspr.: Danwitz, EuZW 2002, S. 237 ff.

erklärung zurückhaltend und verhältnismäßig, also nur bei entsprechend unabweisbaren Interessengeboten im Sinne des § 5 TVG Gebrauch gemacht werde.⁴²⁴ Wegen der verfassungsrechtlichen Bedenken hat der Bundesgerichtshof das Bundesverfassungsgericht angerufen.

Zu Recht wird selbst in rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen, die das Ergebnis des Bundesgerichtshofes teilen, auf den Widerspruch dieser Entscheidung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hingewiesen.⁴²⁵ Im Unterschied zum Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs sieht das Bundesverfassungsgericht nämlich keinen Eingriff in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit, wenn ein Dritter (lediglich) dazu verpflichtet wird, den von einem anderen geschlossenen Tarifvertrag zu beachten. Dies berühre nicht dessen Freiheit, der Koalition völlig fernzubleiben oder sich einer anderen Koalition anzuschließen.⁴²⁶

Der Europäische Gerichtshof hat sich zu Aspekten des öffentlichen Vergaberechts und einer Tariftreueerklärung ausdrücklich nicht geäußert. Immerhin erkennt er grundsätzlich an, dass der öffentliche Auftraggeber bei Ausschreibungen nach europäischem Recht Grundsätze aufstellen kann, die nicht wettbewerbsrechtlicher Natur sind. Dazu zählt er soziale Kriterien, die mit dem Kampf gegen Arbeitslosigkeit zusammenhängen.⁴²⁷

- d) Zum Fragenbereich der Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestlohnes mit der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG wurde an anderer Stelle herausgearbeitet, dass sich aus dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG und dem Gleichheitsgrundsatz zwischen Mann und Frau des Art. 3 Abs. 2 GG grundsätzlich eine Regelungsbefugnis des Gesetzgebers besteht. Lediglich wenn das gesetzliche Mindestniveau so hoch wäre, dass es die

⁴²⁴ BGH 18.1.2000, 327 = DB 2000, S. 465.

⁴²⁵ Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, S. 596 ff; Fundamentalkritik dagegen von: Scholz, RdA 2001, S. 193 ff; auch von Löwisch, DB 2001, S. 1090 ff; gegen den BGH z.B. Däubler, ZIP 2000, S. 681, 686; ferner Schwab, NZA 2001, S. 701 ff; im übrigen zum Stand der Kontroverse insgesamt: Kap. III. des Gutachtens.

⁴²⁶ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 323, 352; BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7, 22; BVerfG 14.6.1983, BVerfGE 64, 208; zum Stand der Diskussion in der Rechtslehre: Claudia Schubert, RdA 2001, S. 199, 200 f.

⁴²⁷ EuGH 21.9.1999 – Brentjens, NZA 2000, S. 201 = AuR 2000, S. 26 mit Anm. Th. Blanke; EuGH 26.9.2000 – Kommission/Französische Republik, NJW 2000, S. 3629; weitere Hinweise hierzu Kap. 2 des Gutachtens.

Entgeltfestsetzung der Mehrheit der tarifgebundenen Arbeitnehmer betrifft, wird die Autonomie der Tarifparteien unverhältnismäßig eingeschränkt.⁴²⁸

6.1.3 Elemente einer Bestimmung der Reichweite der (negativen) Koalitionsfreiheit

a) Bereits aus Ausführungen im vorigen Kapitel (V. 1.2) ergibt sich, dass die Frage unterschiedlich beurteilt wird, wie weit die sogenannte negative Koalitionsfreiheit reicht. Dies hängt mit der Kontroverse darüber zusammen, auf welcher Rechtsgrundlage die negative Koalitionsfreiheit beruht. Nach dem Bundesarbeitsgericht entspricht dem Individualgrundrecht der positiven Koalitionsfreiheit notwendig das Individualgrundrecht der negativen Koalitionsfreiheit und genießt deshalb den vollen Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG. Die ausdrücklich garantierte Freiheit, eine Koalition zu bilden oder ihr beizutreten setze bereits begrifflich die Freiheit voraus, jeder Koalition fern zu bleiben. Die negative Koalitionsfreiheit werde also von Art. 9 Abs. 3 GG in gleicher Weise wie die positive Koalitionsfreiheit uneingeschränkt mitgarantiert und ihr komme daher der gleiche Schutz zu wie letzterer.⁴²⁹

Dem gegenüber ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit der Zuordnung der negativen als Kehrseite der positiven Koalitionsfreiheit, die das Bundesarbeitsgericht vornimmt, deutlich behutsamer. Zunächst sah es die Grundlage der negativen Koalitionsfreiheit in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.⁴³⁰ Seit dem Urteil zum Mitbestimmungsgesetz 1976 hat das Bundesverfassungsgericht die negative Koalitionsfreiheit dann ebenfalls aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet, ohne dass es entscheidungserheblich hierauf ankam und danach in weiteren Entscheidungen eher kursorisch hierauf Bezug genommen.⁴³¹

b) Die in der Rechtslehre häufig vertretene spiegelbildliche Gleichsetzung von positiver und negativer Koalitionsfreiheit⁴³² überzeugt nicht. Bereits vom Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht nachzuvollziehen, dass ein Nichtkoalieren der „Wahrung und Förderung der

⁴²⁸ Gabriele Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 237 ff; im Einzelnen Kap. IV. des Gutachtens.

⁴²⁹ BAG GS 29.11.1997, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, ständige Rechtspr.; z.B. BAG 21.1.1987, AP Nr. 46 zu Art. 9 GG; BAG 21.1.1987, AP Nr. 47 zu Art. 9 GG mit gem. Anm. Scholz.

⁴³⁰ BVerfG 29.7.1959, BVerfGE 10, 89, 102.

⁴³¹ BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 15, 290, 367; aus jüngerer Zeit BVerfG 14.11.1995, BVerfGE 93, 352, 357 f.

⁴³² Z.B. Scholz in Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 9, Rn. 226 ff. mit Nachw.

Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ dienen soll.⁴³³ Im übrigen sprechen Gründe aus der Entstehungsgeschichte, Rechtssystematik und vor allem dem Sinn und Zweck von Art. 9 Abs. 3 GG dafür, dass die negative Koalitionsfreiheit ihre Rechtsgrundlage in der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG und nicht in Art. 9 Abs. 3 GG findet.⁴³⁴

- c) Wie die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Grundsatz zeigt, lässt sich jedoch auch dann, wenn die negative Koalitionsfreiheit dem Art. 9 Abs. 3 GG zugeordnet wird, bei der Lösung praktischer Einzelfragen zwischen positiver und negativer Koalitionsfreiheit weitgehend eine angemessene Abwägung treffen. Maßgeblich muss sein, dass das individuelle Fernbleiberecht als Bestandteil der negativen Koalitionsfreiheit nicht absolut gewährleistet wird. Ziel ist nicht die Sicherung des Einzelnen vor jeglicher Form der Druckausübung. Unzulässig ist lediglich, ihn – in Abwägung mit der positiven Koalitionsfreiheit – einem entscheidungsrelevant fühlbaren Druck auszusetzen, einer Koalition beizutreten oder in ihr zu verbleiben.⁴³⁵

Wie das Bundesverfassungsgericht zur AVE und zur Verordnungsermächtigung des § 1 Abs. 3 a AEntG zu Recht entschieden hat, wird durch beide Regelungsalternativen auf die Außenseiter kein Beitrittszwang oder (erheblicher) Druck zum Koalitionsbeitritt ausgeübt.⁴³⁶ Ein Anreiz zum Beitritt, der sich im Einzelfall ergeben könnte, verletzt -, wie das Bundesverfassungsgericht zur AVE betont-, die negative Koalitionsfreiheit nicht.⁴³⁷ Entsprechendes gilt, soweit man sie unter diesem Kriterium prüft,⁴³⁸ für die Tariftreueerklärung, deren Wirkung nur eine faktische ist und die lediglich einen mehr oder minder großen Teil der Geschäftstätigkeit erfasst.⁴³⁹

Auch ein weites Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit über ein Fernbleiberecht hinaus⁴⁴⁰ führt zu keinem anderen Ergebnis. Die Legitimation des Eingriffs ergibt sich

⁴³³ Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 382 mit Nachw.

⁴³⁴ Umfassend Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 382 ff; AK-GG-Kittner/Schiek, Art. 9 Abs. 3, Rn. 108 ff; Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Rn. 166 ff. – jeweils mit Nachw.

⁴³⁵ So bereits BVerfG 19.10.1966, BVerfGE 20, 317, 321 f, ständige Rechtspr.

⁴³⁶ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 352 und BVerfG 18.7.2000 (Kammer), AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

⁴³⁷ BVerfG 15.7.1988, BVerfGE 55, 7, 22.

⁴³⁸ Zum Ansatz eines „Vertrages zugunsten Dritter“ unter Kap. 3 des Gutachtens.

⁴³⁹ Däubler, ZIP 2000, 681, 686; weitere Argumente unter Kap. 2 des Gutachtens.

⁴⁴⁰ Scholz, Angaben in Fn. 418, a.a.O.

dann aus der positiven Koalitionsfreiheit in ihrer kollektiven Komponente. Die Einwände gegen die Regelungsalternativen (AVE, AEntG, Tariftreue), weichen zum Teil voneinander ab, zum Teil sind sie unterschiedlich gewichtet. Ohne dass an dieser Stelle auf Einzelheiten eingegangen werden kann⁴⁴¹, gilt grundsätzlich: Wenn und solange es darum geht, die Tarifautonomie mit ihren weitreichenden Schutz- und Gestaltungsaufgaben⁴⁴² durch Instrumente und Regelungen abzustützen, um ihr zu größerer Durchsetzungskraft zu verhelfen und den Außenseitern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern⁴⁴³, hat die kollektive positive Koalitionsfreiheit Vorrang vor der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter.⁴⁴⁴

Im Hinblick auf die Definition dieser Ziele und die Festlegung des Verfahrens kommt dem Gesetzgeber ein rechtspolitischer Gestaltungsfreiraum und eine Einschätzungsprärogative zu.⁴⁴⁵

6.2 Verknüpfungen der gesetzlichen Regelungen und Instrumente zur Einhaltung tariflicher Mindeststandards

6.2.1 Eingrenzung und Zielsetzung der Fragestellung

In diesem Rechtsgutachten kann es nicht darum gehen, konkrete Szenarien für rechtspolitische Strategien zu entwickeln. Einzelne Hinweise auf Chancen und Risiken, die mit einer Reform der gegebenen Regelungen und Instrumente zur Sicherung tariflicher Mindeststandards verbunden sein können, finden sich bereits in den Ausführungen zu den jeweiligen Kapiteln.

Nachfolgend wird zunächst ein Überblick zu wichtigen Parametern gegeben, die bei der Option für die eine oder andere der hier vorgestellten Alternativen zu beachten sein werden. Dies

⁴⁴¹ Hierzu die vorangegangenen Kapitel.

⁴⁴² Z.B. BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212, 229; BVerfG 2.3.1993, BVerfGE 88, 103, 114.

⁴⁴³ So BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 342.

⁴⁴⁴ Umfassend hierzu: Claudia Schubert, RdA 2001, S. 199, 203 ff. mit weiteren Überlegungen; Th. Blanke, AuR 1999, S. 417, 425; auch Büdenbender, RdA 2001, S. 193, 201 ff; Bieback, RdA 2000, S. 207, 213 f; allgemeiner: Zachert, „Vereinigungs-Koalitionsfreiheit“, AR-Blattei, SD 1650.1, Rn. 57 ff.

⁴⁴⁵ Hierzu ErfK/Dieterich, Einl. GG, Rn. 28, 43 mit Nachw.; das ist auch bei der Abwägung mit anderen Grundrechten, vor allen Art. 12 GG zu berücksichtigen; Art. 12 GG ist ein wesentliches Prüfungskriterium von MünchArbR/Löwisch/Rieble, z.B. § 268, Rn. 32, 45, 119, die allerdings bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung den Stellenwert der Tarifautonomie gegenüber der Berufsfreiheit zu gering bewerten.

ist die Grundlage dafür, um sodann einige Konsequenzen der Umsetzung denkbarer Regelungen in ihren Verknüpfungen und Bezügen zueinander zu skizzieren.

6.2.2 Beurteilungskriterien einer Verknüpfung der Regelungen und Instrumente

- a) Ein Aspekt, der bei der Wahl für eine der Regelungsmöglichkeiten eine Rolle spielt, ist zunächst die Art ihres Zustandekommens.

Die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Rechtsakt eigener Art zwischen autonomer und staatlicher Rechtsetzung⁴⁴⁶, jedoch ist der Staat hier lediglich Mitbeteiligter. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts ist die allgemeinverbindliche Tarifnorm im Unterschied zur Rechtsverordnung nicht Ergebnis einer zwar abgeleiteten, aber dennoch vom Staat selbstbestimmten Rechtsetzung der Exekutive innerhalb eines von der Legislative in einem Gesetz vorgezeichneten Rahmens. Vielmehr liegt das Schwergewicht hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung der Normen und der „Gesetzgebungsinitiative“ eindeutig bei den Tarifparteien. Denn nicht der Staat, sondern ausschließlich einer Tarifpartei stehe es zu, das Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung durch einen Antrag in Gang zu bringen. Der für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Bundesminister könne den Antrag zwar selbständig ablehnen. Jedoch sei ihm der positive Akt der Normenerstreckung stets nur im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss möglich, in dem er kein Stimmrecht besitzt. Am normativen Inhalt des für allgemeinverbindlich erklärenden Tarifvertrags könne er nichts ändern. Dieser sei ihm von den Tarifparteien vorgegeben. Auch das Ende der Allgemeinverbindlichkeit sei vom Willen der Tarifparteien abhängig.⁴⁴⁷

Nun ist die Rechtsquelle des autonomen kollektiven Rechts kein Selbstzweck. Leitfrage sollte vielmehr sein, auf welche Weise sich Arbeitnehmerschutz bei gleichzeitiger Gewährleistung ökonomischer Effizienz am besten verwirklichen lässt. Indes hat die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch autonome Verbände in Deutschland eine lange Tradition⁴⁴⁸, die über lange Jahrzehnte von allen Beteiligten und Betroffenen im Kern akzeptiert war. Die AVE verfolgt maßgeblich das Ziel, die in Art. 9 Abs. 3 GG angelegte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abzustützen, indem

⁴⁴⁶ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322.

⁴⁴⁷ BVerfG 24.5.1977, a.a.O. 343.

⁴⁴⁸ Vgl. Zachert, RdA 2001, S. 104 ff.

sie dem Tarifvertrag zu größerer Durchsetzungskraft verhilft.⁴⁴⁹ Jedoch ist auch eine andere Regelung mit stärkerem staatlichen Einfluss (verfassungs-)rechtlich möglich⁴⁵⁰, und auch die Spielart eines branchenbezogenen Erlasses von Mindestentgelten durch Verordnung, wurde vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich akzeptiert.⁴⁵¹

Bei allen Überlegungen einer Senkung der Voraussetzungen zur Erleichterung von AVEs bis hin zu ihrem Ersatz durch Verordnung sind zumindest zwei grundlegende Fragen im Auge zu behalten. Zum einen: Welche Aus- und Rückwirkungen hat dies auf den Bestand an autonomen kollektiven Regelungen, die ohne staatliche Abstützung zustande kommen? Könnten derartige Erleichterungen unerwünschte Nebenfolgen, nämlich die (weitere) Schwächung des üblichen Verfahrens eines Zustandekommens von Tarifverträgen haben („süßes Gift“)? Zum zweiten: Wann wird die Schwelle von autonomem zu staatlichem Recht überschritten? Für letzteres können gute Gründe sprechen⁴⁵², jedoch gründet sich eine bislang noch verbreitete Skepsis vor allem der sozialen Akteure (Gewerkschaften) darauf, mit einem nationalen, branchenübergreifenden Mindestlohn, sei das Eingeständnis verknüpft, dass das Organisationsprinzip der Verbände nach Branchen und das Strukturprinzip des Tarifvertrages nach Regionen bei allen Vorteilen auch seine Grenzen haben kann, weil zum Beispiel wegen branchenspezifischer Rahmenbedingungen nicht überall ein „gerechter Lohn“ durchsetzbar erscheint.⁴⁵³

- b) Ein weiterer Gesichtspunkt bei der Entscheidung über Regelungsalternativen ist die örtliche und persönliche Reichweite des jeweiligen Instruments oder der betreffenden Regelung.

Im Hinblick auf den örtlichen und persönlichen Geltungsbereich war bereits angesprochen, dass die AVE gegenüber einem Mindestentgeltgesetz (Mindestarbeitsbedingungs-gesetz) branchennäher, in ihrer Wirkung jedoch begrenzter ist.

⁴⁴⁹ BVerfG 24.5.1977, a.a.O. 342.

⁴⁵⁰ BVerfG 24.5.1977, a.a.O. 346.

⁴⁵¹ BVerfG 18.7.2000 (Kammer), AP Nr. 4 zu § 1 AEntG.

⁴⁵² Siehe Gabriele Peter, u.a. Gesetzlicher Mindestlohn, u.a. S. 244; dieselbe, AuR 1999, S. 289, 294; dieselbe, GMH 1998, S. 90 ff.

⁴⁵³ Vgl. Claus Schäfer, Soziale Sicherheit, 1994, S. 126, 131.

Eine Tariftreueerklärung kann bei entsprechendem politischen Willen sowohl bundesweit als auch auf Landesebene erfolgen.⁴⁵⁴ Eine gerichtliche Kontrolle der Einhaltung von arbeitsrechtlichen Mindeststandards vor allem im Entgeltbereich ist zwangsläufig einzelfallbezogen. Da es sich um schwache Arbeitnehmergruppen handelt, wird zudem die Gegenwehr gegen „Dumpinglöhne“ sehr begrenzt bleiben. Letzteres ließe sich gegebenenfalls durch die Einführung einer Verbandsklage in gewissem Umfang korrigieren.⁴⁵⁵

- c) Bezüglich des inhaltlichen Niveaus zielen AVE und Tariftreueerklärung auf eine Ausdehnung des gesamten Tarifniveaus auf Branchen mit signifikant schwachem Lohn- und Arbeitsschutzniveau ab. Dabei deckt die Tariftreue lediglich ein Segment ab, nämlich die (begrenzte) Anwendung des Tarifvertrages bei öffentlichen Ausschreibungen. Man könnte sie deshalb in ihrer faktischen Wirkung als „kleine AVE“ bezeichnen.⁴⁵⁶

Ein Mindestentgeltgesetz (Mindestarbeitsbedingungsgesetz) und das Arbeitnehmerentwengesetz will dem gegenüber lediglich Mindestbedingungen setzen. Die Unterschiede zwischen AVE und Tariftreue einerseits sowie der gesetzlichen Regelung von Mindestentgelt/Mindestarbeitsbedingungen andererseits werden unschärfer, wo die Tarifentgelte selbst nur ein „Niedriglohnniveau“ aufweisen. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der gesetzliche Mindestlohn selbst relativ hoch ist.

Ein gesetzlicher Mindestlohn wiederum, wird -,wie Beispiele europäischer Nachbarländer bestätigen-, stetig Gegenstand politischer Auseinandersetzung sein. Ein Mindestlohn durch Gesetz, der das Lohnniveau der untersten Tarifgruppen nicht übersteigt, stellt ebenfalls kaum eine Verbesserung der Verhältnisse der „Niedriglöhne“ dar.⁴⁵⁷

6.2.3 Folgen einer Verknüpfung der Regelungen und Instrumente

Im vorangegangenen Kapitel war bereits gezeigt, dass sich AVE und gesetzlicher Mindestlohn (Mindestarbeitsbedingungen) in ihren unterschiedlichen Zielsetzungen nicht ausschließen. Dies wird durch ausländische Beispiele bestätigt, aus denen sich die allgemeine Schlussfolgerung ableiten lässt, dass sich beide „Regelungsalternativen“ offensichtlich ergänzen. Je-

⁴⁵⁴ Siehe die Beispiele Bayern, Saarland und jüngst Niedersachsen sowie Schleswig Holstein.

⁴⁵⁵ Grundsätzlich: Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998, mit differenzierten rechtspolitischen Vorschlägen; im übrigen Kap. 5 dieses Gutachtens.

⁴⁵⁶ Zur rechtlichen Einordnung als „Vertrag zugunsten Dritter“ unter Kap. 3 des Gutachtens.

⁴⁵⁷ Gabriele Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 89; dieselbe, AuR 1999, S. 289, 296.

denfalls wird in der ausländischen Debatte insoweit weder von Widersprüchen noch von Reibungsverlusten berichtet.⁴⁵⁸

Soweit es praktische Erfahrungen mit Tariftreueerklärung und AVE gibt⁴⁵⁹, gilt entsprechendes. Dies mag auf den ersten Blick überraschen, da beide „Instrumente“, wie gezeigt (Kap. VI. 2.2 b des Gutachtens), in ihrer faktischen Wirkung ähnliche Zielrichtungen verfolgen. Die Erklärung für diese Form der „friedlichen Koexistenz“ dürfte darin zu sehen sein, dass die Tariftreue in Branchen (vor allem im Baugewerbe) praktiziert wird, in denen die AVE zur Sicherung des Entgelt-niveaus (und sonstiger Arbeitsbedingungen) in den letzten Jahren nur mit Einschränkungen wirkt.

Wiederum unabhängig von der Praxis einer Gewährleistung arbeitsrechtlicher Mindeststandards durch AVE oder staatliche Sicherungssysteme und deren möglichem Ausbau stellt sich die Kontrolle durch richterliche Entscheidung dar. Sie ist, wie bereits betont, auf den Einfall bezogen und wird im Ergebnis lediglich ein unterstes Niveau verbürgen können.

6.3 Ausblick: Bedingungen zur Revitalisierung der Tarifautonomie

Bei allen denkbaren Veränderungen, deren rechtliche Voraussetzungen in diesem Gutachten skizziert wurden, um so die Realisierbarkeit rechtspolitischer Vorschläge besser einschätzen zu können ist -,wie ebenfalls bereits angesprochen-, der Umsetzungsaspekt mitzubedenken. Erfahrungen mit dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zeigen dessen elementare Bedeutung.⁴⁶⁰ Auch für die Tariftreue wird dies zu Recht angemahnt.⁴⁶¹ Ansonsten besteht die Gefahr, dass Reformen in bester Absicht „law in the books“ bleiben.

Im übrigen sollten alle Reformüberlegungen zur Kompensation von Schwächen der gewachsenen Tarifstrukturen nicht von dem Bemühen ablenken, wie die Geltungskraft des Tarifvertrages in seinem „Kernbereich“ zurückgewonnen werden kann. Dazu bedarf es der (rechts-)politischen Auseinandersetzung mit den Strömungen, die meinen, durch eine Deregulierung (Abschaffung) des Flächentarifvertrages würden angebliche Blockaden des Arbeitsmarktes gelöst. Zumindest ebenso wichtig ist die Fortsetzung des Weges praktischer Beispiele reform-

⁴⁵⁸ Vgl. rechtsvergleichend zum gesetzlichen Mindestlohn: Gabriele Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, S. 145 ff; zur AVE in ausgewählten Ländern: Zachert, Hrsg., Die Wirkung des Tarifvertrages in der Krise.

⁴⁵⁹ Das war das Land Berlin und sind die Länder Bayern und das Saarland.

⁴⁶⁰ Nienhüser, Industrielle Beziehungen, 1999, S. 292 ff; Reim, Die Mitbestimmung, 1997, S. 54 ff.

⁴⁶¹ Dombré, Frankfurter Rundschau, 4.3.2002.

orientierter Tarifpolitik. Wird der Tarifvertrag von den Akteuren der industriellen Beziehungen, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, als Mittel zur Erzielung eines fairen Interessenausgleichs begriffen, der soziale Schutzbedürfnisse und ökonomische Effizienz im Sinne eines „win-win-Verfahrens“ gleichermaßen verbindet⁴⁶², könnten sich manche der hier angedachten Alternativen zur Sicherung arbeitsrechtlicher Mindeststandards erübrigen.

⁴⁶² Oppolzer/Zachert, Krise und Zukunft des Flächentarifvertrages, 2000, S. 215, 229f.

Literaturverzeichnis

Aigner, Ausgewählte Probleme im Zusammenhang mit der Erteilung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, DB 1994, S. 2545 ff.

Annuß, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht: Wo geht die Reise hin ?, BB 2002, 458-463

Ansey/Koberski, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, AuR 1987, S. 230 ff.

Bachner, Michael, in: Kittner/Michael/Zwanziger, Bertram (Hrsg.), Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis, Frankfurt/M. 2001, § 143

Badura, Staatsrecht, 2. Auflage, 1996.

Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 2000

Bieback in Niedriglohnsektor und Lohnsubventionen im Spiegel des Arbeits- und Sozialrechts, Hrsg. Otto Brenner Stiftung, 2000, S. 24 ff.

Bieback, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, RdA 2000, S. 207-216

Blanke, Die Neufassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes: Arbeitsmarktregulierung im Spannungsverhältnis von Dienstleistungsfreiheit, Arbeitnehmerschutz und Tarifautonomie, ArbuR 1999, S. 417-426

Böhm, Arbeitnehmer-Entsendegesetz als „Ermächtigungsgesetz“?, NZA 1999, S. 128-130

Bosch/Worthmann/Zühlke-Robinet, Die Entstehung von „Freihandelszonen“ im Arbeitsmarkt, WSI-Mitt. 2000, S. 671-680

Büdenbender, Die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, RdA 2000, S. 193 ff.

Bülow/Artz, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, S. 2049-2956

Burgess, Tarifpolitik und gesetzlicher Mindestlohn in Großbritannien – Antwort auf die Tarifierosion oder Einfallstor für Staatsintervention ?, WSI-Mitt. 1999, S. 471-482

Callaghan, Anleitung zur Einführung eines nationalen Mindestlohns – Das britische Beispiel, WSI-Mitt. 2000, S. 509-521

Clasen, Tarifliche Vorsorge fürs Alter, Bundesarbeitsblatt 2002, S. 41 ff.

Däubler, , NZA 2001, S.

Däubler, Die Allgemeinverbindlicherklärung – notwendiges Mittel zum Schutz der Tarifautonomie?, FS Kehrman, 1997, S. 281 ff.

Däubler, Die Entsende-Richtlinie und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, EuZW 1997, S. 613-623

Däubler, Ein Antidumping-Gesetz für die Bauwirtschaft, DB 1995, 726-731

Däubler, Tariftreue statt Sozialkostenwettbewerb?, ZIP 2000, S. 681 ff.

Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993

Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, 1976.

Deinert, Arbeitnehmerentsendung im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen innerhalb der Europäischen Union, RdA 1996, S. 339-352

Denninger u. a. (Hg.), Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2002

Dombré, Ohne Kontrolle läuft Tariftreue ins Leere, Frankfurter Rundschau 4.3.2002.

Eckert/Wallenstein, Das neue Arbeitsvertragsrecht, München 2002

ErfK/Dieterich, 2. Auflage, 2001, GG.

Evers, Die Nichtigkeit von Handelsvertreterverträgen wegen zu geringer Verdienstmöglichkeiten und ihre Rückabwicklung, BB 1992, S. 1365-1374

Fastrich, Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht nach der Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgericht vom 19.10.1993, RdA 1997, S. 64-80

Fitting, Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, RdA 1952, 5 – 9

Fritzsche, Die Vereinbarkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes sowie der erfassten Tarifverträge mit höherrangigem Recht, Frankfurt/M. 2001

Gerken/Löwisch/Rieble, Der Entwurf eines Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in ökonomischer und rechtlicher Sicht, BB 1995, S. 2370-2375

Goldschmidt, Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, AR-Blattei D, 1952

Gotthardt, Der Arbeitsvertrag auf dem AGB-rechtlichen Prüfstand, ZIP 2002, S. 277-289

Heinze, Anforderungen an einen zukunftsfähigen Flächentarifvertrag – Brauchen wir ein neues Tarifrecht? Festschrift für Weinspach 2002, S. 103 ff.

Hensche, Tarifpolitik in der Krise, ArbRGgw 1997, S. 35 ff.

Herzog in Maunz/Dürig/Herzog, Kommentar zum GG, 1999, Art. 20.

Hessel, Bundesgesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, DB 1952, 64

Hildebrandt, Disparität und Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht, Göttingen 1987

Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts II./1, 7. Auflage, 1967.

Hümmerich/Holthausen, Der Arbeitnehmer als Verbraucher, NZA 2002, S. 173-181

Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl. 1997

Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 5. Auflage, 2000.

Junker/Wichmann, Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Doch ein Verstoß gegen Europäisches Recht, NZA 1996, S. 505-512

Kämmerer/Thüsing, Tariftreue im Vergaberecht, ZIP 2002, S. 596 ff.

Karenfort/Koppenfels/Siebert, „Tariftreuregelungen“ bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – vereinbar mit deutschem Kartellrecht und Europarecht? BB 1999, S. 1825

Kempen, /Zachert, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., Köln 1997

Kempen, „Tariftreue-Erklärungen“ – ein Verstoß gegen Wettbewerbs- und Vergaberecht? Festschrift für Däubler, 1999, S. 503

Kempen, Das Dilemma des Günstigkeitsprinzips im Rechtssystem der heutigen Arbeitsbeziehungen, in: Rüthers (Hg.), Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, 2002, S. 75

Kempen, Staatliche Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie? Festschrift für Gitter, 1995, S. 427

Kempen, Über den mangelnden Einfluss des europäischen Rechts auf das Arbeitsrecht, Festschrift für Kehrmann, 1997, S. 37 (=KritVJ 1996, S. 203)

Kemper, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), Heidelberg 1990

Kirsch/Bispinck, Informationen zur Tarifpolitik Allgemeinverbindliche Tarifverträge 2/2002.

Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 27. Auflage, 2002.

Kittner/Schiek, in AK-GG, Art. 9 Abs. 3, 3. Auflage, 2000.

Koberski/Clasen/Menzel, Tarifvertragsgesetz (lose Blatt), November 1997.

Kocher /Pfarr, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, NZA 1999, S. 358 –365

Koenigs, Rechtsfragen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und der EG-Entsenderichtlinie, DB 1997, S. 225-231

Koenigs, Zum Verhältnis Dienstleistungsfreiheit – sozialer Schutz der Arbeitnehmer, DB 2002, S. 1270

Kreiling, Tariflohn Kraft staatlicher Anordnung? NZA 2001, S. 1118

Kreimer-de-Fries, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Bispinck, Hrsg., Tarifpolitik der Zukunft, 1955, S. 203 ff.

Lakies, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Baden-Baden 2002, AEntG und Anhang § 5 (Mindestlohn)

Lindemann, Neuerungen im Arbeitsrecht durch die Schuldrechtsreform, ArbuR 2002, S. 81-87

Lingemann, Allgemeine Arbeitsvertragsbedingungen und Arbeitsvertrag, NZA 2002, S. 181-192

Löwisch, Tariftreue, Verpflichtung im Vergaberecht und Koalitionsfreiheit, DB 2001, S. 1090 ff.

Löwisch/Rieble, MünchArbR, Band 3, 2. Auflage, 2000, § 268.

Machin/Manning, The Effects of Minimum Wage on Wage Dispersion and Employment: Evidence from the U.K. Wages Councils, Industrial Labor Relations Review. Vol. 47, No. 2, S. 319-329

Müller, Die Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union, Baden-Baden 1997

Nägele, Wucher – ein arbeitsrechtliches Problem, BB 1997, S. 2162-2163

Nienhüser, „Legal, illegal ...“ – Die Nutzung und Ausgestaltung von Arbeitskräftestrategien in der Bauwirtschaft?, Industrielle Beziehungen 1999, S. 292 ff.

Oppolzer/Zachert, Krise und Zukunft des Flächentarifvertrages, 2000.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Komm., 62. Aufl., München 2002

Peter, Abschied vom Konsens – Mangelnde Tariftreue und Erosion der Arbeitgeberverbände, in: Festschrift für Däubler, Frankfurt/M. 1999, S. 479-494

Peter, Gesetzlicher Mindestlohn für die Bundesrepublik?, GMH 1998, S. 90 ff.

- Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, Baden-Baden 1995
- Peter, Rechtsschutz für „Niedriglöhner“ durch Mindestlohn, ArbuR 1999, S. 289-298
- Peter/Peter, Der vertragliche Entgeltanspruch, in: Weiss/Gagel, Handbuch des Arbeits- und Sozialrechts, Baden-Baden, 27. Lg. 3/97, § 15 A
- Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1999.
- Preis, Kompensation von Gleichgewichtslagen in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und Zivilgerichte – ein Vergleich, ArbuR 1994, S. 139-152
- Preis, Ulrich, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied 1993
- Ramm, Grundrechte und Arbeitsrecht, JZ 1991, 1-16
- Rebhahn, Rechtsvergleichendes zur Tarifbindung ohne Verbandsmitgliedschaft, RdA 2001, S. 214 ff.
- Reim, Koalitionsfreiheit ohne Grenzen, Die Mitbestimmung 1997, S. 54 ff.
- Reinecke, Kontrolle Allgemeiner Arbeitsbedingungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, DB 2002, S. 583-588
- Reinecke, Vertragskontrolle im Arbeitsverhältnis, Sonderbeilage NZA 3/2000, S. 23, 33.
- Rittner, Die „sozialen Belange“ i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, S. 677
- Rust, Die sozialen Kriterien im Vergaberecht – eine Duplik auf Rittner (EuZW, 1999, S. 677), EuZW 2000, S. 205
- Rust, GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZW 1999, S. 453
- Rust, Öffentliche Auftragsvergabe und soziale Standards nach bundesdeutschem und gemeinschaftsrechtlichem Vergaberecht, Festschrift für Däubler, 1999, S. 900
- Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972
- Sahl/Stang, Das Arbeitnehmerentsendegesetz und die Europäische Entsenderichtlinie, AiB 1996, 652-661
- Schäfer, Armut in der Arbeit, Soziale Sicherheit, 1994, S. 126 ff.
- Schäfer, Armut trotz Armut – „Ungerechte“ Niedriglöhne in Deutschland und Europa, in Schäfer/Pohl, Niedriglöhne, Hamburg 1996, S. 57-77
- Schäfer, Die WSI-Befragung von Betriebs- und Personalräten 1999, 2000 im Überblick, WSI Mitt. 2001, S. 65 ff.
- Schäfer, Europa sucht einen „gerechten“ Lohn, WSI-Mitt. 1991, 711-724
- Schäfer, Niedrige Löhne – bessere Welten ?, WSI-Mitt. 2000, 534-550
- Schlachter, Allgemeinverbindlicherklärung des Vorruhestandstarifvertrages im Baugewerbe, BB 1987, S. 758 ff.
- Scholz, Art. 9 GG in Maunz/Dürrig/Herzog, GG, 1999.
- Scholz, Vergabe öffentlicher Aufträge nur bei Tariftreue ?, RdA 2001, S. 193-199
- Schramm, Modernisierung versus Deregulierung des Flächentarifvertrages: eine Analyse der Zukunft des Tarifsystems im Berliner Gebäudereiniger-Handwerk, Gutachten 7/2002 (maschinenschriftlich).

Schubert, Ist der Außenseiter vor Normsetzung durch die Tarifparteien geschützt?, RdA 2001, S. 199 ff.

Schwab, Die vergaberechtliche „Tariftreueerklärung“ im Spannungsfeld von Arbeitsrecht und Wettbewerb, NZA 2001, S. 701 ff.

Schwarz, Überraschungskontrolle nach § 3 AGBG im Arbeitsrecht ?, BB 1996, S. 1434-1437

Seifert, Rechtliche Probleme von Tariftreueerklärungen, ZfA 2000, S. 1

Selmayr, Die gemeinschaftsrechtliche Entsendungsfreiheit und das deutsche Entsendegesetz, ZfA 1996, S. 615-658

Söllner, Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, S. 144-152

Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Mainz 1966

Stein, Tarifvertragsrecht, 1977.

Strohmaier, Die Verfassungswidrigkeit des Arbeitnehmerentsendegesetzes, RdA 1998, S. 339-345

Thelen, Die Arbeitgeber wollen das Tarifikartell Schritt für Schritt abschütteln, Handelsblatt 4.6.2001.

Tschöpe, Sind Entgeltabreden der Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterworfen ?, DB 2002, S. 1830-1834.

Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Komm., 2. Aufl., Frankfurt/M. 2001

v.Danwitz, Das neugefasste Arbeitnehmer-Entsendegesetz auf dem Prüfstand: Europa- und verfassungsrechtliche Schranken einer Neuorientierung im Arbeitsrecht, RdA 1999, 322-327

v.Danwitz, Thomas, Die Rechtsprechung des EuGH zum Entsenderecht, EuZW 2002, S. 237-244

v.Hoyningen/v.Huene, Die Allgemeinverbindlicherklärung der Vorruhestandstarifverträge im Baugewerbe, BB 1986, S. 1909 ff.

Wank/Börgmann, Die Einbeziehung ausländischer Arbeitnehmer in das deutsche Urlaubskassenverfahren, NZA 2001, S. 177-186

Wiedemann, TVG, 6. Aufl. 1999.

Wiedemann, Zur Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Vorruhestandstarifverträgen, RdA 1987, S. 262 ff.

Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, 1992.

Zachert, „Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit“, AR-Blattei, SD 1650.1, 2001.

Zachert, Arbeitsrechtskodifikationen in Europa – Eine rechtsvergleichende Skizze, AuR 1993, S. 193 ff.

Zachert, Deregulierung des Tarifvertrages – Ein taugliches Mittel zur Lösung der Arbeitsmarktprobleme?, DB 1991, S. 1221 ff.

Zachert, Hrsg., Die Wirkung des Tarifvertrages in der Krise, 1991.

Zachert, Hugo Sinzheimer: praktischer Wissenschaftler und Pionier des modernen Arbeitsrechts, RdA 2000, S. 104 ff.