

Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 3. November 2008 in Berlin zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen - Drucksache16/10485 -

b) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG) - Drucksache16/10486 -

c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Brigitte Pothmer, Birgitt Bender, Dr. Gerhard Schick, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (Erstes Mindestarbeitsbedingungen-Änderungsgesetz - 1. MiArbGÄndG) - Drucksache16/8757 -

d) Gesetzentwurf der Abgeordneten Brigitte Pothmer, Birgitt Bender, Dr. Thea Dückert, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG) - Drucksache16/8758 -

e) Antrag der Abgeordneten Werner Dreibus, Ulla Lötzer, Dr. Barbara Höll, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Für einen sozial gerechten Mindestlohn in Deutschland - Drucksache16/1878 -

Dr. Eva Kocher, Frankfurt

I. Zur Konzeption der Gesetze

1. Funktion und verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer staatlichen Mindestentgeltfestsetzung

Aus den Grundrechten des GG ergibt sich eine Schutzpflicht des Staates gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Die Möglichkeit, aus abhängiger Erwerbstätigkeit ein Existenz sicherndes Einkommen erwerben zu können, muss gesichert sein. Die Funktion eines solchen Mindestentgelts unterscheidet sich jedoch von anderen staatlichen (Sozial-)Leistungen. Denn beim Mindestentgelt geht es um die Gegenleistung für Arbeit in einem privaten Beschäftigungsverhältnis. Das Existenzminimum jenes Teils der Bevölkerung, der abhängig erwerbstätig ist,

ist nicht nur am Maßstab der Menschenwürde, sondern auch am Maßstab des Persönlichkeitsrechts und der Berufsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 GG) zu messen. Es muss also auch eine gewisse Äquivalenzfunktion erfüllen. Sie lässt sich mit dem Begriff der „angemessenen“ Arbeitsbedingungen beschreiben. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Ziel bereits als legitimes gesetzgeberisches Ziel in der Sozialpolitik anerkannt (BVerfGE 44, 322 (342)).

Die gesetzgeberische Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 GG hat zur Folge, dass dort, wo der Arbeitsmarkt dies nicht alleine zu gewährleisten vermag, der Staat durch gesetzliche Regelungen zum Ausgleich von Ungleichgewichte eingreifen muss.

Hinter den vorliegenden Entwürfen steht insofern die Einschätzung des Gesetzgebers, dass es Ungleichgewichte auf den Arbeitsmärkten gibt, für die die bisherigen Mechanismen der staatlichen Mindestentgeltfestsetzung nicht ausreichen. Für solche Fälle halten die Gesetzentwürfe zwei unterschiedliche Verfahren der staatlichen Festsetzung vor: die Verbindlicherklärung von Tarifverträgen (AEntG) und die staatliche Festsetzung ohne Anbindung an Tarifverträge (MiArbG).

2. Europäisierung der Arbeitsmärkte und Gemeinschaftsrecht

Zur Einschätzung, dass die bisherigen Mechanismen unzureichend waren, mussten nicht nur wirtschaftliche Entwicklungen und Veränderungen auf den Arbeitsmärkten führen. Auch der gemeinschaftsrechtliche Hintergrund zwingt zu einer Änderung der nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen.

Als Folge der Errichtung des europäischen Binnenmarktes hat sich mit der Osterweiterung gerade in Deutschland der grenzüberschreitende Lohnkostenwettbewerb verschärft. Nun ist es zwar Aufgabe der Europäischen Gemeinschaft, über gemeinsame Politiken auch ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz sowie den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt zu fördern (Art. 2 EGV). Eine Angleichung der Rechtsvorschriften würde es ermöglichen, die arbeitsrechtlichen Standards anderer Mitgliedstaaten im deutschen Rechtsraum anzuerkennen. Die gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung des arbeitsrechtlichen Schutzes beschränkt sich aber bislang auf wenige Bereiche. Dazu kommt: Im Bereich des Mindestentgelts ist eine Harmonisierung nicht möglich. Die Europäische Gemeinschaft hat nach Art. 137 Abs. 5 EGV keine Kompetenz zur Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen in den Bereichen des Arbeitsentgelts. Diese Lücke wird auch nicht durch eine europäische Tarifpolitik oder europäische und grenzüberschreitende Tarifverträge geschlossen.

Es bedarf also der Äquivalente im nationalen Recht. Ein solches Äquivalent stellen die Entwürfe bereit; der AEntG-Entwurf setzt gleichzeitig die Entsenderichtlinie 96/71/EG teilweise ins deutsche Recht um. Der Europäische Gerichtshof hat vor diesem Hintergrund nicht nur Regelungen des geltenden AEntG, sondern auch parallele Regelungen in anderen Rechtsordnungen grundsätzlich für gemeinschaftsrechtlich zulässig erklärt. Im vergangenen Jahr hat der Europäische Gerichtshof jedoch begonnen, alle denkbaren Alternativen zur allgemeinen Mindestlohnfestsetzung erheblichen rechtlichen Beschränkungen zu unterwerfen. So erteilte der EuGH in seinem Urteil zu einem deutschen Fall (EuGH 3.4.2008 – C-346/06 („Rüffert“)) dem Instrument der Tariftreuerklärung eine Absage mit der Begründung, gemeinschaftsrechtlich legitim seien nur allgemeinverbindliche Geltungserstreckungen. Und in den Urteilen vom Dezember 2007 (EuGH 11.12.2007 – C-438/05 („Viking“); EuGH 18.12.2007 – C-341/05 („Laval“)) setzte er den Versuchen enge Grenzen, mit Hilfe einer autonomen tariflichen Bewegung Sozialstandards auf grenzüberschreitendes Handeln zu erstrecken.

Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht erscheint damit die staatliche allgemeinverbindliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen als zurzeit einzig legitimes Instrument zur Regulierung eines Lohnkostenwettbewerbs, der Grundrechte der Beschäftigten zu missachten droht. Vor diesem Hintergrund ist die Arbeitnehmerentsendung ein geeigneter Ansatzpunkt für die Festlegung eines gesetzlichen Rahmens. Eine Mindestentgeltfestsetzung, die die Fragen des grenzüberschreitenden Lohnkostenwettbewerbs nicht behandelt, muss unzureichend bleiben. Zu Recht enthält der AEntG-Entwurf kollisionsrechtliche Regelungen (§§ 2, 3 AEntG-Entwurf). Der Gesetzentwurf entspricht insofern der bisherigen Gesetzeslage, die „Inseln ausländischen Arbeitsrechts“ in Deutschland eingrenzt.

3. Rechtfertigung der staatlichen Mindestentgeltfestsetzung

a) Verhältnis von Tarifautonomie und staatlicher Festsetzung

In der deutschen Rechtsordnung ist es grundsätzlich Aufgabe der Tarifparteien, Ungleichgewichte im individuellen Arbeitsverhältnis durch kollektives Handeln auszugleichen und über Tarifverträge Mindestentgelte festzulegen (BVerfG, 26.6.1991, BVerfGE 84, S. 212 ff (229)). Diese Aufgabe ist durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützt. Insbesondere die Regelung von Entgelt ist quasi „Hausgut“ der Koalitionen; im Falle eines Tarifvertrages kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass er einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gewährleistet („Richtigkeitsvermutung“, siehe BVerfGE 34, S. 308 ff (317); BVerfG 2.3.1993, BVerfGE 88, S. 103 ff (114)). Zwar steht den Tarifparteien insoweit kein Normsetzungsmonopol zu; der Gesetzgeber darf keineswegs ausschließlich im tariffreien Raum agieren. Er muss aber bei jeder staatlichen Mindestlohnfestsetzung die Tarifautonomie berücksichtigen.

Der Schutz der Tarifautonomie ist jedoch kein Selbstzweck. Der Schutz nach Art. 9 Abs. 3 GG geht aus gutem Grund weiter als der Schutz der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG). Denn die kollektive Organisation und Normsetzung im Bereich der Arbeitsbeziehungen dient nicht nur der Verwirklichung der Vereinigungsfreiheit, sondern über die Vereinigungsfreiheit der Verwirklichung von demokratischer Mitwirkung im Erwerbsleben, der Regulierung der Arbeitsverhältnisse und dem Ausgleich von Ungleichgewichten auf den Arbeitsmärkten. Die Tarifautonomie macht es möglich, dass „eine aktive Minderheit der Motor des sozialen Fortschritts [sein kann], der allen zu Gute kommt.“ (Gamillscheg). Auch das Gemeinschaftsrecht verlangt nach funktionsfähigen Sozialpartnern, die an einer Gestaltung der Arbeitsbeziehungen mitwirken können. Kollektive Privatautonomie, die in der Koalitionsfreiheit geschützt ist, bedeutet insofern mehr als nur die Summe einer Vielzahl individueller privatautonomer Interessen, also mehr als nur die Summe der Rechte der Mitglieder aus Art. 2 Abs. 1 GG. Schutz- und Ordnungsfunktion der Tarifautonomie sind insofern nicht voneinander zu trennen.

Damit sind an den Gesetzgeber, der im Kernbereich der Tarifautonomie die staatliche Festsetzung von Mindestentgelten ermöglichen will, unterschiedliche Anforderungen gestellt:

- Er darf nur soweit eingreifen, wie die Tarifautonomie die Funktion des Ausgleichs von Ungleichgewichten nicht (mehr) wahrnehmen kann und der kollektive Mechanismus eine „Richtigkeitsvermutung“ der tariflichen Regelung nicht (mehr) rechtfertigt.
- Er muss die Schutzfunktion des Art. 9 Abs. 3 GG beachten, d.h. er muss durch angemessene Rahmenbedingungen die Tarifautonomie als Instrument der Regulierung und Mitwirkung stärken.

Die Schutzfunktion des Art. 9 Abs. 3 GG kann es erfordern, allgemeine gesetzliche Mindeststandards einzuziehen, die die Tarifparteien davon entlasten, in schwierigen wirtschaftlichen Situationen in tarifliche Abwärtsspiralen zu geraten, die die Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen und damit ihre Legitimität in Frage stellen. Dies ist jedoch nicht der Weg, der mit den vorliegenden Entwürfen eingeschlagen wird. Diese beschränken sich vielmehr darauf, eine staatliche Festsetzung von Mindestentgelten in Abhängigkeit vom Tarifgeschehen zu ermöglichen.

In diesem Kontext tut der Gesetzgeber zum Schutz der Tarifautonomie gut daran, bei der staatlichen Standardsetzung an autonomen Regelungen anzudocken, wie es mit dem AEntG geschieht. Dies ist jedoch nur insoweit legitim, als die Tarifautonomie ihren Anspruch auf Regulierung zu erfüllen vermag. Die Anwendung des AEntG muss deshalb Mindestanforderungen unterliegen. Zutreffend machen die Gesetzentwürfe die Entscheidung, ob ein Mindestentgelt in Anknüpfung an tariflichen Regelungen festgesetzt wird (AEntG) oder ob das Mindestentgelt unabhängig von tariflichen Standards gefunden werden soll (MiArbG) allein von der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems im jeweiligen Wirtschaftsbereich abhängig. Das Kriterium des Deckungsgrads der Tarifverträge, das hierfür gewählt wird (§ 1 Abs. 2 MiArbG-Entwurf) und die Grenze von 50% erscheint hierfür grundsätzlich als geeignet und transparent und trägt zur Rechtssicherheit bei.

Nicht nachvollziehbar ist allerdings, wieso für den Anwendungsbereich des AEntG-Entwurfs nicht dasselbe Prinzip gewählt wurde. Nur der Begründung des Gesetzes ist zu entnehmen, dass § 7 Abs. 5 AEntG-Entwurf die Antragstellung auch in Branchen ermöglichen soll, die nicht bereits nach § 4 einbezogen sind.

b) AEntG-Entwurf

Zu begrüßen ist, dass die vorgeschlagene Neufassung des AEntG zu größerer Übersichtlichkeit und Transparenz führt.

Sachgerecht ist auch die Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs, die künftig durch Verweis auf § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TVG ausdrücklich das Vorliegen eines öffentlichen Interesses für den Erlass einer Rechtsverordnung verlangt. Im Übrigen lassen sich die Kriterien für den Erlass der Rechtsverordnung aus der Zielsetzung des Gesetzes entnehmen (§ 1 AEntG-Entwurf).

Der Struktur des Entwurfs im Verhältnis zum MiArbG-Entwurf lässt erkennen, dass das Gesetz davon ausgeht, dass sich in Branchen mit einem tariflichen Deckungsgrad von mindestens 50% im Regelfall die Vermutung zu bestätigen sein wird, dass es sich bei den tariflichen Bedingungen mindestens um „angemessene“ Bedingungen handelt. Dem Verordnungsgeber muss jedoch im Hinblick auf die Zielsetzung der Verbindlicherklärung (§ 1 des Entwurfs) die Aufgabe zukommen, diese Vermutung zu überprüfen. Dies könnte im Gesetzestext deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, insbesondere für den Fall, dass der Tarifvertrag, für den der Antrag gestellt wurde, selbst einen geringeren Deckungsgrad als 50% hat. Die Systematik des Entwurfs spricht auch dafür, bereits an dieser Stelle die Repräsentativität des jeweiligen Tarifvertrags als Indiz für die Angemessenheit zu benennen und nicht nur für den Fall, dass aktuell in der Branche mehrere konkurrierende Tarifverträge gelten.

c) MiArbG-Entwurf

Die Bundesrepublik Deutschland hat zwar nicht das Übereinkommen Nr. 131 der ILO von 1970 unterzeichnet, das Mindestlöhne für alle Arbeitnehmergruppen vorschreibt. Deutschland hat sich jedoch auf das Übereinkommen Nr. 26 der ILO, also zur Einführung sektoraler Mindestlöhne verpflichtet („Verfahren einzuführen...“, die es gestatten, Mindestlöhne für die Arbeitnehmer in gewissen Gewerben oder Teilen von Gewerben [...] festzusetzen, in denen keine wirksamen Einrichtungen zur Festsetzung der Löhne, sei es durch Gesamtarbeitsvertrag oder auf anderem Wege, bestehen und in denen die Löhne außergerichtlich niedrig sind“ (Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 26)).

Der Umsetzung dieser Verpflichtung dient das MiArbG. Der Begriff der „sozialen Verwerfungen“ (§ 3 Abs. 1 Satz 1 MiArbG-Entwurf) macht die Voraussetzungen jedoch nicht deutlich genug. Unklar bleibt auch, inwiefern er sich von der bisherigen Fassung des Gesetzes unterscheidet. Damit droht auch künftig dieses Gesetz praktisch irrelevant zu bleiben. Transparenter und rechtssicherer wäre eine ausdrückliche Benennung der Zielsetzung des Gesetzes entsprechend der Kriterien, die den Fachausschüssen vorgegeben wurden (insbesondere Schaffung angemessener Arbeitsbedingungen, § 4 Abs. 4 Satz 3 MiArbG-Entwurf); die Entscheidung nach § 3 hätte sich dann an der Notwendigkeit zu orientieren, zu diesem Zweck Mindestarbeitsentgelte festzusetzen.

II. AEntG-Entwurf: Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht1. Individuelle Koalitionsfreiheit

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Vergangenheit nicht nur die Verfassungsmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen und der Regelung des § 5 TVG wiederholt festgestellt. Es hatte am 18.7.2000 auch Gelegenheit, zur Verfassungsmäßigkeit des AEntG Stellung zu nehmen und dabei zu Recht festgestellt, dass die Annahme eines verfassungswidrigen Eingriffs in die Koalitionsfreiheit fern liegt. Dies gilt insbesondere für die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter und anders Organisierten: „Soweit durch die Geltungserstreckung des Mindestlohn-Tarifvertrages [...] ein mit-

telbarer 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.“ (BVerfG, 18.7.2000, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG; bestätigt in BVerfG, 11.7.2006, NJW 2007, S. 51 ff). Dies würde auch für die Neufassung gelten.

2. Kollektive Koalitionsfreiheit

Eine Bezugnahme staatlicher Regelungen auf Tarifverträge (AEntG) greift bereits insofern in die Koalitionsfreiheit ein, als der Gesetzgeber im selben Bereich wie die Tarifparteien tätig wird und diese insofern zwingt, bei ihren Verhandlungen auch diejenigen gesamtwirtschaftlichen Konsequenzen im Blick zu behalten, die sich durch die Möglichkeit der gesetzlichen Verbindlicherklärung ergeben. Es kann auch Auswirkungen auf die Organisationsfähigkeit von Koalitionen haben, wenn Tarifnormen unabhängig von der Mitgliedschaft gelten. Die Ziele eines Mindestlohns, das Existenzniveau für Erwerbstätige zu sichern und hierzu Ungleichgewichte auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen, setzen dieser Grundrechtsverbürgung jedoch Schranken. Die Anknüpfung an der tariflichen Regelung gewährleistet gleichzeitig einen schonenden Ausgleich mit der Tarifautonomie.

a) Auswahlentscheidung (§ 7 Abs. 2/3 AEntG-Entwurf)

Für den Fall, dass mehrere Anträge gestellt werden, muss auch eine Auswahlentscheidung getroffen werden. Hierfür muss der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber Kriterien an die Hand geben, die sich an der Zielsetzung des Gesetzes orientieren. Das Kriterium der Repräsentativität ist hierbei ein sachgerechtes Kriterium, das einen unzulässigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit vermeidet.

Die Tarifautonomie gewährleistet eine gewisse Richtigkeitsvermutung. Im Rahmen der Verbindlicherklärung nach dem AEntG-Entwurf ist dem Verordnungsgeber jedoch die Aufgabe übertragen zu überprüfen, ob diese Vermutung im Einzelfall gerechtfertigt ist. Dabei ist an diejenigen Kriterien anzuknüpfen, die verfassungsrechtlich die Richtigkeitsvermutung begründen. Die verfassungsrechtliche Tarifautonomie ist ein prozedurales Verfahren, das deshalb von der „Marktrichtigkeit“ von Tarifverträgen ausgeht, weil diese auf Gegengewichtsprinzip, Freiwilligkeit und Selbständigkeit der beiderseitigen Willensbildung beruhen. Es sind diese Voraussetzungen, denen sich die Kriterien für die Verbindlicherklärung entnehmen lassen müssen. Das Gegengewichtsprinzip ist unter ihnen das einzige, das einen graduellen Maßstab enthält. Es verweist auf Repräsentativitäts- und Mächtigkeitserwägungen als Maßstab für den „richtigsten“ Tarifvertrag. Auch das Bundesverfassungsgericht scheint davon auszugehen, dass Repräsentativitäts- und Mächtigkeitssichtpunkte die größte Legitimität für sich verbuchen können. Im Kammerbeschluss zum AEntG hat es deshalb offen gelassen, ob eine Erstreckung dann verfassungswidrig sein könnte, wenn der Geltungsbereich eines Tarifvertrages auf Außenseiter erstreckt würde, der von im konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen abgeschlossen wurde (BVerfG, 18.7.2000, AP Nr. 4 zu § 1 AEntG).

Der Gesetzgeber ist nicht darauf verwiesen, allein auf den Deckungsgrad als Merkmal der Repräsentativität und auf die Repräsentativität als Merkmal der „Angemessenheit“ der Festsetzung abzustellen. Es erscheint aber in Hinblick auf Sinn und Zweck der Koalitionsfreiheit angemessen, den Deckungsgrad als Indiz der Repräsentativität und die Repräsentativität als Indiz der „Angemessenheit“ der Festsetzung zu verwenden, wie dies in § 7 Abs. 2 des Entwurfs geschieht. Eine solche Auswahlregelung ist geeignet und erforderlich zur Zielerreichung und verletzt nicht die Tarifautonomie. Es spricht jedoch viel dafür, diese Kriterien für jede Entscheidung über die Verbindlicherklärung zu verlangen, unabhängig davon, ob aktuell in der Branche mehrere konkurrierende Tarifverträge gelten.

Dem Gesetzentwurf ist darin zuzustimmen, dass die Auswahlentscheidung des Verordnungsgebers im Fall der Verdrängung anderer Tarifverträge auch die Tarifautonomie der Parteien des verdrängten Tarifvertrags berücksichtigen muss (§ 7 Abs. 3 des Entwurfs). Allerdings ergibt sich die Verdrängung von Gesetzes wegen aus § 8 des Entwurfs; die potenzielle Verdrängungswirkung ist bei jeder Verbindlicherklärung zu berücksichtigen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb insofern unterschiedliche Kontrollmaßstäbe gelten sollten – zumal der Entwurf die Unterschiede im Grad der Kontrolle und im Ausmaß der Sorgfalt äußerst vage bleiben.

b) Verdrängung (§ 8 Abs. 1/2 AEntG-Entwurf)

Für das bisherige AEntG war umstritten, ob im Verhältnis von spezielleren Haustarifverträgen zu den Verbindlicherklärungen des AEntG der Spezialitätsgrundsatz anzuwenden ist. Der Begriff der Spezialität ist dabei jedoch ungenau. Diese Kollisionsregel findet nur Anwendung, soweit es um Normen desselben Normgebers geht. Vorliegend geht es jedoch nicht um eine Frage der Tarifkonkurrenz, sondern um das Verhältnis eines Tarifvertrags zu einer verbindlichen staatlichen Festsetzung. Dies spricht hier für die Anwendung des Rang- und Günstigkeitsprinzips, womit tarifliche Regelungen, die für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ungünstigere Bedingungen enthalten, verdrängt würden.

Für die Anwendung des Rangprinzips spricht auch die Zielsetzung des Gesetzes und der Verbindlicherklärung, nämlich tarifliche Regelungen, die die Richtigkeitsvermutung rechtfertigen, für verbindlich erklären, um angemessene Arbeitsbedingungen sicherzustellen, die den Grundrechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 GG gerecht werden.

Dies entspricht auch der bisherigen Fassung des Gesetzes. Vor dem Hintergrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben hat der Gesetzgeber des AEntG schon bisher der Verbindlicherklärung ausdrücklich Vorrang vor anderen Tarifverträgen eingeräumt (vgl. BAG 25.6.2002, AP Nr. 12 zu § 1 AEntG; BAG, 20.7.2004, BAGE 111, 247; EuGH 24.1.2002 - C-164/99, („Portugaia Construções“)). Die Zielsetzung des notwendigen Arbeitnehmerschutzes macht eine Verdrängung anderer Tarifverträge zulässig. Das VG Berlin (7.3.2008 – VG 4 A 439.07 hat insofern lediglich darauf hingewiesen, dass das Gesetz selbst die

Verdrängungswirkung ausdrücklich und selbst regeln muss – dies sieht der Entwurf nun vor.

Dagegen wurde eingewandt, dass aufgrund der Tarifautonomie davon auszugehen sei, dass Koalitionen keine sozial inakzeptablen Mindestarbeitsbedingungen vereinbaren, weshalb die autonome Regelung immer Vorrang vor der staatlichen Festsetzung beanspruchen könne. Dies verkennt einerseits die Reichweite der Richtigkeitsvermutung von Tarifverträgen. Zum anderen verkennt es die Notwendigkeit, im Interesse des Mindestschutzes von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer transparente Kontrollmaßstäbe und Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Das TVG gewährleistet insofern keine ausreichende Rechtssicherheit. Nicht wenigen Vereinbarungen, die in Ausübung der Koalitionsfreiheit gerade im Niedriglohnbereich abgeschlossen werden, fehlt mangels Tariffähigkeit der abschließenden Organisationen der Tarifcharakter und damit die Richtigkeitsvermutung. Hier gibt es zurzeit jedoch keine wirksamen Kontrollmechanismen, die sowohl einen schonenden Umgang mit der Koalitionsfreiheit gewährleisten könnten, als auch den angemessenen Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Kollektivverträgen, die sich zu Unrecht mit dem Anschein von Tarifverträgen umgeben und bei denen die Funktion des Arbeitnehmerschutzes hinter der organisations- und koalitionspolitischen Funktion zurücktritt. Gravierende Kontrollprobleme bestehen auch bei ausländischen Tarifverträgen. Die Koalitionsfreiheit von Organisationen, die den im Sinne des § 1 AEntG-Entwurf erforderlichen Mindeststandard (noch) nicht zu gewährleisten vermögen, tritt insoweit hinter den Grundrechten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zurück.

3. Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht

Die Dienstleistungsfreiheit darf aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beschränkt werden. Zu diesen Gründen zählt vornehmlich der Schutz der entsandten Arbeitnehmer. Nach der Rechtsprechung des EuGH hindert die Dienstleistungsfreiheit einen Mitgliedstaat nicht, „einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, das Dienstleistungen im erstgenannten Mitgliedstaat erbringt, die Verpflichtung aufzuerlegen, seinen Arbeitnehmern die durch die nationalen Vorschriften dieses Staates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen“ bzw. erlaubt es, im Interesse des sozialen Schutzes „Rechtsvorschriften über die Mindestlöhne oder die Tarifverträge der Sozialpartner auf alle Personen [auszudehnen], die in ihrem Staatsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben und zwar unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist“. Auch die Verhinderung von Lohndumping (Schutz eines fairen Wettbewerbs) kann ein zwingendes Erfordernis zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen (EuGH 12.10.2004 - C-60/03, („Wolff&Müller“)).

Diese Voraussetzungen erfüllen sowohl das bisherige AEntG als auch der vorgeschlagene Entwurf. Mit den Entwürfen schöpft Deutschland nach wie vor nicht

alle Möglichkeiten aus, die im Rahmen der Entsende-Richtlinie bestehen.

4. Verfahren

Wie das BVerfG zur Allgemeinverbindlichkeit entschieden hat, sind „sowohl die Mitwirkung der Koalitionen und des diese repräsentierenden Tarifausschusses als auch die Beteiligung des Staates [...] notwendig, um die Außenseiter dem Tarifvertrag zu unterwerfen.“ (BVerfG, 24.5.1977, BVerfGE 44, S. 322 ff (346)). Ähnlich lässt sich auch dem Kammerbeschluss des BVerfG zum AEntG entnehmen. Dort weist das Gericht darauf hin, es sei verfassungsrechtlich von Bedeutung, dass nach dem geltenden AEntG auch den Außenseitern aufgrund ihres Rechts zur vorherigen schriftlichen Stellungnahme nicht jede Einflussmöglichkeit genommen sei. Die verfahrensrechtlichen Aspekte des Art. 9 Abs. 3 GG sprechen insofern auch für ein Anhörungsrecht aller Koalitionen.

In der Durchsetzung bleibt zu beachten, dass der Gesetzgeber bei der Verbindlicherklärung von immanenten Schranken der Tarifautonomie Gebrauch macht. Würde die Geltung eines Tarifvertrags nach dem vorliegenden Entwurf erstreckt, die Einhaltung dann aber nicht überwacht, so schwächte dies die Geltungskraft des Tarifvertrags. Es spräche einiges dafür, derjenigen Organisation, deren Tarifvertrag erstreckt wird, einen entsprechenden Durchsetzungsanspruch zu gewähren. Auch ein Klagerecht von Koalitionen, deren Verträge verdrängt wurden, kann sich als sachgerecht erweisen.

III. MiArbG-Entwurf: Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Der Eingriff des MiArbG-Entwurfs in die Koalitionsfreiheit beschränkt sich auf die Verdrängung von Tarifverträgen, die keine günstigeren Regelungen vorsehen (§ 8 des Entwurfs). Für die Rechtfertigung der Verdrängung gilt aber entsprechendes wie für den AEntG-Entwurf.

Der Gesetzentwurf gewährleistet in § 8 Abs. 2 Vertrauensschutz für geltende Tarifverträge. Weshalb der Vertrauensschutz jedoch auch Tarifverträge erfassen soll, die nach dem Stichtag abgeschlossen werden, ist nicht nachvollziehbar – zumal das Kriterium der „Ablösung“ oder „unmittelbaren Ersetzung“ Abgrenzungsprobleme schafft, die der Sache nach nicht erforderlich sind. Hier besteht die Gefahr, dass Anreize gesetzt werden, unzureichende Tarifbedingungen fortzusetzen; der Anreiz der neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen droht wirkungslos zu bleiben.

Verfahrensrechtlich könnte eine sinnvolle Beteiligung der Koalitionen auch in einer Antragsbefugnis bestehen, die eine Überprüfung des Festsetzungsbedürfnisses ermöglicht