

Berlin, im Oktober 2008  
Stellungnahme Nr. 60/2008  
abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

## **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins (DAV)**

**durch den Ausschuss Arbeitsrecht**

**zum**

**Regierungsentwurf für ein Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG)**

**und zum**

**Regierungsentwurf für ein Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitende entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG)**

### **Mitglieder des Ausschusses:**

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf (Vorsitz und Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart  
Rechtsanwalt und Notar Paul-Werner Beckmann, Herford  
Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh  
Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln  
Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig (Berichterstatter)  
Rechtsanwältin Angela Leschnig, Würzburg  
Rechtsanwalt Dr. Stefan Lunk, Hamburg  
Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier, Berlin (Berichterstatter)  
Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt  
Rechtsanwältin Irma-Maria Vormbaum-Heinemann, Köln

### **zuständige DAV-Geschäftsführerin:**

Rechtsanwältin Dr. Katharina Freytag, Berlin

## Verteiler:

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- An die Mitglieder des Ausschusses für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- An die Mitglieder des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
- Bundesrat
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
- Deutscher Gewerkschaftsbund
- Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Bundesarbeitsgericht
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- An die Vorsitzenden der Fach- und Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesrechtsanwaltskammer
- An die Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- An die Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins
- An die Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins
- An die Ministerien für Arbeit der Länder
- An die Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland
- Forum Junge Anwaltschaft
- Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Universität Bonn (Prof. Dr. Gregor Thüsing)
- Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln (Prof. Dr. Martin Henssler)
- Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht an der Universität zu Köln (Prof. Dr. Ulrich Preis)
- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Zeitschrift Recht der Arbeit
- Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)
- Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
- Handelsblatt
- Süddeutsche Zeitung
- Financial Times

Diese Stellungnahme finden Sie auch auf der Internetseite des Deutschen Anwaltvereins unter: <http://www.anwaltverein.de/interessenvertretung/stellungnahmen>

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

## I. Gesetzeskonzeption

1. Das Ziel eines „gesetzlichen Mindestlohns“ soll nach dem Willen der Bundesregierung<sup>1</sup> durch zwei Gesetze realisiert werden, nämlich zum einen durch ein „Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen“, welches an die Stelle des bisherigen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 26. Februar 1996 treten soll, zum anderen durch eine grundlegende Neufassung des Gesetzes über Mindestarbeitsbedingungen vom 11. Januar 1952. Daneben soll das im Tarifvertragsgesetz (§ 5) vorgesehene Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen erhalten bleiben, welches allerdings künftig wohl nur für solche Branchen Relevanz behalten wird, für die das AEntG in der geplanten Neufassung künftig nicht gilt. Alle drei Instrumentarien (AEntG, MiArbG und Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG) sollen jeweils unterschiedlichen materiellen und prozeduralen Regelungen unterstellt werden.
2. Von einer einheitlichen, in sich geschlossenen und für die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite verständlichen Regelung gesetzlicher Mindestlöhne kann schon deshalb keine Rede sein. Zudem ist die Zweiteilung in zwei Gesetze problematisch und wenig überzeugend. In Wirklichkeit geht es um ein einheitliches gesetzpolitisches Anliegen, nämlich die Ermöglichung einer „flächendeckenden“ staatlichen Regelung von Arbeitsbedingungen. Es erscheint, gerade bei der derzeit gegebenen Zerfaserung des deutschen Arbeitsrechts, wünschenswert, den Regelungsgegenstand in ein Gesetz zu fassen.  
  
Nach einer Verabschiedung der beiden Gesetzentwürfe würde das deutsche Arbeitsrecht nochmals komplizierter und undurchschaubarer als es heute ohnehin schon ist.
3. Zusätzlich irritiert, dass eines der beiden Gesetzesvorhaben den Titel „Arbeitnehmer-Entsendegesetz“ erhalten bzw. behalten soll, obwohl es ausweislich der Gesetzesbegründung künftig nicht mehr darauf ankommen soll, ob der Arbeitgeber

---

<sup>1</sup> Kabinettsbeschluss vom 16. Juli 2008; Gesetzentwürfe: BR-Drs. 542/08 (AEntG) und 541/08 (Änderung des MiArbG).

seinen Sitz im In- oder Ausland hat; es gilt vielmehr für die darin aufgenommenen Branchen gleichermaßen für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer. Damit verabschiedet sich der deutsche Gesetzgeber endgültig von der ursprünglichen Konzeption des AEntG, das gleiche Entgeltbedingungen in der deutschen Bauwirtschaft herstellen sollte, indem ausländischen Arbeitgebern der Vorteil niedriger Auslandslohne genommen wurde.

Zwar wird auch dieser Gesetzeszweck weiterhin von dem Entwurf eines neuen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes verfolgt; sein Schwerpunkt liegt aber künftig in der durch ministerielle Rechtsverordnung verfügbaren (zwingenden) Erstreckung von Tarifverträgen auf nicht an diese gebundene inländische Arbeitsverhältnisse. Das gilt erst recht, wenn der Kreis der einbezogenen Branchen, der sich z.Zt. auf das Bauhaupt- und Nebengewerbe, die Gebäudereinigung und Briefdienstleistungen beschränkt, im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens erweitert werden sollte, wie dies seitens des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) beabsichtigt ist.<sup>2</sup>

4. Schließlich weist der Arbeitsrechtsausschuss des DAV darauf hin, dass auch der im politischen Umfeld benutzte Begriff des „Mindestlohnes“, der sich in ähnlichem Wortlaut auch in den beiden Gesetzentwürfen wiederfindet, zumindest missverständlich ist. Er ist (nur) insoweit zutreffend, als trotz staatlicher Lohnfestsetzung auch künftig die Vereinbarung *günstigerer* Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag oder Einzelarbeitsvertrag zulässig sein soll. Soweit er dagegen suggeriert, dass lediglich das „untere Ende“ einer denkbaren Lohnskala durch staatliche Regelungen fixiert werden soll, entspricht dies jedoch weder dem Gesetzestext noch dem offenkundigen Willen der Regierungsparteien. Besonders deutlich wird dies beim Entwurf des MiArbG – neu –, wo es in das Ermessen des Ordnungsgebers (BMAS) gestellt wird, welchem von mehreren Tarifverträgen in der Branche er durch Rechtsverordnung zur zwingenden Wirkung im Hinblick auf alle unter seinen fachlichen und räumlichen Geltungsbereich fallenden Arbeitsverhältnisse verhilft. Maßstab für die Ermessensentscheidung sollen die „Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen“, die „Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen“, die Erhaltung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung, die Ordnungs- und Befriedigungsfunktion der Tarifautonomie sowie schließlich – bei Konkurrenz mehrerer Tarifverträge in einer Branche, für die ein Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung gestellt wurde – deren jeweilige „Repräsentativität“ sein.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung zu § 4 AEntG - neu -, BR-Drs. 542/08, S. 15: Antragstellung durch weitere Branchen auf Aufnahme in den Geltungsbereich des Gesetzes weiterhin möglich.

<sup>3</sup> Vgl. § 7 Abs. 2 i.V.m. § 1 AEntG – neu –.

5. Aber auch der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Gesetze über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen orientiert sich nicht an der „Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zur Befriedigung der notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer“ (so § 1 Abs. 2 b) der heute gültigen Gesetzesfassung). Vielmehr soll für alle Wirtschaftszweige, in denen bundesweit die an Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber *weniger* als 50 % der unter den Geltungsbereich dieser Tarifverträge fallenden Arbeitnehmern beschäftigen, einem letztlich vom BMAS dominierten<sup>4</sup> Haupt- sowie branchenbezogenen Fachausschüssen die Möglichkeit gegeben werden, bei Feststellung „sozialer Verwerfungen“ in einem Wirtschaftszweig die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zu beschließen, die sodann von der Bundesregierung auf Vorschlag des BMAS als Rechtsverordnung erlassen werden (§§ 2 bis 4 MiArbG - neu -). Rechtlich nachprüfbarere Vorgaben für die Festsetzung von Entgelten durch die Fachausschüsse sieht der Gesetzentwurf nicht vor. Es heißt in § 4 Abs. 4 lediglich, dass durch Mindestarbeitsbedingungen die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig für den Beschäftigungsort festgelegt wird, was aber keineswegs bedeuten muss, dass der Ausschuss sich am unteren Ende des jeweiligen tatsächlichen Marktniveaus zu orientieren habe; Maßstab für die von ihm zu treffende Gesamtabwägung sind vielmehr die Schaffung *angemessener* Arbeitsbedingungen (§ 4 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1), die Gewährleistung fairer und funktionierender *Wettbewerbsbedingungen* (§ 4 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2) und die Erhaltung der *sozialversicherungspflichtigen* Beschäftigung (§ 4 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3). Damit erhält der Ausschuss bzw. der seine Entscheidung umsetzende Verordnungsgeber ein umfassendes lohnpolitisches Mandat, wie es sonst nur den Tarifvertragsparteien zusteht. Das kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Ausschuss bei der Festlegung der Entgelte „nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Region differenzieren“, also ganze sogenannte „Lohngitter“ festlegen kann (vgl. § 4 Abs. 4 Satz 2 AEntG - neu-).
6. *Vorab ist somit festzuhalten:* Das politische Vorhaben eines „gesetzlichen Mindestlohnes“ wird durch die beiden Gesetzentwürfe weder für die Gesetzesanwender transparent noch in Diktion und materieller Ausgestaltung konsequent umgesetzt. Der Regelungsansatz ist weit umfassender als der Titel der beiden in Rede stehenden Gesetzentwürfe dies vermuten lässt. Es wäre transparenter, ein einheitliches Gesetz über die staatliche Festlegung von Arbeitsbedingungen zu schaffen,

---

<sup>4</sup> Nach § 2 Abs. 3 MiArbG – neu – besteht der Hauptausschuss aus sieben Mitgliedern. Hiervon beruft die Bundesregierung auf Vorschlag des BMAS den Vorsitzenden sowie zwei weitere Mitglieder und deren Stellvertreter; je zwei weitere Mitglieder und deren Stellvertreter werden auf Grund von Vorschlägen der Spitzenorganisationen der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften ernannt. Da Beschlüsse des Hauptausschusses mit der einfachen Mehrheit seiner Mitglieder gefasst werden, können die vom BMAS benannten Mitglieder bereits mit der Stimme nur **eines** Mitglieds von Arbeitgeber- *oder* Arbeitnehmerseite Beschlüsse durchzusetzen. In den *Fachausschüssen* kommt den wiederum von der Bundesregierung auf Vorschlag des BMAS berufenen Vorsitzenden (§ 6 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 2 Abs. 3 Satz 1 MiArbG – neu –) bei Stimmengleichheit das Recht zum *Stichentscheid* zu.

in das aus Gründen der Übersichtlichkeit auch das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG einbezogen werden sollte. Bei einer Verwirklichung des jetzigen Gesetzesvorhabens droht eine weitere Zersplitterung des Arbeitsrechts, gegen die sich führende Politiker der Koalitionsparteien bis in die jüngste Zeit ausgesprochen haben.

## **II. Gesetzesinhalt**

1. In der Sache selbst kann ein Recht des Staates, Arbeitsbedingungen und damit auch Arbeitsentgelte im Sinne eines Mindeststandards zu regeln, nicht in Abrede gestellt werden. Dieses ergibt sich bereits aus der Zuständigkeit des Bundes für das Arbeitsrecht im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Zweifelsohne hat der Bundesgesetzgeber das Recht, Vergütungsbedingungen zu unterbinden, die noch nicht einmal geeignet sind, das Existenzminimum eines Vollzeitbeschäftigten zu sichern („Hungerlöhne“); im Gegenteil obliegt ihm die Pflicht, für Arbeitsbedingungen in einem Rahmen Sorge zu tragen, welcher der Menschenwürde und freien Entfaltung der Persönlichkeit gerecht wird. Dies ist der Regelungsansatz des derzeit geltenden MiEntG, welches allerdings seit seinem Inkrafttreten im Jahre 1952 keine praktische Bedeutung erlangt hat. Ebenso ist es das legitime Recht des Staates, das Verbot des sogenannten Lohnwuchers (§ 138 BGB) durch gesetzliche Vorgaben zu konkretisieren.
2. Weder der Entwurf eines neuen AEntG noch derjenige eines neugefassten MiArbG stellen jedoch auf die „notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse“ der betroffenen Arbeitnehmer, also auf einen subjektbezogenen, sozialen Ansatz, ab. Ebenso wenig erfolgt eine Orientierung an dem vorhandenen Branchendurchschnittsniveau. Insbesondere wird nicht geregelt, bei welcher Abweichung von einem Durchschnittsniveau nach unten der Tatbestand einer sittenwidrigen und damit sozial nicht mehr hinnehmbaren Lohnunterschreitung gegeben ist.

Im gesetzpolitischen Fokus stehen vielmehr, wie dargelegt, abstraktionspolitische Aspekte der „Angemessenheit“ von Arbeitsbedingungen, die in einen gleichberechtigten Kontext zu fairen und funktionierenden Wettbewerbsbedingungen sowie zur Erhaltung der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung gestellt werden (vgl. § 4 Abs. 4 Satz 3 MiArbG - neu -, §§ 1 und 7 AEntG - neu -). Damit beschränkt sich der Staat aber nicht mehr auf die Gewährleistung eines sozialstaatlich und ethisch gebotenen Lohnminimums, sondern begibt sich auf ein Terrain, dessen Gestaltung kraft verfassungsrechtlicher Grundentscheidung zuvorderst den Tarifvertragsparteien anvertraut ist; denn der grundrechtliche Schutz koalitionspezifischer Betätigungen umfasst insbesondere die Tarifautonomie, die eine Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens gewährleistet,

„bei der der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrags grundsätzlich den Koalitionen überlassen hat. Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu ordnen.“<sup>5</sup>

In der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird der Schutz der Koalitionsfreiheit noch über den sogenannten Kernbereich hinaus erweitert.<sup>6</sup>

Die beiden vom Bundeskabinett verabschiedeten und in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Gesetzentwürfe müssen sich daher verfassungsrechtlich daran messen lassen, ob sie die grundrechtlich verbürgte Tarifautonomie hinreichend respektieren. Dabei ist zu beachten, dass die Lohnfindung den Schwerpunkt der von Art. 9 Abs. 3 GG erfassten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bildet und die Koalitionsfreiheit gegenüber Eingriffen in die autonome Festsetzung der Tariflöhne „besonders große Wirkkraft“ entfaltet.<sup>7</sup> Staatliche Eingriffe in diesem Bereich unterliegen daher höchsten Rechtfertigungsanforderungen.

Als besonders kritisch erweisen sich in diesem Zusammenhang diejenigen Regelungen der beiden Gesetzesvorhaben, die sich mit dem Verhältnis von staatlich verordneten zu tarifautonom festgelegten Arbeitsbedingungen befassen. Beim AEntG geht es dabei zum einen um die Frage, *welchem* von mehreren in Betracht kommenden Tarifverträgen für eine „Erstreckungsverordnung“ nach § 7 AEntG – neu – der Vorzug zu geben ist, zum anderen darum, wie die Konkurrenz zwischen einem durch die staatliche Rechtsverordnung auf nicht tarifgebundene Parteien erstreckten Tarifvertrag und einem gleichzeitig kraft beiderseitiger Tarifbindung nach § 3 oder § 5 TVG geltenden Tarifvertrag aufzulösen ist.

Bezüglich der ersten Frage entscheidet sich der Entwurf des AEntG – neu – für das Prinzip der „Repräsentativität“, was in der Praxis bedeuten dürfte, dass der Tarifvertrag der jeweiligen „Mehrheitsgewerkschaft“ den Zuschlag erhält (vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AEntG – neu –). Für das Verhältnis zu kraft Verbandszugehörigkeit bzw. Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG bereits unmittelbar und zwingend geltenden Tarifverträgen ordnet demgegenüber § 8 Abs. 2 AEntG – neu – an, dass die betreffenden Arbeitsvertragsparteien *zusätzlich* an die kraft Rechtsverordnung nach § 7 erstreckten Tarifverträge gebunden sein sollen, was nichts

---

<sup>5</sup> BVerfG, NJW 1977, 2255, 2256.

<sup>6</sup> BVerfGE 93, 352.

<sup>7</sup> BVerfG, NJW 1997, 513, 514; NJW 1999, 3033, 3035; vgl. auch *Henssler*, ZfA 29 (1998), 133; v. *Münch/Kunig/Löwer*, GG, I, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 63.

anderes bedeutet, als dass letztere, soweit sie für die Arbeitnehmer *günstiger* sind, ersteren vorgehen. Anders als bei der Allgemeinverbindlichkeit nach § 5 TVG soll der Konflikt also nicht nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der sogenannten Tarifkonkurrenz aufgelöst werden.

Auf ganz ähnliche Weise wird der Konflikt in dem Entwurf des künftigen MiArbG geregelt: Nach der – allerdings extrem verklausulierten – Bestimmung des § 8 Abs. 2 MiArbG – neu – haben die staatlich festgelegten Entgeltregelungen Vorrang vor Tarifverträgen, die nach dem Datum des Kabinettsbeschlusses (16.7.2008) abgeschlossen wurden. Dies widerspricht dem im selben Gesetz nach wie vor in § 1 Abs. 1 enthaltenen Prinzip, dass die Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen grundsätzlich „in freier Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien durch Tarifverträge“ erfolgt. Zugleich wird § 8 Abs. 2 MiArbG in seiner heutigen Fassung, wonach tarifvertragliche Regelungen den Mindestarbeitsbedingungen *vorgehen*, schlicht in sein *Gegenteil* verkehrt.

3. Ein so weitgehender Eingriff in den Kernbestand der Tarifautonomie bedarf – zumindest – besonderer Rechtfertigung im Hinblick auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Diesen Anforderungen werden die vorliegenden Entwürfe nach Überzeugung des Ausschusses nicht gerecht.
  - a) Zunächst sind die Kriterien, aufgrund derer der Staat berechtigt sein soll, bestehende Tarifverträge durch eigene Lohnsetzung zu verdrängen, zu unbestimmt und damit nicht justitabel; teilweise sind sie auch sachlich nicht angemessen. So ist die (angeblich) größere Repräsentativität eines von einer (z.B. DGB-Gewerkschaft) abgeschlossenen Tarifvertrages im Vergleich zu derjenigen einer (z.B. christlichen) Minderheitsgewerkschaft keine ausreichende Legitimation, die von letzterer mit der Arbeitgeberseite nach Art. 9 Abs. 3 GG frei ausgehandelten Tarifverträge in ihrem Kernbereich (Lohn, Urlaub, Urlaubsentgelt) durch die staatlich-autoritative Anordnung der Geltung eines von einer Konkurrenzgewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrages zu verdrängen.

Zum einen ist nämlich jede Koalition im Hinblick auf ihre Mitglieder repräsentativer als jede andere.<sup>8</sup> Zum anderen wird durch eine staatlich angeordnete „Kombination“ von zwei unterschiedlichen Tarifregelungen empfindlich in den von den Parteien des teilweise verdrängten Tarifvertrages ausgehandelten *Gesamtkompromiss* eingegriffen und damit dessen vom BAG in ständiger Rechtsprechung<sup>9</sup> angenommene „Richtigkeitsgewähr“ beseitigt. Die Ersetzung frei ausgehandelter Tarifbedingungen durch diejenigen eines anderen, nur durch staatliche Umsetzung legitimierten Tarifvertrages stellt nach Auffassung des Ausschusses einen beson-

---

<sup>8</sup> Sagan, Das Gemeinschaftsrecht auf Kollektivmaßnahmen, 2008, S. 160 f.

<sup>9</sup> Vgl. nur BAG, NZA 2004, 971, 973; NZA 2007, 1045, 1047.

ders schwerwiegenden Eingriff in die Tarifautonomie dar. Entgegen seinen eigenen Gesetzeszielen (vgl. § 1 – Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie) ist der Entwurf zum AEntG – neu – durchaus geeignet, das Gesamtgefüge des geltenden Tarifrechts und den freien Wettbewerb der Tarifvertragsparteien, insbesondere der Gewerkschaften, massiv zu untergraben.

- b) Entsprechenden Einwänden ist auch die bereits erwähnte Kollisionsregel in § 8 Abs. 2 des Entwurfs zum MiArbG – neu – ausgesetzt. Zudem sind auch die Eingriffsvoraussetzungen nicht hinreichend und angemessen definiert. Der Gesetzgeber ist, wie bereits ausgeführt, durchaus dazu berechtigt, ein ausreichendes Niveau menschenwürdiger Entlohnung selbst zu bestimmen, an das auch die Tarifvertragsparteien gebunden sind. Er muss die entsprechende Festsetzung dann aber entweder selbst vornehmen oder dem Verordnungsgeber im Rahmen von Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG hinreichend bestimmte Parameter vorgeben. Davon kann in dem jetzigen Gesetzesentwurf indes keine Rede sein. Anstelle klarer materieller Vorgaben findet sich dort vielmehr ein zweistufiges, vom BMAS dominiertes<sup>10</sup> Ausschussprozedere. Konkretere inhaltliche Vorgaben gibt es für die sogenannten Fachausschüsse (2. Stufe, vgl. § 4 MiArbG – neu –) überhaupt nicht, für die erste Eingriffsstufe, den sogenannten Hauptausschuss, heißt es lediglich, dass er „...unter umfassender Berücksichtigung der sozialen und ökonomischen Auswirkungen durch Beschluss fest(stellt), ob in einem Wirtschaftszweig *soziale Verwerfungen* vorliegen *und* Mindestarbeitsbedingungen festgesetzt, geändert oder aufgehoben werden sollen“ (Hervorhebungen diesseits). Trotz der etwas unklaren Formulierung ist das wohl dahingehend zu verstehen, dass der Hauptausschuss die Einführung von Mindestlöhnen für einen bestimmten Wirtschaftszweig immer dann beschließen kann, *wenn* dort „soziale Verwerfungen“ vorliegen. Dieser Rechtsbegriff ist aber dermaßen unbestimmt, dass im Grunde jede Art von Lohngefälle (z.B. auch zwischen tarifgebundenen und tariffreien Arbeitgebern) bemüht werden kann, um von Staats wegen für „faire Wettbewerbsbedingungen“ i.S.v. § 4 Abs. 4 Satz 3 MiArbG – neu – Sorge zu tragen. Auch hierdurch wird die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie insbesondere von Minderheitsgewerkschaften, deren Tarifverträge nach § 8 Abs. 2 MiArbG – neu – im Kernbereich der Lohnfindung verdrängt werden, in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise ausgehöhlt.

Auf längere Sicht könnte es sich für Arbeitnehmer als sinnlos erweisen, sich solchen Gewerkschaften anzuschließen, deren Entgeltregelungen ohnehin durch staatliche Lohnsetzung konterkariert werden, deren Ziel eben nicht nur die Wahrung menschenwürdiger Entgeltbedingungen, sondern die Regelung des Wettbewerbs zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften ist. Ebenso müssen Arbeitgeber, die mit kleineren Gewerkschaften kontrahieren, künftig damit rechnen, dass

---

<sup>10</sup> S. dazu oben Fn. 4.

der mit diesen ausgehandelte Kompromiss vom Staat wieder „kassiert“ wird, weil er nach Auffassung des BMAS bzw. der von diesem eingesetzten Ausschüsse (angeblich) zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Eine derart weitreichende Eingriffsbefugnis des Staats in bestehende Tarifverträge erscheint in höchstem Maße bedenklich.

### III. Änderungsbedarf

Der Arbeitsrechtsausschuss des DAV hält nach alledem eine grundlegende *Überarbeitung* der beiden vorliegenden Gesetzesentwürfe für geboten. Dabei sind insbesondere folgende *Eckpunkte* zu beachten:

- Die staatliche Regulierung von Arbeitsbedingungen sollte aus Gründen der Transparenz und Systemgerechtigkeit unter Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG in *einem einheitlichen Gesetz* normiert werden. Das würde zugleich die spätere Überführung dieses Themenkomplexes in ein Arbeitsvertragsgesetz erleichtern.
- Folgt der Gesetzgeber diesem Vorschlag nicht, ist zumindest der Titel des AEntG – neu –, da grob irreführend, zu ändern. Hält man nämlich an dessen sozialpolitischer Zielsetzung fest, geht es in Zukunft, zumal unter Berücksichtigung der geplanten Erweiterung um mehrere Branchen, in erster Linie um die staatliche Regelung von Entgeltbedingungen *inländischer* Arbeitnehmer durch Erstreckung von Tarifverträgen, an die diese bislang nicht gebunden sind, im Wege der Rechtsverordnung. Der richtige Titel würde daher lauten: „Gesetz zur zwingenden Erstreckung von Tarifverträgen auf die Arbeitsbedingungen für regelmäßig im Inland beschäftigte und für grenzüberschreitend entsandte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen“.
- Aus den Bestimmungen zur Zielsetzung des AEntG – neu – (§ 1) sowie des MiArbG – neu – (§ 4 Abs. 4 Satz 3 Nr. 3) ist die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen zu *streichen*, da dies dahingehend missverstanden werden kann, dass der Staat dazu berufen sein soll, als „Schiedsrichter“ in ein bestehendes Gefälle von Entgeltbedingungen (z.B. zwischen tarifgebundenen und nichttarifgebundenen Arbeitgebern, Arbeitgebern in ländlichen und städtischen Gegenden, mittelständischen Arbeitgebern und Großunternehmen etc.) einzugreifen.
- Bei der im Rahmen des AEntG zu treffenden Auswahl zwischen mehreren Tarifverträgen ist auf das Kriterium der jeweiligen Mitgliederstärke der vertragsschließenden Gewerkschaft (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 AEntG – neu –) zu verzichten, da es zum einen nichts über die Angemessenheit und Marktüblichkeit der vereinbarten Ent-

geltbedingungen aussagt und zum anderen die *Neutralitätspflicht*<sup>11</sup> des Staates in Bezug auf den Wettbewerb der Koalitionen untereinander verletzt.

- Sowohl im AEntG – neu – als auch im MiArbG – neu – ist der Vorrang staatlicherseits verordneter Entgelte vor tariflich frei vereinbarten Lohnbedingungen zu *streichen*. Es muss vielmehr umgekehrt beim Vorrang tarifautonom festgesetzter Arbeitsentgelte bleiben. Dies gilt jedenfalls solange wie diese im Sinne eines (echten) „Mindestlohns“ geeignet sind, die wirtschaftlichen Grundbedürfnisse vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer zu sichern.
- Schließlich sind die in den Gesetzesentwürfen enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe zu präzisieren, welche die Voraussetzungen des staatlichen Eingriffs in das bestehende Lohngefüge regeln sollen. Das gilt insbesondere für den Tatbestand der „sozialen Verwerfungen“ (§ 3 Abs. 1 MiArbG – neu –), der anders als § 1 Abs. 2 b) des MiArbG heutiger Fassung einer gerichtlichen Kontrolle kaum zugänglich ist und daher den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nicht genügen dürfte.

Berlin, im Oktober 2008

---

<sup>11</sup> Vgl. BVerfG NZA 2007, 394, 395 f.