

Kollektives Arbeitsrecht

Richardi / Bayreuther

5. Auflage 2023

ISBN 978-3-8006-6893-9

Vahlen

gen (örtliche Zuständigkeit des ArbG Passau nach § 48 Abs. 1 a ArbGG [ggf. auch: § 46 Abs. 2 ArbGG, §§ 495, 29 ZPO]). Alternativ dazu kann er seinen Nachzahlungsanspruch auch gegenüber der B-GmbH geltend machen (§ 14 AEntG, §§ 765, 767, 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und eine entsprechende Klage entweder vor dem ArbG Stuttgart oder dem ArbG Passau erheben: Art. 19 Nr. 1 EuGVVO, §§ 3, 46 Abs. 2 u. 48 Abs. 1 a ArbGG, §§ 495, 29, 12 u. 17, 35 ZPO).

Daneben sind auf die Lohndifferenz möglicherweise Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten, wobei sich die Einzugsstelle entweder an O oder alternativ auch an die B-GmbH halten kann (§ 28 e Abs. 3 SGB IV; dies gilt nicht, wenn die Geschäftsführer der B-GmbH davon ausgehen durften, dass O die geschuldeten Sozialbeiträge abführt: § 28 e Abs. 3 b SGB IV, §§ 13, 35 GmbHG, §§ 31, 276 BGB). Dies hängt allerdings davon ab, ob K in Deutschland tatsächlich sozialversicherungspflichtig war (was sich nach den Sozialversicherungsverordnungen 883/2004 und 987/2007 der EU beurteilt und zumindest nach der »Papierlage« nicht der Fall ist, s. Art. 12 Abs. 1 VO 883/2004). O und ggf. der B-GmbH (§ 30 Abs. 1 OWiG) drohen ein Bußgeld nach §§ 23 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 AEntG und der zeitweilige Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge: § 21 AEntG. Darüber hinaus dürfte sich zumindest O wegen des signifikanten Unterschreitens des zwingenden Mindestlohns auch nach § 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben. In Betracht kommt überdies eine Strafbarkeit nach § 266 a StGB. Dagegen kann K weder von O noch der B-GmbH die Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns nach §§ 1 und 2 MiLoG (ggf. iVm § 13 MiLoG u. § 14 AEntG) verlangen, weil der entsendrechtliche Mindestlohn diesem gegenüber vorrangig ist: § 1 Abs. 3 MiLoG.

5. Rechtsschutz

Der Rechtsschutz gegen einen Verordnungserlass ist in §§ 2 a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG geregelt. Insoweit kann auf die Ausführungen verwiesen werden, die zum Rechtsschutz gegen eine Allgemeinverbindlicherklärung getroffen wurden → Rn. 23. Einzelne Arbeitgeber sind hier schon deshalb antragsbefugt, weil ihnen bei Nichtbeachtung einer Verordnung nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG die Verhängung eines Bußgelds droht. Sollte es in der Branche tatsächlich konkurrierende Tarifverträge geben und musste das BMAS daher eine Auswahlentscheidung nach (§ 7 a Abs. 2 iVm) § 7 Abs. 2 und 3 AEntG treffen, können selbstredend auch die »unterlegenen« Tarifvertragsparteien den Verordnungserlass angreifen.

Am Rande sei angemerkt, dass sich im Umfeld des AEntG ansonsten leider eine beispiellose Zersplitterung des Rechtswegs ergeben hat. Dass für individualrechtliche Zahlungsklagen die Arbeitsgerichte zuständig sind, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Bußgeldbescheide nach § 23 AEntG sind vor den ordentlichen Gerichten anzugreifen (§§ 67 ff. OWiG). Was einen Ausschluss vom Wettbewerb nach § 21 AEntG betrifft, ist die Zuständigkeit der Vergabekammern bzw. der nachgeordneten Oberlandesgerichte begründet. Wird ein Arbeitgeber, der die Mindestlohnvorgaben einer Rechtsverordnung nicht beachtet hat, von den Sozialversicherungsträgern zu Beitragsnachzahlungen herangezogen (vgl. § 28 p Abs. 1 SGB IV), muss er den Rechtsweg zu den Sozialgerichten beschreiten: §§ 51 Abs. 1, 54 Abs. 1 S. 1 SGG. Trifft die Zollverwaltung Anordnungen nach § 17 S. 1 AEntG iVm dem SchwarzArbG (etwa: Einsicht in Geschäftsunterlagen), ist der Rechtsweg zu den Finanzgerichten eröffnet. Bei all diesen Verfahren ist umstritten, ob dort § 98 Abs. 6 S. 1 ArbGG anwendbar ist. Wäre das nicht der Fall, müssten die ordentlichen Gerichte bzw. die Sozialgerichte inzident prüfen, ob die Verordnung wirksam ist, was ausgesprochen misslich ist.

IV. Mittelbarer »Tarifzwang« und Erstreckung der untersten Lohngruppe eines Tarifvertrags in der Leiharbeit

1. Mittelbarer »Tarifzwang« durch das equal-pay-Prinzip

- 62 Im Zuge der sog. Hartz-Reformen hat der Gesetzgeber 2002 das AÜG erheblich liberalisiert (»Hartz-III«) und dabei einen Großteil der Beschränkungen, denen die Arbeitnehmerüberlassung bis dahin unterlag, aufgehoben. Es schlossen sich zwei bewegte Jahrzehnte an, während derer Gesetzgeber und Rechtsprechung versucht haben, den mit den Chancen der Leiharbeit auch verbundenen Missbrauchsmöglichkeiten zu begegnen. Bereits in → § 3 Rn. 6 und 16 wurde dargestellt, dass das BAG die vormalige Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-serviceagenturen für tarifunfähig erklärt hatte, die Tarifpartner von Tarifwerken mit eher zweifelhaftem Charakter war. Aber auch die Tarifakteure haben das ihrerseits Erforderliche getan. So fusionierten die Arbeitgeberverbände der Branche zu zwei großen Verbänden (iGZ und BAP), die nur noch mit den DGB-Gewerkschaften kontrahieren. Und insoweit wurde einiges erreicht. Die Tarifpartner verständigten sich auf den Abschluss von Branchenzuschlagstarifverträgen (→ Rn. 65) sowie von Mindestlohnempfehlungen (§ 3a AÜG), die über dem gesetzlichen Mindestlohn liegen. Schritt für Schritt ist so eine verhältnismäßig stabile Tarifsituation entstanden. Aber auch der Gesetzgeber war nicht untätig. Mit drei Novellen hat er in den Jahren 2011, 2014 und 2017 die Überlassungsdauer auf maximal 18 Monate begrenzt (§ 18 Abs. 1b AÜG, s. dazu → § 5 Rn. 22), einen Mindestlohn für die Branche eingeführt (§ 3a AÜG) sowie Zeitarbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich stärker in die Stammebelegschaft eingliedert (vgl. § 14 Abs. 2 u. 3 AÜG, § 7 S. 2 BetrVG). Mit der Novelle 2017 wurde auch der Vergütungsanspruch des Leiharbeitnehmers einer grundlegenden Reform unterzogen und die zuvor zersplitterten Vorgaben in der aktuell geltenden Regelung des § 8 AEntG zusammengefasst. Allerdings ist unklar, ob die in dessen Absätzen 2 bis 4 angeordnete Tarifdispositivität des equal-pay-Prinzips (§ 8 Abs. 2 bis 4 AÜG) mit der Leiharbeitsrichtlinie der Europäischen Union vereinbar ist. Insoweit hat sich das BAG mit Blick auf diese mit einem Bündel von Vorlagefragen an den EuGH gewandt,⁵² die zum Zeitpunkt des Manuskriptabschlusses noch nicht beantwortet worden waren.
- 63 Nach §§ 8, 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG sind Leiharbeitnehmer während der Überlassung zu genau den Arbeitsbedingungen zu beschäftigen, die für vergleichbare Stammarbeitnehmer des entleihenden Unternehmens gelten (»equal pay und treatment«). Allem voran haben sie einen Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das ihre im Einsatzbetrieb festangestellten »Kollegen« beanspruchen können. Zahlt der Verleiher seinen Arbeitnehmern demgegenüber ein schlechteres Arbeitsentgelt, begeht er eine Ordnungswidrigkeit (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG) und riskiert den Widerruf der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG).
- 64 In der Praxis stellt der Grundsatz des equal-pay aber allenfalls die Ausnahme und nicht die Regel dar. Müsste der Verleiher seinen Arbeitnehmern nämlich die im Entleihbetrieb vorherrschenden Arbeitsbedingungen gewähren, wäre die Arbeitnehmerüberlassung häufig nicht mehr rentabel. Oft wird schon der Entleiher nicht zur Zahlung eines Überlassungsentgelts in Höhe der für die eigene Belegschaft maßgeblichen Arbeitslöhne bereit sein, vor allem aber würde dem Verleiher keine Gewinnspanne bleiben. Daher kommt es Verleihern entgegen, dass die Absätze 2 bis 4 des § 8 AÜG

52 BAG 16.12.2020, NZA 2021, 800.

bestimmen, dass ein Tarifvertrag einen Dispens vom equal-pay-Gebot gewähren darf. Dabei reicht auch eine Bezugnahme auf den jeweiligen Tarifvertrag. Allerdings muss sich die Verweisungsabrede auf das gesamte einschlägige Tarifwerk erstrecken (vgl. dazu → § 7 Rn. 18). Denn nur dann, wenn der Verleiher im Gegenzug auch bereit ist, wenigstens den Lohnvorgaben des Verleihertarifvertrags zu entsprechen, erscheint eine Befreiung des verleihenden Arbeitgebers vom equal-pay-Gebot gerechtfertigt. In der Summe arbeiten mehr oder weniger alle Verleiher mit einschlägigen Tarifverträgen, wobei angesichts des sehr geringen Organisationsgrads auf Arbeitnehmerseite Bezugnahmeabreden üblich sind. Alles in allem ist equal-pay also eher nur Theorie geblieben. Dennoch hat dieses Gebot immerhin bewirkt, dass alle Verleiher mittelbar gezwungen sind, ihren Betrieb zu »tarifizieren«.

In einschlägigen Tarifverträgen wird meist kein förmlicher Dispens vom equal-pay-Gebot ausgesprochen, sondern vielmehr ein bestimmter Lohn für Leiharbeitnehmer festgesetzt, aus der sich mittelbar die Befreiung vom Gleichbehandlungsgebot ergibt. Hierfür stehen den Tarifvertragsparteien zwei Vorgehensweisen zur Verfügung: (1) Sie begrenzen die Abweichung vom equal-pay-Gebot auf die ersten neun Monate des Einsatzes; für diesen Zeitraum sind sie bei der Gestaltung des Lohngefüges frei: § 8 Abs. 4 S. 1 AÜG. (2) Nach § 8 Abs. 4 S. 2 AÜG können die Tarifvertragsparteien dem Verleiher aber auch einen zeitlich nicht begrenzten Dispens vom equal-pay-Grundsatz gewähren.⁵³ Sie müssen jedoch im Gegenzug festlegen, dass der Arbeitnehmer ab dem 15. Einsatzmonat das Tarifentgelt der Zielbranche erhält und nach der 6. Einsatzwoche schrittweise an dieses Niveau herangeführt wird. Dieses Verfahren hat sich in der Praxis durchgesetzt. Dabei darf die 15-Monats-Regelung nicht dahingehend missverstanden werden, dass der Tarifvertrag dem Leiharbeitnehmer ab dem 15. Einsatzmonat equal-pay zusprechen müsste. Vielmehr müssen die Tarifvertragsparteien ab diesem Zeitpunkt ein Arbeitsentgelt festlegen, das ihnen dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt der Einsatzbranche gleichwertig erscheint. Dieses muss aber nicht dem Gehalt entsprechen, das im konkreten Einsatzbetrieb gezahlt wird. So können beispielsweise außer- und übertarifliche Zulagen außen vor bleiben. Darüber hinaus kommt den Tarifvertragsparteien aber auch ein großer Einschätzungsspielraum im Hinblick auf die Beurteilung des tariflichen Gehaltsniveaus der Zielbranche zu. Sie dürfen dieses pauschalisieren. So hat es sich eingebürgert, dass der Ausgangspunkt der Berechnung die in den Verleihertarifverträgen festgelegten Lohnsätze bleiben und der Arbeitnehmer als Aufschlag hierzu einen bestimmten »Branchenzuschlag« erhält, der proportional mit der Einsatzzeit ansteigt.

65

2. Verleihrechtlicher Mindestlohn

§ 3a AÜG sieht für die Leiharbeit eine gesonderte Möglichkeit zur Festsetzung verbindlicher Mindestlöhne vor. Dabei bewegt sich der verleihrechtliche Mindestlohn an der Grenze von erstrecktem Tarifrecht und einem echten gesetzlichen Mindestlohn. Er hat insoweit einen kollektivrechtlichen Einschlag, als Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände im Bereich der Leiharbeit dem BMAS übereinstimmend vorschlagen können, die unterste Lohnstufe eines Tarifvertrags in einer Rechtsverordnung als verbindlichen Mindestlohn festzusetzen.

66

⁵³ Eine zeitliche Grenze ergibt sich mittelbar freilich durch die Höchstüberlassungsdauer des § 1b Abs. 1 AÜG bzw. durch die in den einschlägigen Tarifverträgen vorgesehene maximale Überlassungsdauer (→ § 5 Rn. 22).

- 67 Auch das konkrete Erstreckungsverfahren ähnelt – mit Abweichungen im Detail – dem des Verordnungserlasses nach §§ 7 bzw. 7a AEntG (vgl. → Rn. 9, 11, 32 und 35). Erwähnung verdient insoweit die dem § 7 Abs. 2 und 3 AEntG nachgebildete (vgl. dazu → Rn. 38ff.) Regelung des § 3a Abs. 4 AÜG. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass es in der Leiharbeitsbranche tatsächlich zwei große und miteinander konkurrierende Arbeitgeberverbände gibt (→ Rn. 62). Diese haben sich bislang aber mit den DGB-Gewerkschaften stets auf einen einheitlichen Vorschlag für einen Mindestlohn verständigen können.
- 68 Im Unterschied zu §§ 5 TVG und 7 AEntG wird im Anwendungsbereich des § 3a AÜG dann aber kein Tarifvertrag im technischen Sinn auf tarifungebundene Arbeitsvertragsparteien erstreckt. Vielmehr schafft das BMAS mit dem Erlass einer Rechtsverordnung nach § 3a AÜG eine davon völlig isolierte und originäre Lohnbestimmung. Die Tarifregelung, auf die sie mittelbar zurückgeht, hat im Festsetzungsverfahren mehr oder weniger nur Orientierungsfunktion, der Lohnanspruch ergibt sich dagegen aus staatlichem Recht.
- 69 Der Mindestlohn nach § 3a AÜG ist tarifvertragsfest (s. auch: § 3a Abs. 1 S. 1, Abs. 2, § 8 Abs. 5 TVG). Verleiher können also nicht einwenden, dass sie an einen eigenen, spezielleren Tarifvertrag gebunden sind, der ein niedrigeres Lohnniveau vorgibt. Weiter knüpft das AÜG an die Nichtgewährung des Mindestlohns Sanktionen, die denen des AEntG bzw. denen des MiLoG nachgebildet sind (Bußgeld nach § 16 Abs. 1 Nr. 7b iVm § 8 Abs. 5 AÜG; Zuständigkeit [auch] der Zollverwaltung nach § 17 Abs. 2 AÜG). Allerdings kennt das AÜG weder einen Ausschluss von öffentlichen Vergaben, noch eine Generalunternehmerhaftung (insoweit anders aber das Sozialrecht: § 28e Abs. 2 S. 1 SGB IV). Die einschlägigen Mindestlöhne sind auch von ausländischen Verleihern einzuhalten, soweit sie Arbeitnehmer ins Inland verleihen: § 2 Abs. 2 AEntG. Nur kurz hingewiesen werden soll auf die Sonderregelung des § 8 Abs. 3 AEntG. Danach gilt, dass wenn Zeitarbeiter in einen Einsatzbetrieb verliehen werden, der dem Geltungsbereich⁵⁴ eines AEntG-Tarifvertrags unterfällt, sie mindestens Anspruch auf Zahlung des jeweiligen Branchenmindestlohns haben. Diese Regelung gilt gemeinhin zwar als wenig praxistauglich, immerhin gelangt man so wenigstens im Mindestlohnbereich zu einem echten equal-pay-Zwang.
- 70 Den Rechtsschutz gegen eine Verordnung regeln §§ 2a Abs. 1 Nr. 5, 98 ArbGG. Insofern ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber dem Verfahren der AVE (→ Rn. 23).
- 71 Die einschlägigen Mindestlöhne sind auch von ausländischen Verleihern einzuhalten, soweit sie Arbeitnehmer ins Inland verleihen. Das folgt aus § 2 Nr. 1 AEntG.
- 72 Die bei Manuskriptabschluss avisierte Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung sieht einen Mindestlohn in Höhe von 12,43 EUR (2022) bis 13,50 EUR vor. Damit liegt der verleihrechtliche Mindestlohn, wenn auch nur knapp, über dem gesetzlichen Mindestlohn.⁵⁵

⁵⁴ Entgegen dem Gesetzeswortlaut reicht nicht, dass der Leiharbeiter dort lediglich eine einschlägige Tätigkeit ausführt: BAG 21.10.2009, NZA 2010, 237.

⁵⁵ Diesem ist er nach § 1 Abs. 3 MiLoG vorrangig.

V. Tariftreueverlangen und vergaberechtlicher Mindestlohn

In zahlreichen Landesvergabegesetzen finden sich Bestimmungen⁵⁶, wonach die Vergabe eines öffentlichen Auftrags (häufig aber beschränkt auf die Bereiche Bau, Dienstleistungen und Verkehr) nach den §§ 98 ff. GWB davon abhängt, dass sich der Auftragnehmer verpflichtet, seinen Arbeitnehmern bestimmte (Mindest-)Arbeitsbedingungen zu gewähren.⁵⁷ Die ursprüngliche Idee war, dass öffentliche Aufträge nur an Anbieter vergeben werden dürfen, die zusagen, ihren Arbeitnehmern während der Auftragsausführung die Arbeitsbedingungen zu gewähren, wie sie sich aus den vor Ort einschlägigen Tarifverträgen ergeben (im Weiteren: »echte Tariftreueerklärungen«). Hier geht es also nicht etwa darum, dass der Bieter auf die Einhaltung eines grundständigen Mindestlohns eingeschworen werden soll. Vielmehr soll er das gesamte Tarifgitter umsetzen, so als wäre er selbst tarifgebunden. Folglich muss er auch höheren Entgeltgruppen, bis hin zu tariflichen Höchstgehältern, Beachtung schenken. Dieses Verfahren hatte der EuGH als europarechtswidrig verworfen (ausführlich → Rn. 102). Deshalb hatten viele Bundesländer einschlägige Vorschriften zunächst aufgegeben und beschränkten sich darauf, den Auftragnehmer an solche Mindestarbeitsbedingungen zu binden, die Gegenstand einer Rechtsverordnung nach §§ 7 bzw. 7a AEntG bzw. eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags sind.⁵⁸ Rechtlich gesehen wirkt eine derartige Selbstverpflichtung freilich nur deklaratorisch, weil der Auftraggeber die fraglichen Tarifregelungen ja ohnehin beachten muss (§ 5 Abs. 4 TVG bzw. §§ 7, 7a und 8 AEntG). Die Arbeitnehmer gewinnen durch sie also nichts hinzu und zwar selbst dann nicht, wenn man die gegenüber der Vergabebehörde abgegebene Erklärung ihres Arbeitgebers als Vertrag zu Gunsten Dritter iSd § 328 BGB auslegen würde (→ Rn. 76). Dessen ungeachtet sind derartige Tariftreueerklärungen aber nicht völlig bedeutungslos, weil sie der Vergabebehörde die Kündigung des Auftrags erleichtern können, sollte der Auftragnehmer gegen Tarifrecht verstoßen. Mit dem Inkrafttreten der revidierten Entsenderichtlinie (→ Rn. 91) sind etliche Bundesländer nun wieder mutiger geworden und zu den ursprünglichen, echten Tariftreueverlangenen zurückgekehrt.⁵⁹ Die Einhaltung zwingender Mindestlohntarifverträge wird nur noch als Ergänzung dazu verlangt.

Darüber hinaus sehen einige Landesgesetze vor, dass sich Auftraggeber verpflichten müssen, ihren Arbeitnehmern mindestens einen bestimmten, im Gesetz abstrakt festgelegten Arbeitslohn zu zahlen, der durch die Bank über dem Mindestlohn nach dem MiLoG liegt (so genannter »vergaberechtlicher Mindestlohn«). Dabei ist umstritten, ob Arbeitnehmer über das Vergabeangebot ihres Arbeitgebers (§ 328 BGB) einen individuellen Anspruch auf Gewährung des jeweiligen Mindestlohns erhalten. Auch ist unklar, ob ein durch Landesgesetz festgelegter Vergabemindestlohn nach Erlass des MiLoG im Jahr 2015 mit Art. 31 GG vereinbar ist. Dafür spricht, dass der Bund mit der Schaffung des MiLoG lediglich von seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) Gebrauch gemacht hat. Die einschlägigen Landes-

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

57 Ausnahmen: Bayern, Sachsen.

58 So nach wie vor in: Hessen, Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Hamburg, Brandenburg, Bremen, Saarland, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein.

59 Thüringen und Berlin (zudem [Anfang 2022] geplant in: Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Hamburg und Saarland).

gesetze sind dagegen dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, also dem Recht der Wirtschaft, zuzuordnen.⁶⁰

- 75 Am Rande finden sich in vielen Landesgesetzen noch Tariftreueverlangen für Vergaben von Verkehrsdienstleistungen im öffentlichen Nahverkehr. Mehr dazu bei → Rn. 104.

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

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

1. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

a) Demokratiegebot

- 77 Aus dem Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG folgt, dass nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien nicht einfach der normsetzenden Gewalt der Tarifvertragsparteien unterworfen werden dürfen, die ihnen gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliedschaftlich legitimiert sind.⁶¹ Die Erstreckung des privat geschaffenen Tarifrechts auf außenstehende Dritte bedarf also eines konkreten staatlichen Erstreckungsakts. Unzureichend wäre dagegen eine Blankett-Verweisung, die dynamisch auf ein Tarifwerk oder gar nur auf Tarifverträge ganz allgemein Bezug nimmt. Dennoch erweisen sich die Regelungen der § 5 TVG, § 7 bzw. 7a AEntG und § 3a AÜG insoweit als akzeptabel, weil hier mit jedem einzelnen Erstreckungsakt nur ein ganz bestimmter Tarifvertrag (bzw. die unterste Lohngruppe eines bestimmten Tarifvertrags) auf Dritte erstreckt wird.

b) Negative Koalitionsfreiheit

- 78 Probleme der negativen Koalitionsfreiheit (→ § 2 Rn. 57) ergeben sich immer dann, wenn der Staat Tarifrecht auf Außenseiter und Andersorganisierte erstreckt. Das ist bei der AVE nach § 5 TVG sowie beim Rechtsverordnungserlass nach §§ 7 und 7a AEntG der Fall. Gleiches gilt aber auch für »echte« Tariftreueverlangen (→ Rn. 73), jedenfalls in Branchen, die stark von öffentlichen Aufträgen abhängen.⁶² Will sich nämlich ein Arbeitgeber an einem Ausschreibungsverfahren beteiligen, führt für ihn kein Weg an der Anwendung des vorgegebenen Tarifvertrags vorbei. Das gilt auch, wenn er eigentlich an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist (beachtlich ist dies freilich nur dann, wenn dieser einen im Vergleich zu den vergaberechtlichen Vorgaben geringeren Lohn vorsieht). Bedeutung erlangt die negative Koalitionsfreiheit auch bei der Vorgabe eines verleihrechtlichen Mindestlohns nach § 3a AÜG, da dieser immerhin an die unterste Lohngruppe eines aktuellen Tarifvertrags angelehnt ist. Vor allem aber das equal-pay-Prinzip der § 8 AÜG erweist sich insoweit als problematisch, weil dieses die Ver-

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

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

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

leiher faktisch in eine Tarifbindung zwingt. Dem Verleiher ist es regelmäßig nicht möglich, sinnvoll zu wirtschaften, solange er nicht in den Genuss eines »Dispenstarifvertrags« gelangt (→ Rn. 64f.).⁶³

Doch hat das BVerfG⁶⁴ bereits für die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG 79 entschieden, dass die negative Koalitionsfreiheit Außenseiter und Andersorganisierte nur davor schützt, dass auf sie Zwang oder erheblicher Druck zum Beitritt zu einer bestimmten Koalition ausgeübt wird. Dazu reicht aber nicht, wenn auf den Außenseiter lediglich fremdes Tarifrecht erstreckt wird, weil dieser nicht beanspruchen kann, von jeder »Lebensentäußerung« der Koalition verschont zu bleiben. Nun mag es zwar sein, dass Außenseiter deshalb geneigt sein könnten, dem tarifschließenden Verband doch noch beizutreten, um dadurch Einfluss auf die nächsten Tarifverhandlungen zu gewinnen. Indes ergibt sich daraus lediglich ein unbeachtlicher mittelbarer Beitrittsdruck. Zusammenfassend gilt also, dass die negative Koalitionsfreiheit den Gesetzgeber nicht daran hindert, die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen zu machen. Diese Grundsätze hat das BVerfG später auf die Rechtsverordnung nach § 7 AEntG⁶⁵ und auch auf Tariftreueverlangen⁶⁶ übertragen.

c) Positive Koalitionsfreiheit

Die Vorgabe von Mindestarbeitsbedingungen bewirkt immer dann einen Eingriff in 80 die positive Koalitionsfreiheit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, wenn diese tariffest ausgestaltet sind, so dass Arbeitsvertragsparteien von diesen auch dann nicht abweichen dürfen, wenn sie an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind, der andere (oder genauer: für den Arbeitnehmer weniger günstige) Arbeitsbedingungen vorgibt.

Als unproblematisch erweist sich die AVE von Tarifverträgen außerhalb des Anwendungsbereichs des AEntG. Sind die Arbeitsvertragsparteien nämlich bereits nach §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden, besteht in ihrem Arbeitsverhältnis Tarifkonkurrenz. Diese ist nach dem Spezialitätsprinzip (→ § 6 Rn. 81) aufzulösen, so dass sich ihr »eigener« Tarifvertrag gegen den »nur« für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag durchsetzt. Wie mehrfach dargelegt gibt es hiervon aber auch Ausnahmen, s. § 5 Abs. 1 a, Abs. 4 S. 2 TVG. 81

Alle anderen Formen der staatlichen Festsetzung von Mindestlöhnen und -arbeitsbedingungen tangieren stets die Koalitionsfreiheit anders organisierter Arbeitsvertragsparteien. Sie sind tariffest: §§ 1 und 3 MiLoG, §§ 7, 7a und 8 Abs. 2 AEntG, § 3a AÜG. Diese verpflichten auch Andersorganisierte zur Einhaltung der jeweils festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen, wenn sie in den Geltungsbereich eines abweichenden Tarifvertrags gelangen (→ Rn. 41 ff., 80f., 99 sowie → § 6 Rn. 77 ff.). 82

Im Ansatz stellt es einen sehr schwerwiegenden Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit der tarifschließenden Verbände und in die individuelle Koalitionsfreiheit ihrer 83

⁶³ Man kann hier auch umgekehrt argumentieren: Der Gesetzgeber ist nicht gezwungen, das staatliche Arbeitsrecht tarifdispositiv auszugestalten. Wenn er das dennoch tut, stellt dies zu allererst nur ein Angebot an Verleiher dar, dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu entgegen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, dass Verleiher von dieser Option nur durch Unterwerfung unter einen dispensierenden Tarifvertrag Gebrauch machen können, wäre folglich unproblematisch.

⁶⁴ BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322 = NJW 1977, 2255; BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7 = NJW 1981, 215.

⁶⁵ BVerfG 18.7.2000, NZA 2000, 948.

⁶⁶ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 = NZA 2007, 42.

Mitglieder dar, wenn das staatliche Recht einem Tarifvertrag seinen Geltungsanspruch in Arbeitsverhältnissen einschlägig organisierter Arbeitsvertragsparteien versagt. Denn der Anspruch der Koalitionen und ihrer Mitglieder auf Geltung »ihres« Tarifvertrags gehört zu den elementarsten Bestandteilen des Koalitionsgrundrechts (→ § 2 Rn. 65).

- 84 Doch relativiert sich die Schwere eines mit einem staatlichen Mindestlohn verbundenen Eingriffs in die Koalitionsfreiheit erheblich, weil in den Branchen, die das AEntG, AÜG und letztlich auch das MiLoG ansprechen, die möglicherweise verdrängten Tarifverträge in den einzelnen Arbeitsverhältnissen meist alleine über Bezugnahme Klauseln Anwendung finden. Die Tarifierstellung auf der Basis einer rein schuldrechtlich wirkenden Bezugnahme Klausel nimmt indes nicht am Koalitionschutz des Art. 9 Abs. 3 GG teil. Weiter kommt hinzu, dass die einschlägigen Regelungen »andere« Tarifverträge ja nicht schlechterdings verdrängen, sondern sich nur auf elementare Mindestarbeitsbedingungen beziehen. Vor allem aber ist kaum zu erwarten, dass Gewerkschaften überhaupt bereit sein könnten, die einmal gesetzten Mindestlohntarifverträge zu unterschreiten. Insoweit lehrt die Erfahrung, dass die Gewerkschaften, die Mindestlöhne möglicherweise unterboten hätten, allesamt nicht tariffähig waren (CGZP, GNBZ [→ § 2 Rn. 4, → § 3 Rn. 16, → § 9 Rn. 62]). Dass die staatliche Erstreckung von Mindestarbeitsbedingungen dessen ungeachtet tatsächlich einen Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit bewirkt, liegt daher vor allem daran, dass dadurch der Gang von Tarifverhandlungen prädisponiert wird. Der Mindestlohn bietet Gewerkschaften eine relativ komfortable Rückfallbasis, so dass sie sich darauf beschränken können, von der Arbeitgeberseite ein »Mehr« zu fordern. Das belastet Arbeitgeber und ihre Verbände nicht unerheblich.

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

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

e) Rechtfertigung und verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

- 86 Insbesondere seit dem Erlass des MiLoG ist vermehrt in den Fokus der Betrachtung gerückt, ob und inwieweit der Gesetzgeber aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) bzw. mit Rücksicht auf die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 GG) berechtigt oder gar verpflichtet ist, auch im Lohnbereich für ein angemessenes Schutzniveau zu sorgen. Dass dies der Fall ist, zeigen neben einigen landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen (s. Art. 168 Verfassung Bayern,⁶⁷ Art. 24 Abs. 2 der Verfassung NRW⁶⁸) und Art. 4 Nr. 1 ESC⁶⁹ vor allem die Bürgerschafts- und Handelsvertreterentscheidungen des BVerfG⁷⁰ und zuletzt der Beschluss des Ge-

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

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

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

70 BVerfG 19. 10. 1993, BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 – Bürgerschaft I; BVerfG 5. 8. 1994, NJW 1994, 2749 – Bürgerschaft II; BVerfG 7. 2. 1990, BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 – Handelsvertreter;