

Rödl, Florian; Stumpf, Felix

Working Paper

Einfallstore transnationaler Lohnkonkurrenz: Auswirkungen des europäischen Verbots der "Diskriminierung EU-ausländischer Tarifverträge" im deutschen Arbeitsrecht

Arbeitspapier, No. 219

Provided in Cooperation with:

The Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Rödl, Florian; Stumpf, Felix (2011) : Einfallstore transnationaler Lohnkonkurrenz: Auswirkungen des europäischen Verbots der "Diskriminierung EU-ausländischer Tarifverträge" im deutschen Arbeitsrecht, Arbeitspapier, No. 219, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/116675>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Arbeitspapier **219**

Florian Rödl | Felix Stumpf

**Einfallstore transnationaler
Lohnkonkurrenz**

Arbeitspapier 219

Florian Rödl
Felix Stumpf

Einfallstore transnationaler Lohnkonkurrenz

**Auswirkungen des europäischen Verbots der „Diskriminierung
EU-ausländischer Tarifverträge“ im deutschen Arbeitsrecht**

Rödl, Florian, Dr. jur., M.A., arbeitet als Forschungsgruppenleiter am Exzellenzcluster „Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Goethe-Universität Frankfurt/M. Publikationen: „Arbeitsverfassung“, in: A. v. Bodgandy/J. Bast (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009; „Transnationale Lohnkonkurrenz“, in: A. Fischer-Lescano/F. Rödl/Ch. Schmid (Hg.), *Europäische Gesellschaftsverfassung*, 2009; „Zur Idee demokratischer und sozialer Union im Verfassungsrecht der EU“, in: J. Bast/F. Rödl (Hg.), *Wohlfahrtsstaatlichkeit und soziale Demokratie in der EU*, erscheint als Beiheft der Zeitschrift *Europarecht* (EuR) in 2011.

Stumpf, Felix, Ass. jur., ist Politischer Sekretär der IG Metall in der Verwaltungsstelle Darmstadt. Publikationen: „Arbeitnehmerrechte im Sinkflug. Wie der Europäische Gerichtshof die Gewerkschaftsmacht aushebelt“, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 6/2008 (mit Markus Büchting).

Impressum

Herausgeber: Hans-Böckler-Stiftung
Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des DGB
Hans-Böckler-Straße 39
40476 Düsseldorf
Telefon: (02 11) 77 78-175
Fax: (02 11) 77 78-283
E-Mail: Karsten-Schneider@boeckler.de

Redaktion: Dr. Karsten Schneider, Leiter des Referats Forschungsförderung 2

Best.-Nr.: 11219

Produktion: Setzkasten GmbH, Düsseldorf

Düsseldorf, Juli 2011

€ 15,00

Inhaltsverzeichnis

1	Aufgabenstellung	5
2	Das europarechtliche Gebot der Gleichbehandlung in- und EU-ausländischer Tarifverträge.....	7
2.1	Das Gleichbehandlungsgebot in der Laval-Entscheidung.....	7
2.1.1	Ausgangssachverhalt und Vorlagefrage	7
2.1.2	Auskunft des Europäischen Gerichtshofes.....	9
2.2	Analyse.....	14
2.2.1	Ein Fall offener Diskriminierung?	14
2.2.2	Ein Fall ungerechtfertigter verdeckter Diskriminierung?.....	15
2.3	Ergebnis.....	20
3	Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht.....	23
3.1	Anwendbarkeit wesentlicher Mindestnormen auf Entsendearbeits- verhältnisse.....	24
3.1.1	Mindestentgeltregelungen nach AEntG und MiArbG	24
3.1.2	Allgemeinverbindliche Tarifnormen (§ 5 TVG) außerhalb des AentG	31
3.1.3	Gleichbehandlungsgrundsatz im Leiharbeitsrecht, § 9 Nr. 2 AÜG.....	34
3.1.4	Höchst Arbeitszeiten (ArbZG)	35
3.1.5	Ergebnis.....	36
3.2	Möglichkeit der Unterschreitung durch inländische Tarifverträge.....	37
3.2.1	Unterschreitung der Mindestentgeltregelungen nach AEntG und MiArbG.....	37
3.2.2	Allgemeinverbindliche Tarifnormen (§ 5 TVG) außerhalb des AEntG	43
3.2.3	Gleichbehandlungsgrundsatz im Leiharbeitsrecht (AÜG)	44
3.2.4	Höchst Arbeitszeiten (ArbZG)	45
3.2.5	Ergebnis.....	45
3.3	Rechtliche Konsequenzen der Laval-Entscheidung	46
3.3.1	Keinerlei Auswirkungen der <i>Laval</i> -Entscheidung aufgrund begrenzter Bindungswirkung?	47
3.3.2	Auswirkungen <i>prima facie</i>	50
3.3.3	Möglichkeiten europarechtskonformer Begrenzung der Auswirkungen	52
3.3.4	Ergebnis.....	67
4	Handlungsperspektiven.....	69
4.1	Gesetzgebungspolitik	69
4.2	Gewerkschaftspolitik	70
	Über die Hans-Böckler-Stiftung	73

1 Aufgabenstellung

Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes in den Rechtssachen *Viking*, *Laval*, *Rüffert* und *Kommission gegen Luxemburg* haben große öffentliche Aufmerksamkeit gefunden. Sie sind bei den europäischen Gewerkschaften und namentlich auch bei den Gewerkschaften in Deutschland auf scharfe Kritik gestoßen. Die Diskussion der Entscheidungen konzentrierte sich dabei auf die Deutung der Entsenderichtlinie als Maximalschutz, die Beschneidung des Streikrechts und das Verbot vergaberechtlicher Lohnvorgaben.

Nur geringe öffentliche Aufmerksamkeit zuteil wurde demgegenüber einem Aspekt der *Laval*-Entscheidung, den der Untertitel dieses Gutachtens mit polemischem Akzent als Verbot der Diskriminierung EU-ausländischer Tarifverträge anspricht. In der Sache geht es um die Gleichbehandlung von Tarifverträgen, die einem anderen mitgliedstaatlichen Recht unterliegen, mit Tarifverträgen, die dem deutschen Recht und insbesondere dem TVG unterliegen. Diese Gleichbehandlung hat der Europäische Gerichtshof den Mitgliedstaaten mit der *Laval*-Entscheidung aufgegeben.

Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur hat dieser Aspekt der *Laval*-Entscheidung wenig Beachtung und – soweit ersichtlich – keine Kritik erfahren. Ersteres überrascht im Rückblick ein wenig insofern, als Anfang März 2008, also keine drei Monate nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Laval*, das Verwaltungsgericht Berlin im Rechtsstreit um die Wirksamkeit der Post-Mindestlohnverordnung die Regelungen des AEntG so auslegte, dass die auf dem AEntG beruhenden Rechtsverordnungen, mit denen alternativ zur Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG Tarifverträge auf Außenseiter erstreckt werden können, keinen Vorrang auch vor ungünstigeren Regelungen in inländischen Tarifverträgen beanspruchen können. Damit war dem europäischen Gebot der Gleichbehandlung in- und EU-ausländischer Tarifverträge ein einschneidender Anwendungsbereich eröffnet. Durch eine Änderung des AEntG in 2009 hat der Gesetzgeber zwischenzeitlich auf einfachgesetzlicher Ebene Abhilfe geschaffen und den Vorrang von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen und Rechtsverordnungen im Bereich des AEntG vor ungünstigeren Tarifverträgen klargestellt. Allerdings hatte schon das Verwaltungsgericht gegen eine entsprechende Regelung auch verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet, die nach der Gesetzesänderung verstärkt artikuliert wurden. Im Zuge dieser verfassungsrechtlichen Diskussion ist dann auch die Bedeutung der *Laval*-Entscheidung thematisiert worden.

Der zweite Bereich, für den offenbar war, dass der hier behandelte Aspekt der *Laval*-Entscheidung Konsequenzen zeitigt, ist die Leiharbeit. Denn der im AÜG verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz („*equal pay*“) ist tarifdispositiv ausgestaltet. Hier gingen allerdings Teile der Literatur – in etwas überraschender Folgebreitschaft gegenüber einer entsprechenden Verlautbarung der Bundesagentur für Arbeit – schon länger da-

von aus, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz regelmäßig auch von EU-ausländischen Tarifverträgen verdrängt werden könne. Rechtlich maßgeblich wurde diese Position allerdings erst mit der Laval-Entscheidung. Die praktischen Auswirkungen dieser Rechtslage werden hingegen erst mit der Herstellung vollständiger Arbeitnehmerfreizügigkeit gegenüber den 2004 beigetretenen Mitgliedstaaten aus Mittel- und Osteuropa (Bulgarien und Rumänien: 2007) spürbar, wenn dadurch zugleich die bestehende wesentlich Beschränkung grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung entfällt, nämlich das Erfordernis einer inländischen Arbeitserlaubnis für den entsandten Leiharbeiter.

Angesichts der inzwischen auch vermehrt erkannten Relevanz des hier aufgegriffenen Aspekts der Laval-Entscheidung für das deutsche Arbeitsrecht, werden diese im nachfolgenden Gutachten detailliert aufgearbeitet. Die Darstellung verfährt wie folgt: Teil B enthält eine kritische Analyse desjenigen Teils der Laval-Entscheidung, in dem das Gebot der Gleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge aufgestellt und begründet wird. Teil C klärt umfassend die Auswirkungen im deutschen Arbeitsrecht. Teil D skizziert knapp einige (wenige) politische Handlungsmöglichkeiten im nationalen Rahmen.

2 Das europarechtliche Gebot der Gleichbehandlung in- und EU-ausländischer Tarifverträge

2.1 Das Gleichbehandlungsgebot in der Laval-Entscheidung

2.1.1 Ausgangssachverhalt und Vorlagefrage

In der Entscheidung der Rechtssache *Laval*¹ hatte sich der Europäische Gerichtshof im Rahmen eines Vorlageverfahrens mit einem Rechtsstreit zu befassen, der vor einem schwedischen Arbeitsgericht verhandelt wurde. Dem Rechtsstreit lag folgender Sachverhalt zu Grunde²:

Das lettische Unternehmen *Laval un Partneri (Laval)* mit Sitz in Riga hatte lettische Arbeitnehmer nach Schweden entsandt, die auf Baustellen eines schwedischen Unternehmens eingesetzt wurden. Dieses schwedische Unternehmen, die *L&P Baltic Bygg AB*, stand ursprünglich zu hundert Prozent im Eigentum von *Laval*. Die Arbeitsverhältnisse der entsandten Arbeitnehmer waren zu Beginn der Entsendung weder in Schweden noch in Lettland tarifgebunden, die Arbeitsbedingungen und insbesondere die Lohnhöhe lagen deutlich unterhalb des schwedischen Niveaus.

Kurz nach Beginn der Arbeiten wandte sich eine schwedische Bauarbeitergewerkschaft, *Byggettan*, an *Laval* und forderte das Unternehmen zum Abschluss eines Tarifvertrags auf, der für die entsandten lettischen Arbeitnehmer während ihrer Entsendung nach Schweden Arbeitsbedingungen und eine Entlohnung vorsehen sollte, die in etwa dem in dieser Region üblichen Niveau entsprachen. Während die entsprechenden Verhandlungen noch andauerten, schloss *Laval* einen Tarifvertrag mit einer lettischen Gewerkschaft über die Arbeitsverhältnisse der nach Schweden entsandten Arbeitnehmer. Insbesondere die Höhe des dort vereinbarten Entgelts lag erheblich unterhalb der Forderungen der schwedischen Gewerkschaft, die daher weiterhin den Abschluss eines schwedischen Tarifvertrags verlangte. Als *Laval* dem nicht nachkam, leitete die *Byggettan* unter Einschaltung der Elektrikergewerkschaft Arbeitskampfmaßnahmen ein. Es kam zu Blockaden und Boykotten der Baustellen, auf denen *Laval* seine Arbeitnehmer einsetzte.

In dem Verfahren vor dem schwedischen Arbeitsgericht stritten die Parteien, das Unternehmen *Laval* auf der einen Seite und die Bauarbeitergewerkschaft, ihre lokale Untergliederung sowie die Elektrikergewerkschaft auf der anderen Seite, um die Rechtmäßigkeit dieser Arbeitskampfmaßnahmen. Nach Auffassung des schwedischen Arbeitsgericht wurde dabei unter anderem die Frage erheblich, inwiefern § 42 Abs. 3

1 Europäischer Gerichtshof, Urt. v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05 (*Laval*).

2 Vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 27-38.

des schwedischen *Medbestämmandelag* (Mitbestimmungsgesetz, im Folgenden: MBL) Anwendung finden könne.

§ 42 Abs. 3 MBL regelt eine Ausnahme zu §§ 41, 42 Abs. 1 MBL, die die schwedische Regelung der arbeitskampfrechtlichen Friedenspflicht enthalten.³ Gemäß § 41 MBL haben tarifgebundene Parteien eine Friedenspflicht einzuhalten. § 42 Abs. 1 MBL erstreckt die Friedenspflicht auf Koalitionen, die selbst nicht Partei des betreffenden Tarifvertrages sind. Ihnen sind also kollektive Maßnahmen verboten, die darauf abzielen, einen zwischen anderen Partnern geschlossenen Tarifvertrag zu beseitigen oder dessen Änderung herbeizuführen.

§ 42 Abs. 1 MBL findet jedoch nach der Ausnahmeregel in 42 Abs. 3 MBL keine Anwendung, wenn Arbeitsverhältnisse betroffen sind, für die die Vorschriften des schwedischen MBL nicht unmittelbar anwendbar sind. Nicht unmittelbar anwendbar ist das schwedische MBL regelmäßig auf Tarifverträge, die ein ausländischer Arbeitgeber mit einer ausländischen Gewerkschaft abschließt. Denn nach den Regeln des schwedischen Arbeitskollisionsrechts⁴ unterliegen solche Tarifverträge dem ausländischen Tarifrecht und zwar auch dann, wenn die tariflich erfassten Arbeitnehmer nach Schweden entsandt werden.⁵ Für den der *Laval*-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hätte die Anwendung von § 42 Abs. 3 MBL bedeutet, dass die Arbeitskampfmaßnahmen als rechtmäßig zu beurteilen gewesen wären.⁶

Gemäß § 42 Abs. 3 MBL ist die Friedenspflicht nach § 42 Abs. 1 MBL also immer dann ausgesetzt, wenn ein Tarifvertrag nicht schwedischem sondern ausländischem Recht unterliegt. Die Aussetzung greift unabhängig davon, ob das maßgebliche ausländische Recht das Recht eines EU-Mitgliedstaates ist. Aus Sicht des schwedischen Arbeitsgerichts stellte sich auf dieser Grundlage die Frage, ob die mit der Regelung in § 42 Abs. 3 MBL einhergehende verbundene arbeitskampfrechtliche Ungleichbehandlung von schwedischen und EU-ausländischen Tarifverträgen eine Verletzung von Gemeinschaftsrecht darstellte. Es legte dem Europäischen Gerichtshof darum sinngemäß

3 Vgl. EuGH, a.a.O. Rn. 10-16.

4 „Arbeitskollisionsrecht“ bezeichnet diejenigen Regeln einer Rechtsordnung, die bestimmen, welches nationale Recht auf grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse Anwendung findet.

5 Die Anwendung der Regeln des deutschen Arbeitskollisionsrechts würden zum gleichen Ergebnis führen; siehe zu diesen Hartmut Oetker, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 11 Rn. 119 ff.; ausführlicher Rolf Birk, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, § 21 Rn. 22.

6 Die Vorschrift des § 42 Abs. 3 MBL bildet den wesentlichen Teil der sogenannten schwedischen „*Lex Britannia*“. Sie gehört damit zu einer Reihe von Vorschriften, die der schwedische Gesetzgeber zu Beginn der 1990er Jahre in das schwedische Arbeitsrecht aufgenommen hatte in der direkten Absicht, den schwedischen Gewerkschaften die Möglichkeit zu eröffnen, auf die Lohnkonkurrenz zu reagieren, die sich die Arbeitgeberseite vor dem Hintergrund zunehmender europäischer und internationaler Marktintegration zunutze machen konnte, nicht zuletzt durch den Einsatz vorübergehend entsandter Arbeitnehmer. Namensgebend für die „*Lex Britannia*“ war das Schiff „*Britannia*“, das unter ausländischer Flagge in Schweden eingesetzt worden war. Auf dem Schiff hatten philippinische Matrosen gearbeitet, für die philippinische Tarifverträge gegolten hatten. Als eine schwedische Gewerkschaft dort die Anwendung schwedischer Tarifverträge hatte durchsetzen wollen, waren entsprechende Arbeitskampfmaßnahmen durch ein schwedisches Gericht mit Verweis auf § 42 Abs. 1 MBL untersagt worden.

die Frage vor, ob die Dienstleistungsfreiheit nach den Vorschriften des EG-Vertrages (heute: AEUV-Vertrag) der Anwendung von § 42 Abs. 3 MBL entgegensteht auf Fälle, in denen wie im Fall *Laval* die Anwendung zu einer rechtlichen Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge im Verhältnis zu inländischen Tarifverträgen führen würde.⁷

2.1.2 Auskunft des Europäischen Gerichtshofes

Der Europäische Gerichtshof hat die Frage des schwedischen Arbeitsgerichts im Ergebnis bejaht.⁸ Die Dienstleistungsfreiheit nach dem EG-Vertrag verbietet die Anwendung einer Vorschrift des nationalen Rechts, die zu einer Ungleichbehandlung inländischer und EU-ausländischer Tarifverträge führt.

Die Begründung lautet in knappster Zusammenfassung: Die Ungleichbehandlung inländischer und EU-ausländischer Tarifverträge stelle eine Diskriminierung dar, die sich nach europarechtlichen Maßstäben nicht rechtfertigen lasse.

2.1.2.1 Ungleichbehandlung inländischer und EU-ausländischer Tarifverträge als Diskriminierung

Zum besseren Verständnis der Entscheidung und in Vorbereitung der anschließenden kritischen Analyse seien die beiden wesentlichen Schritte der Begründung nachfolgend im Wortlaut wiedergegeben.

Der Europäische Gerichtshof beginnt den hier maßgeblichen Gedankengang mit der Feststellung, dass aus der Dienstleistungsfreiheit des EG-Vertrages ein Verbot der Diskriminierung aufgrund ausländischer Staatsangehörigkeit oder ausländischen (Unternehmens-)Sitzes abzuleiten ist:

Nach ständiger Rechtsprechung setzt der freie Dienstleistungsverkehr insbesondere die Beseitigung jeder Diskriminierung des Dienstleisters aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstands voraus, dass er in einem anderen Mitgliedstaat als dem ansässig ist, in dem die Dienstleistung zu erbringen ist.⁹

Im unmittelbaren Anschluss gibt er eine Definition von Diskriminierung wieder:

Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung kann eine Diskriminierung nur darin bestehen, dass unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder dass dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird.¹⁰

7 EuGH, a.a.O., Rn. 40 *sub* Nr. 2.

8 EuGH, a.a.O., Tenor zu 2 und Rn. 112-120.

9 EuGH, a.a.O., Rn. 114.

10 EuGH, a.a.O., Rn. 115.

Ohne weitere Zwischenschritte folgt das Ergebnis für den zu beurteilenden Fall *Laval*:

Insoweit ist festzustellen, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche, die die Tarifverträge, durch die Arbeitnehmer nach Schweden entsendende Unternehmen bereits in dem Mitgliedstaat, in dem sie ansässig sind, gebunden sind, unabhängig von ihrem Inhalt nicht berücksichtigt, gegenüber diesen Unternehmen eine Diskriminierung schafft, soweit sie für sie die gleiche Behandlung wie für nationale Unternehmen vorsieht, die keinen Tarifvertrag geschlossen haben.¹¹

Der Europäische Gerichtshof kommt also nicht nur zu dem Schluss, dass eine Aussetzung der Friedenspflicht gegenüber Unternehmen mit EU-ausländischen Tarifverträgen einen Verstoß gegen das aus der Dienstleistungsfreiheit abzuleitende Verbot der Diskriminierung darstellt. Vielmehr ergibt sich aus der weiten Formulierung eine europarechtliche Verbot jeder nationalen Regelung, die Unternehmen, die einen Tarifvertrag geschlossen haben, die einem EU-ausländischen Recht unterliegen, wie Unternehmen behandelt, die keinen Tarifvertrag geschlossen haben.

Der Europäische Gerichtshof stellt also in den zitierten Passagen ein allgemeines Gebot der Gleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge auf. Die Begründung ist, dass eine Ungleichbehandlung zur Diskriminierung der ausländischen Unternehmen führen würde, die an einen solchen Tarifvertrag gebunden sind.

In diesem Zusammenhang ist vor allem eines bemerkenswert: Der Europäische Gerichtshof entscheidet sich nicht ausdrücklich, ob er in der streitgegenständlichen Regelung eine *offene* oder eine *verdeckte* Diskriminierung aufgrund der ausländischen Staatsangehörigkeit oder des ausländischen Unternehmenssitzes sehen will.¹² Offen diskriminierend ist eine Regelung dann, wenn sie eine unterschiedliche Behandlung zweier Sachverhalte explizit an der ausländischen Staatsangehörigkeit oder am ausländischen Unternehmenssitz anknüpft.¹³ Verdeckt diskriminierend ist eine Regelung dann, wenn sie eine unterschiedliche Behandlung zweier Sachverhalte zwar nicht an der Auslandszugehörigkeit sondern an einem anderen Merkmal anknüpft, für die sich aber ersten kein guter sachlicher Grund angeben lässt, und die sich zweitens faktisch hauptsächlich zum Nachteil ausländischer Unternehmen auswirkt.¹⁴ Das Fehlen eines sachlichen Grundes der Ungleichbehandlung und die faktische Schlechterstellung ausländischer Unternehmen sind zwei weitere Voraussetzungen, die anders als bei Fällen

11 EuGH, a.a.O., Rn. 116.

12 Dies wird bisweilen entweder übersehen oder für unproblematisch gehalten. Siehe etwa Eva Kocher, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht?, in: AuR, 2008, 13-18, (17), oder Norbert Reich, Free Movement v. Social Rights – the *Laval* and *Viking* Cases, in: GLJ 2008, 125-161 (157).

13 Matthias Herdegen, Europarecht, 11. Aufl., 2009, § 15 Rn. 5; Rudolf Streinz, Europarecht, 8. Aufl., 2008, Rn. 793; Claus Dieter Classen, in: Oppermann / Classen Nettessheim, Europarecht, 4. Aufl., 2009, § 23 Rn. 416; Andreas Haratsch/Christian Koenig/Matthias Pechstein, Europarecht, 7. Aufl., 2010, Rn. 783.

14 Herdegen, a.a.O.; Streinz, a.a.O., Rn. 798; Classen, a.a.O., Rn. 7; Haratsch/Koenig/Pechstein, a.a.O..

offener Diskriminierung im Fall eines Verdachts auf verdeckte Diskriminierung zusätzlich zu prüfen sind.

Ungeachtet dieser begrifflichen Differenzierung in offene und verdeckte Diskriminierung und deren unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen sagt der Europäische Gerichtshof indes nur, die Regelung „schaffe eine Diskriminierung“, weil sie für Unternehmen mit EU-ausländischem Tarifvertrag die gleiche Behandlung vorsehe wie für Unternehmen ohne Tarifvertrag. Neben der Feststellung dieser Ungleichbehandlung zweier aus seiner Sicht vergleichbarer Situationen (in der umgekehrten aber äquivalenten Darstellung des Gerichtshofes: die Gleichbehandlung zweier nicht vergleichbarer Situationen) hält er keine weiteren Prüfungsschritte mehr für erforderlich. Weder stellt er die Frage nach einer sachlichen Grundlage der Ungleichbehandlung, noch fragt er, ob vor allem ausländische Unternehmen von dieser Regelung negativ betroffen sind.

Das könnte nun darauf hindeuten, dass der Europäische Gerichtshof von einer unmittelbaren Diskriminierung ausgeht. Eindeutig ist die Lage aber nicht. Denn einerseits ist der Umstand, dass von der Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge, denen die Auslösung einer Friedenspflicht abgesprochen wird, vor allem ausländische Unternehmen betroffen sind, derart evident, dass man ihn vielleicht nicht aussprechen musste. Zum anderen unterbleibt zwar an dieser Stelle auch die Frage nach einem etwaigen sachlichen Grund der Ungleichbehandlung. Doch es ist anerkannt, dass diese Frage auch in die Prüfung der Rechtfertigung einer verdeckten Diskriminierung (also einer sich überwiegend zum Nachteil ausländischer Unternehmen auswirkenden Ungleichbehandlung vergleichbarer Situationen) verlegt werden kann.¹⁵

2.1.2.2 Rechtfertigungsprüfung

Verstöße gegen die aus der Dienstleistungsfreiheit abzuleitenden Diskriminierungsverbote können grundsätzlich gerechtfertigt werden. Dann sind die Diskriminierungen nicht rechtswidrig.

Zwei Arten von tragfähigen Rechtfertigungsgründen sind zu unterscheiden. Zum einen finden sich Rechtfertigungsgründe im Text des EG-Vertrages. Im Falle der Dienstleistungsfreiheit handelt es sich nach Art. 52 AEUV (Art. 46 EG) um die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Diese geschriebenen Rechtfertigungsgründe sind nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes eng auszulegen.¹⁶ Der Schutz der Arbeitnehmer oder auch der Schutz lauterer Wettbewerbs fallen nicht unter den Begriff der öffentlichen Ordnung.¹⁷

¹⁵ So auch die Darstellung in fast allen der in Fn. 14 genannten Lehrbücher. Wie hier: Classen, a.a.O.

¹⁶ Jürgen Bröhmer, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007; Art. 46 EGV Rn. 1; Peter-Christian Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, 7. Aufl., 2003; Art. 46 EGV Rn. 8.

¹⁷ Vgl. Bröhmer, a.a.O., Rn. 4; Müller-Graff, a.a.O., Rn. 8 f.

Daneben hat der Europäische Gerichtshof zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls als ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund anerkannt¹⁸, wobei – wie erwähnt – die Allgemeinwohlerfordernisse als sachliche Gründe für Ungleichbehandlungen angeführt werden können.¹⁹ Als zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls sind insbesondere der Schutz der Arbeitnehmer und der Schutz lauterer Wettbewerbs allgemein anerkannt.²⁰

Nach verbreiteter Auffassung entspricht es der generellen Linie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass für offene Diskriminierungen aufgrund ausländischer Staatsangehörigkeit oder ausländischen Unternehmenssitzes, also für Regelungen, die eine ungleiche Behandlung ausdrücklich an diese Merkmale anknüpfen, nur die Rechtfertigungsgründe nach Art. 52 AEUV mobilisiert werden dürfen.²¹ Zur Rechtfertigung rechtlicher Ungleichbehandlungen, die sich lediglich faktisch überwiegend zum Nachteil ausländischer Unternehmen auswirken, dürfen hingegen zudem die zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls angeführt werden.²²

Dies vor Augen ist nun wiederzugeben, wie sich der Europäische Gerichtshof in der *Laval*-Entscheidung zu den Möglichkeiten der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge äußert. Er beginnt:

Nach Art. 46 EG [Art. 52 AEUV], der eng auszulegen ist, können diskriminierende Vorschriften nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein.²³

Die Möglichkeit einer Rechtfertigung unter Berufung auf zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls spricht der Europäische Gerichtshof hingegen gar nicht erst an. Dabei wurden der Schutz der Arbeitnehmer und der Schutz lauterer Wettbewerbs im Verfahren durchaus vorgebracht. Der Europäische Gerichtshof greift dieses Vorbringen sogar ausdrücklich auf:

Insoweit geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass die Anwendung dieser Regelung auf in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen, die durch Ta-

18 Winfried Kluth, in: Callies/Ruffert, a.a.O., Art. 49, Rn. 67; Müller-Graff, a.a.O., Rn. 98 ff.

19 Vgl. oben Text bei Fn. 15.

20 Thorsten Kingreen, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, a.a.O., Rn. 80; Kluth, a.a.O., Art. 49, 50 EGV Rn. 79; Müller-Graff, Art. 49 EGV, Rn. 107.

21 Herdegen, a.a.O., § 15 Rn. 5; Haratsch/Koenig/Pechstein, a.a.O., Rn. 788; Kluth, a.a.O., Art. 49, 50 EGV; Müller-Graff, a.a.O., Rn. 77.

22 Herdegen, a.a.O.; Streinz, a.a.O., Rn. 829 mit Rn. 871; Classen, a.a.O., § 26 Rn. 19 mit § 23 Rn. 7; Haratsch/Koenig/Pechstein, a.a.O., Rn. 789 und Rn. 977; Kluth, a.a.O., Rn. 70 ff.; Müller-Graff, a.a.O., Rn. 98 und Rn. 102 ff.; Christian Tiedje/Peter Troberg, in: von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., 2003, Art. 49 EG, Rn. 62 ff. mit Rn. 40 und Rn. 43 ff. (Rechtfertigung zwar nur nach Art. 46 EGV aber bei engem Verständnis verdeckter Diskriminierung, das § 42 Abs. 3 MBL nicht erfassen würde); Albrecht Randelzhofer / Ulrich Forsthoff, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand: Oktober 2009, Art. 49/50 EGV, Rn. 78. und Rn. 91. A.A.: Michael Holoubek, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl., 2009, Art. 49/50 EGV, Rn. 109.

23 EuGH, a.a.O., Rn. 117

rifverträge, auf die das schwedische Recht nicht unmittelbar anwendbar ist, gebunden sind, zum einen bezweckt, es den gewerkschaftlichen Organisationen zu ermöglichen, Maßnahmen zu ergreifen, damit alle auf dem schwedischen Arbeitsmarkt vertretenen Arbeitgeber Vergütungen zahlen und auch im Übrigen Beschäftigungsbedingungen einhalten, die den gewöhnlich in Schweden praktizierten entsprechen, und zum anderen darauf abzielt, Voraussetzungen für einen lautereren Wettbewerb zu gleichen Bedingungen zwischen schwedischen Arbeitgebern und Unternehmen zu schaffen, die aus anderen Mitgliedstaaten kommen.²⁴

Aber er fährt fort:

Da keine der in der vorstehenden Randnummer genannten Erwägungen zu den Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit im Sinne von Art. 46 EG [Art. 52 AEUV] in Verbindung mit Art. 55 EG [Art. 62 AEUV] zählt, ist festzustellen, dass eine Diskriminierung wie die im Ausgangsverfahren fragliche sich nicht rechtfertigen lässt.²⁵

Der Europäische Gerichtshof bestreitet also nicht, dass an sich als zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls anerkannt Gesichtspunkte, nämlich der Schutz der Arbeitnehmer und der Schutz lautereren Wettbewerbs, für die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge streiten. Dennoch soll die Ungleichbehandlung unzulässig sein, weil diese Rechtfertigungsgründe im vorliegenden Fall aus Sicht des Europäischen Gerichtshofes offenbar von Rechts wegen nicht greifen können.

Auf der Grundlage der oben beschriebenen generellen Linie des Europäischen Gerichtshofes zur Möglichkeit der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen spricht die Beschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeiten auf die Gründe nach Art. 52 AEUV [Art. 46 EGV] dafür, dass er letztlich von einem Fall unmittelbarer Diskriminierung ausgeht. Zwingend ist dies allerdings nicht, weil es auch bisher schon immer wieder Abweichungen von der entsprechenden Rechtsprechungslinie gegeben hat.

2.1.2.3 Zwischenergebnis

In der *Laval*-Entscheidung erkennt der Europäische Gerichtshof in der rechtlichen Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge eine nach der Dienstleistungsfreiheit verbotene Diskriminierung des tarifvertragsschließenden ausländischen Unternehmens. Dabei legt er sich nicht fest, ob er von einer offenen oder von einer verdeckten Diskriminierung des Unternehmens ausgeht. Obgleich die rechtliche Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge unbestritten den Erfordernissen des Schutzes der Arbeitnehmer und eines lautereren Wettbewerbs dient, vermögen diese Gründe die Ungleichbehandlung aus Rechtsgründen aus seiner Sicht nicht zu rechtfertigen. Allein

²⁴ EuGH, a.a.O., Rn. 118.

²⁵ EuGH, a.a.O., Rn. 119.

maßgeblich wären Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit nach Art. 52 AEUV (Art. 46 EGV).

2.2 Analyse

Im Zuge der vorstehenden Darstellung ist bereits deutlich geworden, dass die *Laval*-Entscheidung für zwei Lesarten offen ist. In der nachfolgenden Analyse sollen nun beide Lesarten jede für sich auf ihre immanente Tragfähigkeit überprüft werden.

Entweder sieht man in der Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge eine unmittelbare Diskriminierung. Obzwar dann die Beschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeiten auf die Gründe nach Art. 46 EGV überzeugt, ist aber fraglich, ob sich die Annahme einer unmittelbaren Diskriminierung wirklich halten lässt (2.2.1).

Alternativ nimmt man doch lediglich eine mittelbare Diskriminierung ausländischer Unternehmen an. Dann ist die Zurückweisung der Rechtfertigungsgründe des Schutzes von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb sehr fragwürdig (2.2.2).

2.2.1 Ein Fall offener Diskriminierung?

Zunächst ist also zu klären, ob die Ungleichbehandlung eines EU-ausländischen Tarifvertrages eine offene Diskriminierung des tarifvertragschließenden Unternehmens mit Sitz im Ausland darstellt.

Es sei wiederholt: Eine offene Diskriminierung liegt dann vor, wenn eine mitgliedstaatliche Regelung eine nachteilige ungleiche Behandlung explizit an der ausländischen Staatsbürgerschaft oder am ausländischen Unternehmenssitz anknüpft.²⁶ Legt man dieses Verständnis zugrunde, wird man eine offene Diskriminierung im *Laval*-Sachverhalt zu verneinen haben.

Nach der Regelung in § 42 Abs. 3 MBL lösen Tarifverträge, die ausländischem Recht unterliegen, keine Friedenspflicht aus. Dadurch werden Unternehmen, die einen Tarifvertrag abgeschlossen haben, der einem EU-ausländischen Recht unterliegt, gleich behandelt mit Unternehmen, die keinen Tarifvertrag abgeschlossen haben, und anders behandelt als Unternehmen, die einen Tarifvertrag abgeschlossen haben, der schweedischem Recht unterliegt.²⁷

Die Regelung in § 42 Abs. 3 MBL knüpft also nicht explizit an den Sitz eines tarifvertragschließenden Unternehmens an. Maßgeblich ist nicht, ob der Sitz des Unternehmens im EU-Ausland liegt, sondern ob der geschlossene Tarifvertrag einem EU-ausländischen Recht unterliegt. Ungleich behandelt werden nicht Unternehmen mit

²⁶ Siehe oben Text bei Fn. 13.

²⁷ EuGH, a.a.O., Rn. 116.

Sitz in Schweden und Sitz im EU-Ausland, sondern Unternehmen, die einen Tarifvertrag geschlossen haben, der schwedischem Recht unterliegt, und Unternehmen, die einen Tarifvertrag geschlossen haben, der einem EU-ausländischen Recht unterliegt. Die Friedenspflicht besteht gegenüber jedem Arbeitgeber, der einen Tarifvertrag nach schwedischem Recht abgeschlossen hat, unabhängig von dessen Herkunft oder Staatsbürgerschaft. Eine offene Diskriminierung liegt daher nicht vor.

Nun könnte man die Überlegung anstellen, ob die Anknüpfung einer Differenzierung an EU-ausländisches Recht unter dem Gesichtspunkt offener Diskriminierung nicht gleichbedeutend mit der Anknüpfung einer Differenzierung an einen ausländischen Sitz sei. Man würde dies jedoch nur dann bejahen können, wenn es Unternehmen mit Sitz im EU-Ausland rechtlich unmöglich wäre, Tarifverträge abzuschließen, die schwedischem Recht unterliegen. Dann wäre nämlich die Anknüpfung am maßgeblichen Recht tatsächlich zugleich und notwendig eine Anknüpfung am Sitz. Doch so liegen die Dinge nicht. Das schwedische Arbeitsrecht erlaubt vielmehr auch den Abschluss inländischer Tarifverträge mit ausländischen Unternehmen.²⁸ Genau hierauf zielte schließlich die Arbeitskämpfaktivität der Gewerkschaften im *Laval*-Sachverhalt.

Also bleibt es dabei: § 42 Abs. 3 MBL knüpft für die Ungleichbehandlung inländischer und EU-ausländischer Tarifverträge nicht an den ausländischen Sitz des Unternehmens an. Eine offene Diskriminierung liegt daher nicht vor.²⁹ Folglich mag der Europäische Gerichtshof zwar die Möglichkeiten der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge deswegen auf die Gründe nach Art. 46 EG beschränkt haben, weil er darin eine offene Diskriminierung ausländischer Unternehmen gesehen hat. Diese Auffassung wäre jedoch nicht nur unzutreffend, sondern nicht einmal gut vertretbar.

2.2.2 Ein Fall ungerechtfertigter verdeckter Diskriminierung?

Da die Annahme einer offenen Diskriminierung offenbar irrig wäre, muss unterstellt werden, dass der Europäische Gerichtshof doch von einer verdeckten Diskriminierung ausging.

Auch hier sei zunächst wiederholt: Eine verdeckte Diskriminierung liegt vor im Falle einer Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, die an einem anderen Merkmal als dem der ausländischen Staatsangehörigkeit oder des ausländischen Unternehmenssitzes ansetzt, die sich aber gleichwohl faktisch überwiegend zu Lasten ausländischer

28 Dies ist keine Besonderheit des schwedischen Tarifvertragsrechts. Für die deutsche Rechtslage: Thomas Lakies, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., 2006, Anhang 2 zu § 5 Rn. 108.

29 Soweit dieser Aspekt in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur überhaupt Beachtung findet, scheinen die Autoren aber von einer offenen Diskriminierung auszugehen. So handelt es sich nach Auffassung von Norbert Reich „offensichtlich um eine Diskriminierung anhand der Staatsbürgerschaft“. Eva Kocher führt aus, die Regelung widerspreche „recht eindeutig dem Verbot der Diskriminierung nach der Staatsbürgerschaft bei Ausübung der Dienstleistungsfreiheit.“ Auf eine Begründung im Detail verzichten beide Autoren.

Unternehmen auswirkt, und für die sich schließlich kein sachlicher Grund anführen lässt.

2.2.2.1 Ungleichbehandlung zum faktischen Nachteil ausländischer Unternehmen

Aufgrund von § 42 Abs. 3 MBL werden Unternehmen mit EU-ausländischem Tarifvertrag anders behandelt als Unternehmen mit schwedischem Tarifvertrag. Es ist nicht zu bezweifeln, dass sich diese Ungleichbehandlung faktisch überwiegend zulasten ausländischer Unternehmen auswirkt. Denn schwedische Unternehmen, die Tarifverträge schließen wollen, werden regelmäßig schwedische Tarifverträge abschließen, so dass sie von der ungleichen Behandlung EU-ausländischer Tarifverträge nicht betroffen sein werden. Insoweit liegen die Voraussetzungen einer verdeckten Diskriminierung vor.

2.2.2.2 Rechtfertigung durch zwingende Allgemeinwohlerfordernisse

Fraglich ist nun, ob sich für die Regelung in § 42 Abs. 3 MBL nicht ein sachlicher Grund anführen lässt.

Die im Falle offener Diskriminierung allein maßgeblichen Gründe des Art. 52 AEUV (Art. 46 EGV) lassen sich nicht anführen, denn wie erläutert fallen der hier einschlägige Schutz von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb nicht unter diese Gründe.

Schutz von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb stellen aber grundsätzlich zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls dar. Insofern liegt es nahe zu überprüfen, ob diese Erfordernisse im Streitfall die fragliche Regelung in Art. 42 Abs. 3 MBL rechtfertigen können. Zur sachlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung ist grundsätzlich erforderlich, dass die Regelung den Erfordernissen des Allgemeinwohls dient. Dies ist dann zu bejahen, wenn die Regelung zur Wahrung von Allgemeinwohlerfordernissen geeignet ist und nicht über das hierfür Erforderliche hinausgeht.

§ 42 Abs. 3 MBL zielt in den bereits zitierten Worten des Europäischen Gerichtshofs darauf,

es den gewerkschaftlichen Organisationen zu ermöglichen, Maßnahmen zu ergreifen, damit alle auf dem schwedischen Arbeitsmarkt vertretenen Arbeitgeber Vergütungen zahlen und auch im Übrigen Beschäftigungsbedingungen einhalten, die den gewöhnlich in Schweden praktizierten entsprechen,

sowie

Voraussetzungen für einen lautereren Wettbewerb zu gleichen Bedingungen zwischen schwedischen Arbeitgebern und Unternehmen zu schaffen, die aus anderen Mitgliedstaaten kommen.³⁰

30 EuGH, a.a.O., Rn. 118.

Die Regelung ist also zunächst auf die Gleichheit von Arbeitsbedingungen gerichtet. Ihr Zweck besteht insofern im Schutz der Arbeitnehmer vor Lohnkonkurrenz. Der Aspekt des Schutzes lauterer Wettbewerbs baut auf dem Schutz vor Lohnkonkurrenz, wobei die Verbindung auf der Auffassung beruht, dass ein Wettbewerb auf der Basis von Lohnkosten kein fairer oder lauterer Wettbewerb ist.

Da nun Schutz von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb anerkannte Allgemeinwohlerfordernisse darstellen, bleibt an dieser Stelle nur noch danach zu fragen, ob § 42 Abs. 3 MBL auch geeignet und erforderlich ist, um Lohnkonkurrenz auszuschließen.

Die Eignung liegt klar zu Tage: Wenn EU-ausländische Tarifverträge keine Friedenspflicht auslösen, können die betroffenen Unternehmen mit Arbeitskampfmaßnahmen belegt oder bedroht werden um sie auf diese Weise zu veranlassen mit schwedischen Gewerkschaften Tarifverträge abzuschließend, die nicht nur schwedischem Recht unterliegen, sondern sicherlich auch Arbeitsbedingungen auf dem üblichen schwedischen Niveau enthalten werden.

So bleibt die Frage nach der Erforderlichkeit. Die lässt sich zunächst gerade des der *Laval*-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts demonstrieren. Die Entsendung lettischer Bauarbeiter, die lediglich an einen Tarifvertrag gebunden waren, der mit lettischen Gewerkschaften zu in Lettland üblichen Bedingungen geschlossen war, die erheblich unter den üblichen schwedischen Bedingungen lag, versetzte die lettischen und schwedischen Kollegen in eine Situation unmittelbarer Lohnkonkurrenz. Würde der lettische Tarifvertrag auch eine in Schweden zu achtende Friedenspflicht auslösen, ließen sich keine gleichen Bedingungen herstellen.

Gegen diesen Befund kann man nicht ins Feld führen, dass die lettischen Arbeitnehmer durch den Tarifvertrag nach lettischem Recht ihrerseits bereits einen kollektiven Schutz genießen und deswegen nicht des kollektiven Schutzes durch schwedische Tarifverträge bedürften. Mit dieser Überlegung stellte man auf einen falschen Gesichtspunkt ab. Die Gewähr kollektiven Schutzes ist zwar auch ein Belang des Arbeitnehmerschutzes, aber darum geht es im vorliegenden Zusammenhang nicht. Es geht nicht um den Schutz gerade der lettischen Arbeitnehmer durch Kollektivverträge, sondern um den Schutz sämtlicher Arbeitnehmer vor Lohnkonkurrenz.³¹ Zwar sind Kollektivverträge oft ein hinreichendes Mittel zum Schutz vor Lohnkonkurrenz. Aber in der Situation von konkurrierenden Tarifverträgen reicht die Gewähr dieses kollektiven Schutzes gerade nicht aus, um Lohnkonkurrenz auszuschalten. Dies gilt nicht nur, wohl aber insbesondere im Falle transnational konkurrierender Tarifverträge, die im Kontext sehr unterschiedlicher sozio-ökonomischer Niveaus geschlossen werden.

Fraglich könnte die Erforderlichkeit unter dem Gesichtspunkt erscheinen, dass EU-ausländische Tarifverträge auch dann keine Friedenspflicht auslösen, wenn sie höhere

31 Es liegt in der Natur der Sache, dass die Durchsetzung des Schutzes vor Lohnkonkurrenz zum Nachteil derjenigen Arbeitnehmer geht, die unter Bedingungen der Lohnkonkurrenz gerade die Nase vorn hätten.

Arbeitsbedingungen als die in Schweden üblichen vorsehen. Zur Beseitigung von Lohnkonkurrenz ist es nicht erforderlich, dass auch Unternehmen mit EU-ausländischen Tarifverträgen, deren Standards oberhalb der in Schweden üblichen liegen, durch Arbeitskämpfmaßnahmen schwedischer Gewerkschaften dazu gezwungen werden, Tarifverträge nach schwedischem Recht abzuschließen.

Indessen werden die schwedischen Gewerkschaften ihre nach § 42 Abs. 3 MBL eröffneten Möglichkeiten kaum gegenüber Unternehmen nutzen, die ihren entsandten Arbeitnehmern auf Basis höhere Arbeitsbedingungen gewähren als den in Schweden üblichen.

Gleichwohl erscheint es hier zumindest vertretbar, nicht auf die praktische sondern allein auf die rechtliche Seite abzustellen. Dann ginge § 42 Abs. 3 MBL über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels der Beseitigung von Lohnkonkurrenz erforderlich wäre. Abhilfe ließe sich dann auf zwei Wegen schaffen: Entweder wäre § 42 Abs. 3 MBL durch die schwedische Rechtsprechung mit Blick auf seinen Zweck teleologisch zu reduzieren, so dass nur Tarifverträge mit niedrigeren als den in Schweden üblichen Arbeitsbedingungen keine Friedenspflicht auslösen. Oder aber der schwedische Gesetzgeber müsste § 42 Abs. 3 MBL entsprechend klarstellen. In beiden Fällen wäre anschließend die Erforderlichkeit eines so korrigierten § 42 Abs. 3 MBL nunmehr ohne Einschränkungen zu bejahen.

Jedenfalls dann verstieße die Regelung in § 42 Abs. 3 MBL trotz der darin enthaltenen Ungleichbehandlung inländischer und (schlechterer) EU-ausländischer Tarifverträge aufgrund ihrer Rechtfertigung mit Blick auf den damit bezweckten Schutz von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb nicht gegen Art. 56 AEUV (Art. 49 EGV).

2.2.2.3 EuGH: Rechtfertigung durch zwingende Allgemeinwohlerfordernisse ausgeschlossen

Doch all das kommt nicht zur Sprache. Denn der Europäische Gerichtshof eröffnet nur die Berufung auf Gründe nach Art. 46 EGV. Die vorgebrachte Rechtfertigung unter Berufung auf Allgemeinwohlerfordernisse sieht der Europäische Gerichtshof nicht etwa als im Ergebnis vielleicht nicht tragfähig, sondern er weist schon die Möglichkeit einer solchen Rechtfertigung zurück.³² Damit stellt er sich namentlich gegen die oben bereits berichtete verbreitete Interpretation seiner ständigen Rechtsprechung, der zu Folge für mittelbare Diskriminierungen eine Rechtfertigung unter Berufung auf zwingende Allgemeinwohlerfordernisse zu eröffnen sei.

Hinzu kommt folgendes: Es entspricht nicht nur der eigenen Rechtsprechung, im Falle verdeckter Diskriminierung die Möglichkeiten der Rechtfertigung über die Gründe in Art. 52 AEUV (Art. 46 EGV) hinaus zu erweitern, sondern es ist auch der Sache not-

³² Siehe oben Text nach Fn. 23.

wendig. Andernfalls würden die mitgliedstaatlichen Möglichkeiten zur Sicherung von Allgemeinwohlinteressen gegen das Marktgeschehen zu stark eingeschränkt.³³ Wäre auch bei verdeckter Diskriminierung allein Art. 46 EGV maßgeblich, wären auch sachlich an sich gut begründete Ungleichbehandlungen, die sich faktisch überwiegend für ausländische Unternehmen nachteilig auswirken, nur dann noch zulässig, wenn der sachliche Grund zugleich im Bereich öffentlicher Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit läge. Alle anderen Gründe, die gleichfalls Allgemeinwohlinteressen verkörpern, könnten nicht mehr greifen.

Die Rücksicht auf die Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten unter der Geltung der Grundfreiheiten ist insbesondere deswegen so wichtig, weil die Allgemeinwohlinteressen auf der europäischen Ebene vielfach mangels rechtlicher Kompetenz oder mangels politischem Einigungsvermögen gar nicht gesichert werden können.³⁴ Das gilt namentlich im Bereich des sozialen Schutzes und hierin insbesondere im Bereich des für den modernen Sozialstaat zentralen Schutzes vor Lohnkonkurrenz. Im Bereich des gesetzlichen oder tariflichen Schutzes vor Lohnkonkurrenz hat die Union nach Art. 153 Abs. 5 AEUV (Art. 137 Abs. 5 EGV) keine Gesetzgebungskompetenz, die nach Art. 153 Abs. 2 b) AEUV (Art. 137 Abs. 2 b) EGV) eröffneten Kompetenzen im Arbeits- und Sozialbereich im Übrigen sind recht begrenzt und politische Einigung gelingt im bestehenden Kompetenzbereich nur eingeschränkt.

Wenn der Europäische Gerichtshof nun also gerade im für den gesamten sozialen Bereich zentralen Aspekt des Schutzes vor Lohnkonkurrenz die Rechtfertigung unter Bezug auf den Schutz der Arbeitnehmer als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls ausschließt, dann liegt darin eine einschneidende Begrenzung mitgliedstaatlicher Gestaltungsmöglichkeiten gerade im sozialen Bereich, dessen Gestaltung auf europäischer Ebene aus rechtlichen und politischen Gründen zu kurz kommen muss.

Dass sich der Europäische Gerichtshof, um zu diesem Ergebnis zu kommen, zusätzlich – wie oben angesprochen – in Widerspruch zu einer verbreiteten Interpretation seiner Rechtsprechung setzt³⁵, ohne diesen zu thematisieren, verleiht der Entscheidung zusätzliches Gewicht.

33 Vgl. prägnant Classen, a.a.O., § 23 Rn. 7.

34 Ausführlich hierzu: Florian Rödl, Arbeitsverfassung, in: von Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 855-904.

35 Es ist einzuräumen, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs tatsächlich sehr uneinheitlich ist (zur Kritik statt vieler: Thorsten Kingreen, Grundfreiheiten, in: von Bogdandy/Bast, a.a.O., 705-748 (735 f.)). Dieser Umstand vermag den Europäischen Gerichtshof vielleicht zu motivieren, nicht aber zu berechtigen, auf eine Begründung des wesentlichen Schritts der Entscheidung zu verzichten.

2.3 Ergebnis

Als allgemeines Ergebnis, das heißt ohne besonderen Bezug auf die in der *Laval*-Entscheidung streitgegenständliche Regelung des schwedischen Arbeitsrechts, lässt sich zusammen fassen:

Der Europäische Gerichtshof hat in der Entscheidung *Laval* den Mitgliedstaaten aufgegeben, inländische und EU-ausländische Tarifverträge grundsätzlich gleich zu behandeln. Der Versuch einer rechtlichen Begründung dieses Gleichbehandlungsgebots ist dem Europäischen Gerichtshof allerdings missglückt.

Der gewählte Begründungsansatz, demzufolge die Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge eine Diskriminierung des tarifvertragschließenden ausländischen Unternehmens darstelle, leidet zunächst an der grundlegenden Unklarheit, ob der Europäische Gerichtshof von einer offenen oder von einer verdeckten Diskriminierung ausgeht. Doch in beiden durch die Unklarheit eröffneten Lesarten erscheint der jeweilige Begründungsgang letztlich nicht vertretbar.

Eine offene Diskriminierung liegt nicht vor, weil eine Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge nicht explizit an der ausländischen Staatsangehörigkeit oder dem ausländischen Sitz des tarifschließenden Unternehmens anknüpft, sondern an der Anwendbarkeit ausländischen Rechts auf den Tarifvertrag.

Obleich sich die Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge sicherlich hauptsächlich zum Nachteil EU-ausländischer Unternehmen auswirkt, liegt regelmäßig auch keine verdeckte Diskriminierung vor. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ungleichbehandlung das Ziel der Unterbindung transnationaler Lohnkonkurrenz verfolgt und sich darum als Instrument des Schutzes von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb rechtfertigen lässt. Zur Unterbindung transnationaler Lohnkonkurrenz ist eine Ungleichbehandlung auch geeignet. Allenfalls die Erforderlichkeit mag Zweifeln begegnen, insofern die Ungleichbehandlung sich formal auch gegen ausländische Tarifverträge richten kann, die höhere Standards als die inländischen vorsehen. Aus Sicht des betroffenen Mitgliedsstaates lösen diese nämlich keine Lohnkonkurrenz aus. Insofern hätten die Mitgliedstaaten aber lediglich sicher zu stellen, dass sich die Ungleichbehandlung nur gegen EU-ausländische Tarifverträge richtet, die niedrigere Standards als die inländischen vorsehen. Im Übrigen bliebe die Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge europarechtlich zulässig. Ohne jede Begründung hat der Europäische Gerichtshof jedoch diesen an sich im Ergebnis durchgreifenden Rechtfertigungsansatz von vorne herein ausgeschlossen.

Zur politischen Einordnung der Entscheidung ist festzuhalten: Indem der Europäische Gerichtshof den Mitgliedstaaten versagt, nicht offen diskriminierende Regelungen zur Unterbindung von Lohnkonkurrenz unter den Grundfreiheiten unter Berufung auf zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls zu rechtfertigen, schränkt der die

Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten in einem wenn nicht *dem* Kernbereich sozialstaatlicher Gewährleistungen ein. Sollte dies nicht versehentlich, sondern mit Absicht geschehen sein, wird man hierin einen Beleg für die gegenwärtig kontrovers diskutierte These von einer Radikalisierung der Binnenmarktintegration durch den Europäischen Gerichtshof³⁶ sehen müssen.

36 Martin Höpner, Integration durch Usurpation. Thesen zur Radikalisierung der Binnenmarktintegration, in: WSI-Mitteilungen 2009, S. 407-415.

3 Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht

Im folgenden Abschnitt aufzuklären ist nun, welche Auswirkungen das Gebot, in- und ausländische Tarifverträge grundsätzlich gleich zu behandeln, im deutschen Arbeitsrecht zeitigt.

Die *Laval*-Entscheidung selbst hatte eine Regelung des schwedischen Arbeitskampfrechts zum Gegenstand, der zu Folge ausländische Tarifverträge für schwedische Gewerkschaften keine Friedenspflicht auslösten. Auswirkungen auf das deutsche Arbeitskampfrecht sind demgegenüber gegenwärtig nicht auszumachen. Die etwaige Reichweite der Friedenspflichtwirkung ausländischer Tarifverträge auch ins Inland spielt im deutschen Kontext keine Rolle. Arbeitskämpfe, die nicht von den durch den erstrebten Tarifvertrag begünstigten Arbeitnehmern getragen werden, sondern wie im Falle *Laval* allein auf Blockade und Boykott eines Arbeitgebers basieren, die jenen zum Abschluss eines inländischen Tarifvertrages veranlassen sollen, sind in Deutschland rechtlich nicht möglich.³⁷

Demgegenüber sind Auswirkungen im deutschen Arbeitsrecht namentlich im Bereich gesetzlicher oder tariflich-allgemeinverbindlicher Mindestarbeitsbedingungen zu gewärtigen, nämlich immer dann, wenn die maßgeblichen gesetzlichen Regelungen über Lohnsätze oder Arbeitszeit eine Unterschreitung jener Mindestbedingungen durch Tarifvertrag erlauben. Bisher war davon auszugehen, dass die Möglichkeit der Unterschreitung nur für *inländische* Tarifverträge³⁸ eröffnet ist.³⁹ Im Anschluss an die *Laval*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes steht nun im Raum, dass die Möglichkeit der Unterbietung gesetzlicher oder tariflich-allgemeinverbindlicher Mindestnormen uneingeschränkt auch vermittels *ausländischer Tarifverträge* genutzt werden können muss.

Die Problematik stellt sich freilich nur dann, wenn die besagten Mindestnormen überhaupt auf Entsendearbeit im Inland anzuwenden sind. Ist dies jedoch der Fall, dann

37 Die jüngste Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Zulässigkeit von Sympathiearbeitskämpfen (Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, in: AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) ändert hieran nichts, da der Sympathiearbeitskampf stets einen (rechtmäßigen) Hauptarbeitskampf voraussetzt.

38 „Inländisch“ ist ein Tarifvertrag dann, wenn er dem TVG unterfällt und sich also seine Voraussetzungen und Wirkungen nach dem TVG bestimmen. Ob nun ein Tarifvertragsgeschehen, auch wenn es Berührungen zu anderen Rechtsordnungen aufweist (wie etwa der ausländische Sitz des Arbeitgebers oder der Tarifvertragsparteien, die Nationalität der Arbeitnehmer, die Regelung von Auslandsarbeit), sich dennoch nach dem TVG richtet, entscheidet sich in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen nach allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätzen. Diese besagen, übertragen auf die Reichweite des TVG, dass das TVG dann anzuwenden ist, wenn der Schwerpunkt des tariflichen Regelungsgegenstandes im Inland liegt. Maßgeblich ist dabei in erster Linie, ob die tariflich erfassten Arbeitsverhältnisse ihren Tätigkeitsbereich schwerpunktmäßig im Inland haben (vgl. Birk, a.a.O., § 21 Rn. 22).

39 Birk, a.a.O., § 21 Rn. 58 a. E. Entsprechend finden sich in den gängigen Kommentierungen etwa tarifdispositiver Normen regelmäßig keine Verweise auf die Rechtswirkung ausländischer Tarifverträge. Eine Ausnahme bildet § 9 Nr. 2 AÜG, was sich dadurch erklärt, dass im Zuge seiner Novellierungen immer stärker die Problematik grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassungen ins Bewusstsein trat.

besteht die Funktion dieser Normen gerade auch darin, die durch die europäische Wirtschaftsintegration an sich verschärfte transnationale Lohnkonkurrenz zu begrenzen. Soweit in Folge der *Laval*-Entscheidung die Unterschreitungsmöglichkeiten auch für EU-ausländische Tarifverträge eröffnet werden müssten, würde diese Funktion der Begrenzung transnationaler Lohnkonkurrenz untergraben.

Die nachfolgenden Ausführungen sind gegliedert, wie folgt: Zunächst ist zu klären, welche der wesentlichen gesetzlichen oder tariflich-allgemeinverbindlichen Mindestnormen auf Entsendearbeit anzuwenden sind (3.1). Anschließend ist Bestand aufzunehmen darüber, inwieweit die auf Entsendearbeit anzuwendenden Mindestnormen durch inländische Tarifverträge verdrängt werden können (3.2). Vor diesem Hintergrund sind dann im dritten Schritt die Konsequenzen des nach der *Laval*-Entscheidung maßgeblichen Gebots der Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge zu erörtern (3.3).

3.1 Anwendbarkeit wesentlicher Mindestnormen auf Entsendearbeitsverhältnisse

Zu klären ist also, ob wichtige Mindestnormen des deutschen Arbeitsrechts über Lohnsätze und Arbeitszeit auf Entsendearbeit Anwendung finden. Für die folgende Darstellung empfiehlt sich im Vorgriff auf Unterschiede in den möglichen Auswirkungen der *Laval*-Entscheidung eine Unterteilung in vier Normgruppen. Am Anfang stehen gesetzliche und tariflich-allgemeinverbindliche Mindestentgeltregelungen nach AEntG und MiArbG (3.1.1), dann folgen tariflich-allgemeinverbindliche Mindestnormen im Übrigen, also namentlich außerhalb des Anwendungsbereichs des AEntG (3.1.2), es schließt sich die besondere Mindestnorm des Leiharbeitsrechts (AÜG) in Gestalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes an (3.1.3) und am Ende stehen die Mindestnormen zur Höchstarbeitszeit nach dem ArbZG (3.1.4).

3.1.1 Mindestentgeltregelungen nach AEntG und MiArbG

Gleich eingangs sind aufgrund unterschiedlicher Prozeduren zum Erlass der jeweiligen Mindestregelungen noch einmal erneut zu unterscheiden die Sonderregelungen zur Reichweite tarifvertraglicher Normen in bestimmten Branchen (§§ 3-8 AEntG) einerseits und die Regelungen zu bezifferter Mindestentgeltfestsetzung für tarifschwache Branchen und die Pflegebranche (§ 4 MiArbG und § 11 AEntG) andererseits.

3.1.1.1 Allgemeinverbindliche Tarifverträge und Rechtsverordnungen nach §§ 3-8 AEntG

§§ 3-8 AEntG enthalten für bestimmte Branchen besondere Regelungen zur Erweiterung des Anwendungsbereichs von Tarifverträgen. Die Branchen (im Folgenden:

AEntG-Branchen) sind in § 4 AEntG aufgezählt.⁴⁰ In diesen Branchen tritt zunächst in § 7 AEntG neben den fortbestehenden Mechanismus einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG die Ermächtigung an den Minister für Arbeit und Soziales, die so genannten Kernarbeitsbedingungen aus diesen Tarifverträgen (vgl. § 5 Nr. 1-3 AEntG⁴¹) unter gegenüber § 5 TVG erleichterten Voraussetzungen⁴² durch Rechtsverordnung auf andere als die mitgliedschaftlich tarifgebundenen Beschäftigten zu erstrecken.

Maßgeblich für die Frage, ob nach § 5 TVG allgemeinverbindliche oder nach § 7 kraft Rechtsverordnung erstreckte Tarifnormen in Tarifverträgen der AEntG-Branchen auf Entsendearbeit anzuwenden sind, ist die Vorschrift in § 3 AEntG. § 3 AEntG entscheidet zwei voneinander unabhängige und darum sorgfältig zu unterscheidende rechtliche Fragen, die sich stets bei der Anwendung von Tarifnormen auf Entsendearbeit stellen, in einem Zug. Zum besseren Verständnis sei die Unterscheidung der beiden Fragen bzw. der zugrunde liegenden Aspekte kurz erläutert.

Die erste Frage ist, ob ein Entsendearbeitsverhältnis *sachrechtlich im räumlichen Geltungsbereich* eines Tarifvertrages liegt. Der räumliche Geltungsbereich wird grundsätzlich von den Tarifparteien im Rahmen ihrer Tarifzuständigkeit autonom festgelegt. (Im Bereich der §§ 3-8 AEntG muss die Festlegung durch die Tarifparteien das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland als Geltungsbereich angeben.⁴³ Andernfalls werden nicht die in § 3 AEntG vorgesehenen Rechtsfolgen ausgelöst.) In diesem Zusammenhang können die Tarifparteien auch das maßgebliche Kriterium der Zuordnung zum räumlichen Geltungsbereich – in Betracht kommen etwa Unternehmenssitz, Betriebsitz oder tatsächlicher Arbeitsort – autonom bestimmen. Nach der gängigen tariflichen Praxis⁴⁴ ist die räumliche Lage des Betriebs maßgeblich. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für den Fall, in dem die Tarifparteien das maßgebliche Zuordnungskriterium nicht explizit bestimmt haben.⁴⁵ Der Betriebssitz bleibt auch dann maßgeblich, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend an einem anderen Ort außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs beschäftigt wird.⁴⁶ Im Falle der Entsendearbeit liegt der Betrieb des Arbeitgebers im Ausland, so dass das Arbeitsverhältnis

40 Im Einzelnen: Bauhauptgewerbe und Baunebengewerbe, Gebäudereinigung, Briefdienstleistungen, Sicherheitsdienstleistungen, Bergbauspezialarbeiten, Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst, Aus- und Weiterbildungsleistungen

41 Betroffen sind Regelungen zu Mindestentgeltsätzen, Urlaub und zur Einziehung von Beiträgen und Gewährung von Leistungen im Zusammenhang mit Urlaubsansprüchen durch gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien.

42 Namentlich ist der Tarifausschuss aus seiner zentralen Rolle verdrängt, die ihm im Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG zukommt; vgl. aber nunmehr den mit der Änderung des AEntG in 2009 neu aufgenommenen § 7 Abs. 5 AEntG.

43 Vgl. etwa § 1 Abs. 1 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe vom 4.7.2002 oder § 1 Abs. 1 Tarifvertrag Mindestlohn für das Baugewerbe in Deutschland vom 23.05.2009.

44 Ulrich Preis, Arbeitsrecht. Kollektivarbeitsrecht, 2. Aufl., 2009, § 100 III. Im Unterschied hierzu wird im Baubereich aufgrund des starken West-Ost-Lohngefälles schon seit Längerem auf den Ort der Beschäftigung abgestellt („Lohn der Baustelle“).

45 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 3.12.1985 – 4 AZR 325/84, in: AP Nr. 5 zu § 1 TVG Tarifverträge: Großhandel; Urt. v. 25.5.2005 – AZR 319/04, in: AP Nr. 17 zu § 1 TVG Tarifverträge: Gebäudereinigung.

46 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 25.6.1998 – 6 AZR 475/96 – in: AP Nr. 1 zu TV Arb Bundespost § 1 Nr. 1.

darum regelmäßig nicht im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages läge.⁴⁷ Anders liegt es, wenn der Tarifvertrag das „Arbeitsortsprinzip“ festlegt, demzufolge nicht der Betriebssitz des Arbeitgebers, sondern der Ort der Beschäftigung maßgeblich ist.

Die zweite Frage ist, ob das Entsendearbeitsverhältnis *kollisionsrechtlich* im *internationalen Anwendungsbereich* eines Tarifvertrages liegt. Das Bundesarbeitsgericht ist der Ansicht, dass Tarifverträge nach dem TVG unabhängig von ihrer Allgemeinverbindlicherklärung nur Arbeitsverhältnisse erfassen können, die nach den einschlägigen Normen des Internationalen Privatrechts (Art. 8 Rom I-VO, bis 17.12.2009: Art. 30 EGBGB) ihrerseits deutschem Arbeitsvertragsrecht unterliegen.⁴⁸ Nach Art. 8 Rom I-VO gilt für Entsendearbeitsverhältnisse das Arbeitsvertragsrecht des Herkunftslandes (vgl. Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO). Sie werden darum von deutschen Tarifverträgen nicht erfasst, und liegen also nicht in ihrem internationalen Anwendungsbereich.

Beide Fragen sind sorgsam zu unterscheiden, weil sie keinesfalls synchron entschieden werden müssen⁴⁹: Ob ein Entsendearbeitsverhältnis in den räumlichen Geltungsbereich einer Norm fällt, ist ohne Belang, solange die Norm nicht auch international anwendbar ist. Andererseits ist es möglich, dass eine Norm international auf ein bestimmtes Entsendearbeitsverhältnis anwendbar ist, dieses aber dessen ungeachtet nicht in ihren räumlichen Geltungsbereich fällt.

Wie bereits erwähnt, entscheidet § 3 AEntG beide Fragen in einem Zug: Den nach §§ 3-8 AEntG näher bestimmten Tarifnormen unterstehen Entsendearbeitsverhältnisse sowohl im Hinblick auf den ihren räumlichen Geltungsbereich als auch auf ihren internationalen Anwendungsbereich.

Zwar lässt sich dies nicht unmittelbar dem Wortlaut der Vorschrift entnehmen. Sie gibt ohne nähere Unterscheidung beider Aspekte vor, dass die maßgeblichen Vorschriften

... auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im räumlichen Geltungsbereich dieses Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend Anwendung [finden]

Angesichts dieses Wortlauts könnte man die Vorschrift so verstehen, dass sie nur den internationalen Anwendungsbereich betrifft, während sie für den räumlichen Geltungsbereich auf dessen Bestimmung durch die Parteien des zugrunde liegenden Tarifvertrages verweist. Andererseits kann man die Vorschrift auch so lesen, dass in der Formulierung „im räumlichen Geltungsbereich ... beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen“ zugleich enthalten ist, dass unabhängig von einer etwaig abwei-

47 Olaf Deinert, Arbeitnehmerentsendung innerhalb der Europäischen Union, in: RdA 1996, 339-352 (345).

48 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 4.5.1977 – 4 AZR 10/76, in: AP, Nr 4 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht..

49 Die Unterscheidung von sachrechtlichen Abgrenzungen (räumlicher Geltungsbereich) und kollisionsrechtlichen Abgrenzungen (internationaler Anwendungsbereich) gehört zu den zentralen aber auch schwierigsten Unterscheidungen der Allgemeinen Lehren des Internationalen Privatrechts; vgl. hierzu Gerhard Kegel/Klaus Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., 2004, 52 ff (56).

chenden tariflichen Regelung der tatsächliche Beschäftigungsort für die Zuordnung zum räumlichen Geltungsbereich maßgeblich sein soll.

Aus der Begründung des Regierungsentwurfs zur Neufassung des AEntG lässt sich indessen ableiten, dass sich die Einbeziehung in den räumlichen Geltungsbereich nicht aus § 3 AEntG, sondern aus § 8 Abs. 1 AEntG ergeben soll. Die Vorschrift lautet:

Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland, die unter den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages nach den §§ 4 bis 6 oder einer Rechtsverordnung nach § 7 fallen, sind verpflichtet, ihren Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen mindestens die in dem Tarifvertrag für den Beschäftigungsort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren ...

In Anknüpfung an die Formulierung von „für den Beschäftigungsort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen“ heißt es dazu im Entwurf der Bundesregierung:

Darüber hinaus wird das Arbeitsortsprinzip durch Inbezugnahme des Beschäftigungsortes gesetzlich normiert.⁵⁰

Damit will der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass Tarifverträge im Anwendungsbereich des AEntG bei der Zuordnung zum räumlichen Geltungsbereich auf den Beschäftigungsort abstellen.

Obgleich die gesetzgeberische Intention insofern eindeutig ist, ist fraglich, ob die Regelung so zulässig ist. Bis zur Neufassung des AEntG in 2009 wurde in der Vorgängerregelung (§ 1 Abs. 1 AEntG) zwar auch das Arbeitsortsprinzip angesprochen.⁵¹ Dies geschah jedoch nicht im Sinne einer „gesetzlichen Normierung“. Vielmehr wurde auf die tarifliche Regelungslage Bezug genommen und es bildete die Voraussetzung der Erstreckung der Tarifnorm auf ausländische Arbeitgeber, dass der maßgebliche Tarifvertrag das Arbeitsortsprinzip enthält.⁵² Mit § 8 Abs. 1 AEntG scheint der Gesetzgeber die Zuordnung zum räumlichen Geltungsbereich, die bisher den Tarifparteien oblag, nunmehr selbst vornehmen zu wollen.

Ob sich der damit verbundene Eingriff in die Tarifautonomie verfassungsrechtlich zulässig ist, erscheint sehr zweifelhaft: Da § 8 Abs. 1 AEntG auch für inländische Arbeitgeber gilt, wäre für eine räumlich differenzierte Tariftabelle (etwa in Tarifgebiete Ost und West) ebenfalls kraft § 8 Abs. 1 AEntG an den Beschäftigungsort anzuknüpfen,

⁵⁰ Bundestags-Drucksache 16/10486, S. 13.

⁵¹ Die Regelung in § 1 Abs. 1 S. 1 AEntG besagte, dass die fraglichen Rechtsnormen auch auf ein Entsendearbeitsverhältnis Anwendung finden, „wenn ... auch inländische Arbeitgeber ihren im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern mindestens die am Arbeitsort geltenden tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen gewähren müssen.“

⁵² Siehe etwa Monika Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl., 2008, § 1 AEntG Rn. 5.

auch wenn die Tarifparteien gerade nicht an den Arbeitsort sondern an den Betriebsitz anknüpfen wollten.⁵³

Diese Frage soll hier aber nicht weiter verfolgt werden: Mit Blick auf die eben berichtete unzweideutige gesetzgeberische Absicht, Entsendearbeitsverhältnisse den deutschen Tarifnormen tatsächlich zu unterstellen einerseits, und zudem mit Rücksicht auf die entsprechende der Vorschrift unterliegende europarechtliche Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie⁵⁴, müssen §§ 3 S. 1, 8 Abs. 1 AEntG so ausgelegt werden, dass die Vorschriften für bundesweit geltende allgemeinverbindliche Tarifnormen in Tarifverträgen der AEntG-Branchen und der nach § 7 AEntG als Rechtsverordnung erlassenen Tarifnormen beide Fragen in einem Zug entscheiden. Demzufolge ist gemäß §§ 3, 8 AEntG sowohl mit Blick auf den internationalen Anwendungsbereich als auch auf den räumlichen Geltungsbereich der tatsächliche Beschäftigungsort entscheidend. Entsendearbeitsverhältnisse in den AEntG-Branchen liegen also im internationalen Anwendungsbereich der Tarifnormen. Zugleich fallen Entsendearbeitsverhältnisse in den räumlichen Geltungsbereich der nach § 5 TVG allgemeinverbindlichen oder kraft Rechtsverordnung nach § 7 erstreckten Tarifnormen für die AEntG-Branchen. Dies gilt unabhängig von einer etwaig abweichenden Festlegung des Geltungsbereichs durch die Tarifparteien. §§ 3, 8 AEntG überschreiben also gesetzlich eine etwaig eingeschränktere tarifliche Festlegung des räumlichen Geltungsbereichs, sofern diese für sich genommen Entsendearbeit räumlich nicht erfassen würde.

Kurz zusammengefasst: Entsendearbeitsverhältnisse liegen nach § 3 S. 1 AEntG sowohl im internationalen Anwendungsbereich als auch im räumlichen Geltungsbereich von Tarifnormen über Kernarbeitsbedingungen (§ 5 AEntG) in Tarifverträgen der AEntG-Branchen (§ 4 AEntG), soweit diese entweder nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt oder nach § 7 AEntG durch Rechtsverordnung auf andere als die mitgliedschaftlich gebundenen Beschäftigten erstreckt werden.

3.1.1.2 Bezifferte Mindestentgeltfestsetzung durch Rechtsverordnung nach § 4 MiArbG und § 11 AEntG

§ 4 MiArbG regelt für Branchen mit unzureichender Tarifbindung das Verfahren zum Erlass von Rechtsverordnungen mit bezifferten Mindestentgelten. § 11 AEntG regelt Gleiches für den besonderen Fall der Pflegebranche.

53 Praktisch ist diese Überlegung einstweilen ohne Belang, weil gegenwärtig sämtliche Tarifverträge, die die Grundlage geltender Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG bilden, ihrerseits das Arbeitsortsprinzip enthalten (Zusammenstellung verfügbar unter www.zoll.de, besucht am 30.04.2010). Für diese Rechtsverordnungen kommt es darum auf den rechtlichen Bestand von § 8 Abs. 1 AEntG nicht an. An dieser Praxis sollte im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Problematik festgehalten werden. Dazu unten D.II.

54 Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16.12.1996. (In Bezug auf allgemeinverbindliche Tarifverträge betrifft die europarechtliche Verpflichtung jedoch nur die Tarifverträge der Baubranche, vgl. den in Art. 3 Abs. 1 enthaltenen Verweis auf den Anhang); für andere Branchen ergibt sich lediglich eine Erlaubnis aus Art. 3 Abs. 10, 2. Anstrich der Richtlinie).

3.1.1.2.1 Rechtsverordnungen nach § 4 MiArbG

Auch im Falle von gesetzlich bezifferten Mindestentgelten sind die Fragen von internationalem Anwendungsbereich und räumlichem Geltungsbereich zu unterscheiden.

Der internationale Anwendungsbereich einer Verordnung nach § 4 Abs. 3 MiArbG ist eindeutig gesetzlich geregelt, allerdings nicht im MiArbG sondern in § 2 Nr. 1 AEntG. Dieser besagt nämlich:

Die in Rechts- und Verwaltungsvorschriften enthaltenen Regelungen über

1. die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze ...

finden auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Arbeitgeber und seinem im Inland beschäftigten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen zwingend Anwendung.

Da es sich bei einer Rechtsverordnung nach § 4 Abs. 3 MiArbG um eine Rechtsvorschrift über Mindestentgeltsätze handeln würde, folgt aus § 2 Nr. 1 AEntG, dass Entsendearbeit in ihren internationalen Anwendungsbereich fällt.⁵⁵

Ob eine Rechtsverordnung nach § 4 Abs. 1 MiArbG jedoch ihrerseits Entsendearbeitsverhältnisse in den räumlichen Geltungsbereich einbezieht, ist damit an sich noch nicht eindeutig geklärt. Jedoch wird man vergleichbar wie im Falle des § 3 S. 1 AEntG auch § 2 AEntG so auszulegen haben, dass die Vorschrift zugleich den räumlichen Geltungsbereich der Rechtsverordnung so bestimmt, dass maßgeblich nicht der Betriebsitz sondern die tatsächliche Arbeitsleistung im Inland ist, selbst wenn sich dies nicht aus der Rechtsverordnung selbst ergeben sollte.

Dafür spricht zunächst schon der Wortlaut in § 2 AEntG, der – anders als im Falle des § 3 S. 1 AEntG – auf keinen etwaig eigenständigen räumlichen Geltungsbereich der international erstreckten Regelung Bezug nimmt. Überdies greifen die bereits im Zusammenhang mit § 3 S. 1 AEntG genannten Argumente: Eine solche Auslegung entspricht der Intention des Gesetzgebers und der europarechtlichen Verpflichtung nach Art. 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie.

Hilfsweise wäre noch auf die Verordnungsermächtigung in § 4 Abs. 3 MiArbG zu verweisen. Die Ermächtigung bezieht sich nämlich auf die von einem Fachausschuss festgesetzten Mindestentgelte. Die sollen zunächst einmal bundesweit gelten (vgl. § 1 Abs. 2 MiArbG). Hierzu konkretisiert § 4 Abs. 4 MiArbG, dass mit Mindestarbeitsentgelten die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig am Beschäftigungsort festgelegt wird. Dem kann man entnehmen, dass der Beschäftigungsort zugleich die maßgebliche Zuordnung zum räumlichen Geltungsbereich darstellen soll. Denn

⁵⁵ Für den internationalen Anwendungsbereich von Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG ist § 3 S. 1 AEntG *lex specialis*, ohne dass damit ein Unterschied in der Sache verbunden wäre.

andere Vorgaben zur Abgrenzung des räumlichen Geltungsbereichs sind im MiArbG nicht enthalten. Entsendearbeit wäre daher nach § 4 Abs. 4 MiArbG zwingend in den räumlichen Geltungsbereich der Rechtsverordnung einzubeziehen. Eine Verordnung, die Entsendearbeit dennoch aussparte, wäre nicht von der Ermächtigung gedeckt und mithin rechtswidrig.

Würde man sich beiden Auffassungen nicht anschließen, wäre die Einbeziehung von Entsendearbeit in den räumlichen Geltungsbereich in das Ermessen des Fachausschusses gestellt, der die Mindestentgelte nach § 4 Abs. 2 S. 1 MiArbG festzusetzen hat. Die Einbeziehung ließe sich durch eine entsprechende explizite Zuordnungsregelung im Festsetzungsbeschluss sicherstellen. Aus Gründen letzter Rechtssicherheit empfiehlt sich eine entsprechende Praxis des Fachausschusses.⁵⁶

3.1.1.2.2 Rechtsverordnungen nach § 11 AEntG (Pflege)

Abschließend zu klären bleibt die Reichweite von Rechtsverordnungen nach § 11 AEntG, mit denen Kernarbeitsbedingungen zu Entgelt und Urlaub (§ 5 Nr. 1 und 2 AEntG) in der Pflegebranche festgelegt werden.

Die Einbeziehung von Entsendearbeit in den internationalen Anwendungsbereich der Rechtsverordnung folgt erneut unmittelbar aus § 2 Nr. 1 AEntG, weil auch mit einer Rechtsverordnung nach § 11 AEntG Mindestentgeltsätze durch Rechtsvorschrift festgelegt würden.

Aus gleichen Gründen wie eben zuvor ist davon auszugehen, dass Entsendearbeitsverhältnisse über § 2 AEntG in den räumlichen Geltungsbereich der Rechtsverordnung einbezogen sind, auch wenn sich dies nicht schon aus der Rechtsverordnung selbst ergäbe.⁵⁷

Würde man sich dieser Auffassung nicht anschließen, könnte die Maßgeblichkeit des räumlichen Geltungsbereichs hilfsweise aus § 8 Abs. 1 AEntG abgeleitet werden, der nach § 13 AEntG auch für Rechtsverordnungen nach § 11 AEntG maßgeblich ist.

Angesichts der verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen § 8 Abs. 1 AEntG zu erheben sind⁵⁸, wäre es aus Gründen letzter Rechtssicherheit gleichwohl ratsam, die Einbeziehung von Entsendearbeit in den räumlichen Geltungsbereich unmittelbar über die Formulierung der Empfehlungen der Kommission sicherzustellen, die nach § 12 Abs.

⁵⁶ Dazu unten 4.2.

⁵⁷ So etwa im Falle der zum Erlass anstehenden Verordnung über zwingende Bedingungen für die Pflegebranche (siehe die Bekanntmachung des Entwurfs im Bundesanzeiger, 7.4.2010, Amtlicher Teil, Nr. 52/1255). Dort heißt es zum räumlichen Geltungsbereich in § 1 Abs. 1 lediglich: „Diese Verordnung gilt für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland.“ Das maßgebliche Kriterium zur Zuordnung wird nicht bestimmt. Wie oben berichtet wäre damit im Regelfall der Betriebssitz und nicht der Arbeitsort maßgeblich. Entsendearbeit würde darum regelmäßig an sich nicht in den räumlichen Geltungsbereich der Verordnung fallen.

⁵⁸ Siehe oben 3.1.1.1.

4 AEntG über eine Empfehlung zur Festsetzung der Mindestarbeitsbedingungen beschließt.⁵⁹

Kurz zusammengefasst: Rechtsverordnungen nach § 4 MiArbG und nach § 11 AEntG sind auf Entsendearbeitsverhältnisse sowohl unter dem kollisionsrechtlichen Gesichtspunkt internationaler Anwendbarkeit als auch unter dem sachrechtlichen Gesichtspunkt des räumlichen Geltungsbereichs anwendbar.

3.1.2 Allgemeinverbindliche Tarifnormen (§ 5 TVG) außerhalb des AEntG

Für allgemeinverbindliche Tarifverträge, die für andere als die AEntG-Branchen gelten, enthält das TVG keine Regelung zum internationalen Anwendungsbereich. Ebenso wenig enthält das TVG eine Regelung zum räumlichen Geltungsbereich. Denn wie bereits berichtet gehört die Festlegung des räumlichen Geltungsbereichs zu den von den Tarifparteien im Rahmen ihrer Tarifzuständigkeit autonom zu regelnden Gegenständen.

Mit Blick auf den internationalen Anwendungsbereich allgemeinverbindlicher Tarifverträge sind darum an erster Stelle die allgemeinen Normen des Internationalen Privatrechts und unter diesen die Normen zum internationalen Arbeitsvertragsrecht zu befragen. Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-VO bestimmt, dass ein Entsendearbeitsverhältnis nicht dem Recht des Gaststaates, sondern dem Recht des Herkunftslandes untersteht. Versteht man die Vorschrift so, dass sie auch Tarifnormen zum von ihr bestimmten international anwendbaren „Recht“ zählt und also auch deren internationalen Anwendungsbereich festlegt, dann finden Tarifnormen grundsätzlich keine Anwendung auf Entsendearbeitsverhältnisse. Daran ändert sich grundsätzlich nichts dadurch, dass die Tarifnormen nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden. Denn die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 ändert nichts am internationalen Anwendungsbereich des Tarifvertrages sondern ersetzt lediglich die mitgliedschaftliche Tarifbindung nach § 3 TVG.

Diesen Standpunkt vertritt das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung: Entsendearbeitsverhältnisse unterliegen grundsätzlich nicht den nach dem TVG gesetzten Tarifnormen, auch nicht im Falle einer Allgemeinverbindlicherklärung.⁶⁰ Hiervon ist im Folgenden auszugehen.⁶¹

⁵⁹ Dazu unten 4.2.

⁶⁰ Grundlegend Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 4.5.1977 – 4 AZR 10/76, in: NJW 1977, 2039; bestätigt in: Urt. v. 25.6.2002 – 9 AZR 405/00, in: NZA 2003, 275; Beschl. v. 6.11.2002 – 5 AZR 617/01, in: NZA 2003, 490; Urt. v. 9.7.2003 – 10 AZR 593/02, in: RdA 2004, 175. Dabei untermauern der 9. und der 10. Senat ihre Position mit dem zusätzlichen Gedanken, dass das TVG den Tarifvertragsparteien gar keine Regelungskompetenz verleihe für Arbeitsverhältnisse, die nicht dem deutschen Arbeitsrecht unterliegen.

⁶¹ Zur Gegenposition, die darauf abstellt, ob der Schwerpunkt der tariflichen Regelung nach dem TVG im Inland liegt, wodurch auch Entsendearbeitsverhältnisse erfasst werden können: Birk, a.a.O., § 21 Rn. 22, 42 m.w.N.

Zu einem anderen Ergebnis würde es führen, wenn man allgemeinverbindliche Tarifnormen als so genannte Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO deutete. Eingriffsnormen zeichnen sich allgemein gesprochen dadurch aus, dass sie einen eigenen internationalen Anwendungsbereich haben, der von demjenigen der einschlägigen allgemeinen Kollisionsnorm (hier: Art. 8 Rom I-VO) abweicht. Die Festlegung eines abweichenden internationalen Anwendungsbereich erfolgt entweder ausdrücklich (wie zum Beispiel bei § 3 S. 1 AEntG) oder sie ist der jeweiligen Norm durch Auslegung zu entnehmen. Für die Auslegung ist insbesondere die öffentliche Funktion einer arbeitsrechtlichen Norm relevant, die dann zu bejahen ist, wenn mit der Norm nicht nur der Ausgleich zwischen den Interessen der Arbeitsvertragsparteien bezweckt wird, sondern zugleich soziale und wirtschaftliche Interessen verfolgt werden.⁶²

Zu klären ist also, ob nach § 5 TVG allgemeinverbindliche Tarifnormen Eingriffsnormen darstellen, die entgegen Art. 8 Rom I-VO auch auf Entsendearbeitsverhältnisse Anwendung finden. Eine Reihe von Stimmen in der Kommentarliteratur bejaht diese Frage grundsätzlich.⁶³ Die erforderliche öffentliche Funktion allgemeinverbindlicher Tarifnormen sei bereits durch die Allgemeinverbindlichkeit selbst förmlich verbürgt, da deren Erklärung gerade voraussetzt, dass sie im öffentlichen Interesse geboten ist (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG).

Demgegenüber war das Grundsatzurteil des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1977, das allerdings auf heute überholter methodischer Grundlage erging,⁶⁴ als klare Verneinung zu lesen. Heute ergibt sich ein differenziertes Bild. Die Rechtsprechung des 9. und 10. Senats knüpft auch auf moderner methodischer Grundlage an die frühere Rechtsprechung an: Die Allgemeinverbindlichkeitserklärung ersetze nur die Tarifbindung und ändere im Übrigen nichts am internationalen Anwendungsbereich der Tarifnorm, der sich auf Arbeitsverhältnisse beschränkt, die deutschem Recht unterliegen.⁶⁵ Zur Begründung verweisen die Senate zusätzlich auf die Vorschrift in § 1 AEntG a.F. (heute § 3 AEntG), die – wie oben ausgeführt – bundesweit allgemeinverbindliche tarifliche Normen zu den Kernarbeitsbedingungen ausdrücklich auf Entsendearbeitsverhältnisse erstreckt. Aus dieser Norm lasse sich im Umkehrschluss ableiten, dass

62 Vgl. die Erläuterung des Begriffs der Eingriffsnorm in § 9 Rom I-VO: „Eine Eingriffsnorm ist eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen.“

63 Lakies, a.a.O., § 5 Rn. 166 e.E.; Otto Ernst Kempfen, in: Kempfen/Zachert, TVG, 4. Aufl., 2006, § 5 Rn. 53; unentschieden: Rolf Wank, in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., 2007, § 5 Rn. 140; Gregor Thüsing, in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl., 2007, § 1 Rn. 89.

64 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 4.5.1977 – 4 AZR 10/76, in: AP, Nr. 4 zu Internationales Privatrecht, Arbeitsrecht. Damals wurde noch nicht nach dem Vorliegen von Eingriffsnormen gefragt, sondern es wurde sogleich darauf abgestellt, ob die Nichtanwendung allgemeinverbindlicher Tarifverträge gegen den „*ordre public*“ (heute Art. 6 EGBGB) verstieße. Heute kommt der *ordre public*-Vorbehalt erst in zweiter Linie zur Korrektur von Einzelergebnissen zum Tragen. Zur Kritik der Entscheidung: Wank, a.a.O., § 5 Rn. 139; ähnlich Kempfen, a.a.O., § 5 Rn. 53.

65 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 25.6.2002 – 9 AZR 405/00, in: NZA 2003, 275; Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 9.7.2001 – 10 AZR 593/02, in: Recht der Arbeit 2004, 175.

allgemeinverbindliche Tarifnormen im Übrigen entsprechend der dem Gesetzgeber bekannten Rechtsprechung keine Anwendung auf Entsendearbeit finden sollen.

Im Rahmen einer Hilfsargumentation prüft der 10. Senat allerdings gleichwohl eine Tarifnorm – die Beitragspflicht im Sozialkassenverfahren der Bauwirtschaft – auf ihre öffentliche Funktion.⁶⁶ Letzteres Vorgehen, die Auslegung der einzelnen Tarifnorm im Lichte ihrer öffentlichen Funktion, hält augenscheinlich der 5. Senat für allein maßgeblich, der den internationalen Anwendungsbereich einer tariflichen Ausschlussfrist zu prüfen hatte.⁶⁷

Angesichts des uneinheitlichen Bildes der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei darum die Prüfung fortgesetzt nach Maßgabe der Auffassung des 5. Senates, der jede einzelne Tarifnorm einer besonderen Prüfung auf ihren Charakter als Eingriffsnorm mit besonderem internationalem Anwendungsbereich unterziehen will.

Legt man das Kriterium der öffentlichen Funktion exemplarisch an die im vorliegenden Zusammenhang wichtigste Art von Tarifnormen an, nämlich diejenigen zu tariflicher Mindestentlohnung, dann spricht vieles dafür, eine hinreichende öffentliche Funktion zu bejahen, die eine Anwendung auf Entsendearbeit begründet. Im Bereich der Mindestentlohnung dient die Allgemeinverbindlichkeit in der Regel dem sozialen Schutz der tariflich nicht gebundenen Arbeitnehmer und zugleich der Herstellung von Wettbewerbsgleichheit durch die Begrenzung von Konkurrenz auf Lohnkostenbasis.⁶⁸ Beide Zwecke laufen leer und wenden sich zum Nachteil der eigentlich zu schützenden Arbeitnehmer, der tarifgebundenen Arbeitgeber und des Wettbewerbs, wenn die Standards durch Entsendearbeit unterlaufen werden können. Das öffentliche Interesse, das der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 TVG zugrunde liegen muss, rechtfertigt⁶⁹ also nicht nur, sondern erfordert die Einbeziehung von Entsendearbeit, damit es überhaupt wirksam verfolgt werden kann.

Insofern sprechen sehr gute Gründe dafür, allgemeinverbindlichen Tarifnormen über Entgelte⁷⁰ in anderen als den AEntG-Branchen als Eingriffsnormen zu charakterisieren

66 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 9.7.2001 – 10 AZR 593/02, in: Recht der Arbeit 2004, 175. Die öffentliche Funktion wurde im Ergebnis verneint. Der Frage einer etwaig fehlenden Regelungskompetenz der Tarifparteien (s.o. Fn. 60), die auch durch Allgemeinverbindlicherklärung nicht erweitert werden könnte, misst der 10. Senat in diesem Zusammenhang allerdings keine Bedeutung mehr bei. Offenbar soll es so sein, dass die Regelungskompetenz der Tarifparteien vom Eingriffsnormcharakter der von ihnen getroffenen Regelungen abhängt. Das ist wenig überzeugend, was dafür spricht, den Gedanken einer fehlenden Regelungskompetenz der Tarifparteien insgesamt fallen zu lassen.

67 Bundesarbeitsgericht, Beschl. v. 6.11.2002 – 5 AZR 617/01, in: NZA 2003, 490. Die öffentliche Funktion wird im Ergebnis verneint.

68 Preis, a.a.O., § 99 IV. 2.

69 So die Auffassung derjenigen Stimmen, die das öffentliche Interesse an einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG mit der öffentlichen Funktion der Norm identifizieren, die ihren besonderen internationalen Anwendungsbereich als Eingriffsnorm begründet (vgl. oben Fn. 63).

70 "Mindestentgelte" bezeichnet nicht nur die unterste Lohngruppe, sondern die gesamte Tariftabelle. Es wird vertreten, die europäische Arbeitnehmerentsende-Richtlinie 96/71/EG lasse nach der Auslegung des Europäischen Gerichtshofes nur noch Vorgaben zur untersten Lohngruppe zu. Diese Auffassung trifft nicht zu, was an dieser Stelle jedoch nicht weiter vertieft werden soll.

und Entsendearbeitsverhältnisse in ihren Anwendungsbereich einzubeziehen. Für das folgende wird darum unterstellt, dass allgemeinverbindliche Tarifnormen über Entgelte in Tarifverträgen für andere als den AEntG-Branchen auf Entsendearbeit Anwendung finden.

Mit Blick auf den räumlichen Geltungsbereich allgemeinverbindlicher Tarifnormen ist festzuhalten, dass Entsendearbeitsverhältnisse diesen nicht schon deswegen unterfallen, weil sie – wie eben festgestellt – in ihren internationalen Anwendungsbereich fallen können.⁷¹ Vielmehr richtet sich der räumliche Geltungsbereich auch des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages, sofern keine Regelung nach dem Vorbild des § 3 S. 1 AEntG greift, nach der autonomen Festlegung durch die Tarifparteien. Die Einbeziehung von Entsendearbeitsverhältnissen in für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge setzte darum voraus, dass die Zuordnung zum räumlichen Geltungsbereich nicht wie regelmäßig über die räumliche Lage des Betriebs des Arbeitgebers erfolgt⁷², sondern über das Arbeitsortsprinzip durch explizite tarifliche Regelung über den Ort der tatsächlichen Beschäftigung. Eine entsprechende Umstellung der tariflichen Praxis ist darum zu empfehlen⁷³; sie wird für das Folgende unterstellt.

Knapp zusammengefasst: Es erscheint gut vertretbar, dass nach § 5 TVG allgemeinverbindliche Tarifnormen über Entgelte, die in Tarifverträgen für andere als AEntG-Branchen geregelt sind, mit Blick auf ihre soziale und wirtschaftliche Funktion als Eingriffsnormen anzusehen sind, die auch auf Entsendearbeit international Anwendung finden. Die Einbeziehung in den räumlichen Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages hinge dabei von einer entsprechenden Regelung durch die Tarifparteien ab, die für die räumliche Zuordnung auf den tatsächlichen Arbeitsort abstellen müsste.

3.1.3 Gleichbehandlungsgrundsatz im Leiharbeitsrecht, § 9 Nr. 2 AÜG

Das Recht der Leiharbeit enthält in § 9 Nr. 2 i.V.m. § 10 Abs. 4 AÜG den so genannten Gleichbehandlungsgrundsatz. Diesem Grundsatz zufolge müssen verliehenen Arbeitnehmern von Seiten des Verleihers dieselben wesentlichen Arbeitsbedingungen samt Arbeitsentgelt gewährt werden wie einem vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers. § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG unterstützt die Einhaltung des Gleichbehandlungsgebotes zusätzlich dadurch, dass die begründete Annahme seiner Nicht-Einhaltung durch den Verleiher die Versagung der öffentlich-rechtlichen Genehmigung zur Arbeitnehmerüberlassung auslösen kann.

Da das AÜG anders als Tarifverträge und Rechtsverordnungen über Mindestentgelte im hier relevanten Zusammenhang keinen besonderen räumlichen Geltungsbereich

71 Deinert, a.a.O., 345.

72 Vgl. oben bei Fn. 47.

73 Dazu unten 4.2.

hat, richtet sich die Anwendbarkeit des § 9 Nr. 2 AÜG auf Entsendearbeitsverhältnisse allein nach dessen internationalem Anwendungsbereich bzw. des AÜG allgemein.

Ähnlich wie im Falle der Mindestentgeltregelungen des MiArbG muss der internationale Anwendungsbereich des § 9 Nr. 2 AÜG nicht durch Auslegung ermittelt werden, sondern er ergibt sich unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung in § 2 Nr. 4 AEntG. Hiernach sind Rechtsvorschriften über die Bedingungen der Arbeitnehmerüberlassung auch auf grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse anzuwenden, wenn der Arbeitnehmer im Inland beschäftigt ist. § 9 Nr. 2 AÜG stellt eine solche Rechtsvorschrift dar. Entsendeleiharbeitsverhältnisse fallen darum bei und für die Dauer eines inländischen Einsatzes in den internationalen Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach § 9 Nr. 2 AÜG.

3.1.4 Höchstarbeitszeiten (ArbZG)

Zuletzt ist das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht anzusprechen. Das Arbeitszeitgesetz regelt nicht die vertraglich geschuldeten Arbeitszeiten des Arbeitnehmers, sondern setzt unabhängig von individual- oder kollektivrechtlicher Arbeitsverpflichtung auf öffentlich-rechtlicher Basis unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes Höchstgrenzen für Arbeitszeiten. Die Grundsatznorm begrenzt die zulässige Dauer eines Arbeitstages auf maximal 10 Stunden und für einen Vergleichszeitraum von 24 Wochen auf durchschnittlich acht Stunden (§ 3 ArbZG). Daneben sind Regelungen zu Ruhephasen (§§ 4, 5 ArbZG), sowie zu Nacht- und Schichtarbeit (§ 6 ArbZG) enthalten. Verstöße gegen die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes sind buß- und strafbewehrt (§§ 22, 23 ArbZG).

Als öffentlich-rechtliche Vorschriften unterliegt der internationale Anwendungsbereich der Vorschriften des ArbZG von vorneherein nicht den Grundregeln des Internationalen Privatrechts. Da das Arbeitszeitgesetz keine ausdrückliche Regelung seiner internationalen Reichweite enthält, greift in Ermangelung anderer Anhaltspunkte das generelle Prinzip zur Reichweite öffentlichen Rechts, das Territorialitätsprinzip.⁷⁴ Das bedeutet im vorliegenden Zusammenhang, dass das Arbeitszeitrecht unabhängig von dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Arbeitsrecht sämtliche Fälle der Inlandsarbeit erfasst, einschließlich von Entsendearbeitsverhältnissen. Auch dem ausländischen Arbeitgeber obliegt also unter Bußgeld- und Strafandrohung die Pflicht der Einhaltung der arbeitszeitrechtlichen Vorgaben des Gesetzes.

Indes können die Vorschriften des ArbZG trotz ihres primär öffentlich-rechtlichen Charakters gleichwohl die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien modifizieren. Im inländischen Arbeitsverhältnis sind vertragliche Abreden über höhere als

⁷⁴ Rudolf Anzinger, in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Band 2, 2009, § 298 Rn. 48. Für den Fall der Entsendung ins Ausland: BAG, 12.12.1990 – 4 AZR 238/90, in: NZA 1991, 386.

die gesetzlich zulässigen Arbeitszeiten unwirksam nach § 134 BGB.⁷⁵ Entsendearbeitsverhältnisse sind von dieser Rechtswirkung des § 134 BGB allerdings nicht unmittelbar erfasst, denn indem sie nach Art. 8 Rom I-VO dem Arbeitsvertragsrecht des Herkunftsstaates unterliegen, greift § 134 BGB als Teil des deutschen Arbeitsvertragsrechts nicht ein. Jedoch wird im Regelfall auch das fremde Arbeitsvertragsrecht das öffentliche Recht am Arbeitsort achten und darum die Pflichten der Parteien über einen § 134 BGB vergleichbaren Mechanismus in Übereinstimmung mit den Vorschriften des ArbZG zu begrenzen. Hilfsweise müsste ein deutsches Arbeitsgericht § 134 BGB in Verbindung mit den Vorschriften des ArbZG aufgrund deren öffentlich-rechtlichen Charakters als Eingriffsnorm charakterisieren.

Ungeachtet der methodischen Umsetzung lässt sich damit festhalten: das Arbeitszeitgesetz findet auf Entsendearbeitsverhältnisse auch als Höchstgrenze arbeitsvertraglich vereinbarter Arbeitszeitregelung Anwendung.

3.1.5 Ergebnis

Wesentliche Normen des deutschen Arbeitsrechts, die im Bereich von Entgelt, Urlaub und Arbeitszeit Mindestnormen setzen, finden auch auf Entsendearbeitsverhältnisse Anwendung.

Dies gilt namentlich:

- aufgrund von § 3 AEntG für Tarifnormen über Kernarbeitsbedingungen in Tarifverträgen der AEntG-Branchen, sofern diese für allgemeinverbindlich nach § 5 TVG erklärt oder zum Gegenstand einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG gemacht werden,
- aufgrund von § 2 Nr. 1 AEntG für staatliche Festsetzungen von Mindestentgeltsätzen in tarifschwachen Branchen nach dem MiArbG und in der Pflegebranche nach § 11 AEntG,
- nach der hier entwickelten Auffassung aufgrund ihres Charakters als Eingriffsnormen für nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifnormen über Arbeitsentgelte,
- aufgrund von § 2 Nr. 4 AEntG für den in § 9 Nr. 2 AÜG enthalten Grundsatz der Gleichbehandlung für Leiharbeitnehmer,
- aufgrund des öffentlich-rechtlichen Territorialitätsprinzips für die auch arbeitsvertragsrechtlich wirksamen Höchstarbeitszeitgrenzen nach dem ArbZG.

⁷⁵ Christian Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., 2006, § 134 Rn. 81.

3.2 Möglichkeit der Unterschreitung durch inländische Tarifverträge

Um die Auswirkungen des in der *Laval*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes ausgesprochenen Gebots der Gleichbehandlung ausländischer und inländischer Tarifverträge zu bestimmen, ist nun zu klären, inwieweit die bisher behandelten Mindestnormen des deutschen Arbeitsrechts durch inländische Tarifverträge unterboten werden können. Denn dann entsteht tatsächlich die Gefahr, dass die Möglichkeit der Unterschreitung im Lichte der *Laval*-Rechtsprechung auch ausländischen Tarifverträgen zugestanden werden müsste. Die Gliederung des Folgenden folgt der Einteilung der Normgruppen im vorigen Abschnitt.

3.2.1 Unterschreitung der Mindestentgeltregelungen nach AEntG und MiArbG

Bis zur jüngsten Novellierung des AEntG im April 2009 war nicht geklärt, ob allgemeinverbindliche Tarifnormen oder im Wege einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG erstreckte Tarifnormen durch andere Tarifverträge unterschritten werden können. Auf dieser Unklarheit beruhten zum einen Rechtsstreitigkeiten vor den Arbeitsgerichten darum, ob die allgemeinverbindlichen Tarifnormen der AEntG-Branchen (seinerzeit nur: Bau) durch konkurrierende (Firmen-)Tarifverträge nach dem Grundsatz der Spezialität verdrängt werden können⁷⁶, sowie Verfahren vor den Verwaltungsgerichten darum, ob eine Rechtsverordnung nach § 7 AEntG (seinerzeit: § 1 Abs. 3a AEntG) auch Arbeitsverhältnisse erfasst, die einem anderen Tarifvertrag unterliegen, der nicht den Gegenstand der zu erstreckenden Rechtsverordnung bildet.⁷⁷

Auf diese Lage hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Novelle des AEntG aufgenommen. Diese seit April 2009 bestehende Rechtslage ist im Folgenden zu erörtern. Mit Blick auf die unterschiedliche Stellung von Tarifvertrag und Rechtsverordnung in der Rechtsquellenhierarchie empfiehlt sich für die folgende Darstellung eine Trennung zwischen möglichen tarifvertraglichen Unterschreitungen von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen einerseits und von Rechtsverordnungen andererseits.

3.2.1.1 Allgemeinverbindliche Tarifnormen in AEntG-Branchen

An erster Stelle ist zu fragen, welche Normen anwendbar sind, wenn allgemeinverbindliche Tarifnormen im Bereich der §§ 3-6 AEntG auf Tarifnormen treffen, die für die

76 Hierzu Bundesarbeitsgericht, Urteil v. 20.07.2004 – 9 AZR 343/03, in: NZA 2005, 114, dem eine Anfrage des 9. an den 10. Senats nach § 45 Abs. 3 S. 1 ArbGG (Anfrage von Senat zu Senat, ob an einer Rechtsansicht festgehalten wird) vorangegangen war.

77 Verfahren um den Bestand der Verordnung über zwingende Bedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28.12.2007 (so genannte Post-Mindestlohnverordnung): VG Berlin, Urteil v. 7.3.2008 – VG 4 A 439/07, in: NZA 2008, 482; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 18.12.2008 – 1 B 13/08, in: ZTR 2009, 207. Die abschließende Entscheidung des BVerwG (Urteil v. 28.1.2010 – 8 C 19/09) stellte auf die Fehler im Gesetzgebungsverfahren ab, ohne zur Frage der Reichweite der Rechtsverordnung Stellung zu nehmen.

Arbeitsvertragsparteien nach § 3 TVG verbindlich sind. An sich liegt dann ein Fall der Tarifkonkurrenz vor, für dessen Lösung allgemeine Regeln bestehen. Die wichtigste Regel bildet das Spezialitätsprinzip, demzufolge der sachnähere Tarifvertrag Anwendung findet.⁷⁸ Die Anwendung dieses Prinzips würde vielfach und insbesondere im Falle eines Zusammentreffens mit Normen eines Firmentarifs zur Anwendung des für die Arbeitsvertragsparteien kraft § 3 TVG verbindlichen Tarifvertrages führen.

Für den besonderen Fall einer Konkurrenz von gewöhnlichen Tarifnormen mit Tarifnormen im Bereich des §§ 3-6 AEntG sieht jedoch § 8 AEntG eine andere Lösung vor als das Spezialitätsprinzip. § 8 AEntG regelt insgesamt die Pflichten, die sich für Arbeitgeber in den AEntG-Branchen mit Blick auf die Gewährung von Arbeitsbedingungen ergeben. In diesem Zusammenhang enthält § 8 Abs. 2 AEntG zunächst eine eindeutige Regelung zu den Wirkungen eines gewöhnlichen Tarifvertrags oder eines anderen nach § 5 TVG allgemeinverbindlichen Tarifvertrags im Verhältnis zu den allgemeinverbindlichen Tarifnormen eines Tarifvertrages einer AEntG-Branche nach § 3 S. 1 AEntG. § 8 Abs. 2 AEntG lautet wörtlich:

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

Die parallele Bindung der Arbeitsvertragsparteien an anderweitige Tarifverträge, sei es nach § 3 TVG, sei es nach § 5 TVG, vermag also die Bindung an allgemeinverbindliche Tarifnormen in Tarifverträgen der AEntG-Branchen nicht zu verdrängen.

Aus § 8 Abs. 1 AEntG, der dem Arbeitgeber vorschreibt, die in den allgemeinverbindlichen Tarifnormen enthaltenen Arbeitsbedingungen „mindestens“ zu gewähren, ergibt sich andererseits, dass günstigere Bedingungen, die ein anderer Tarifvertrag, an den die Arbeitsvertragsparteien nach § 3 TVG oder § 5 TVG gebunden sind, festlegt, anwendbar bleiben. Allgemeinverbindlichen Tarifnormen in Tarifverträgen der AEntG-Branchen haben also nach § 8 Abs. 2 AEntG zwar Vorrang vor anderen Tarifverträgen, günstigere Bedingungen bleiben jedoch nach § 8 Abs. 1 AEntG unberührt.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Allgemeinverbindliche Tarifnormen in Tarifverträgen der AEntG-Branchen, die nach § 3 S. 1 AEntG auch auf Entsendearbeitsverhältnisse anzuwenden sind, können durch andere inländische Tarifverträge grundsätzlich nicht unterlaufen werden.

78 Preis, a.a.O., § 101, S. 221.

3.2.1.2 Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG

Die rechtliche Wirkung einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG mit Blick auf Arbeitsverhältnisse, die durch einen anderen Tarifvertrag gebunden sind als denjenigen, den die Rechtsverordnung erstreckt, ergibt sich anders als im eben erörterten Fall nicht erst aus § 8 Abs. 2 AEntG, sondern bereits aus § 7 Abs. 1 S. 2 AEntG. Dort heißt es:

[Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann durch Rechtsverordnung bestimmen], dass die Rechtsnormen dieses Tarifvertrages auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anwendung finden.

Die Regelung stellt klar, was bis zur Neufassung fraglich war⁷⁹: Die Rechtsverordnung erfasst nicht nur Arbeitsverhältnisse, die überhaupt keiner tariflichen Regelung unterliegen, sondern sämtliche Arbeitsverhältnisse, für die nicht bereits nach § 3 TVG eine Bindung gerade an den erstreckten Tarifvertrag besteht. Sind Arbeitsvertragsparteien also über § 3 TVG an einen anderen als den durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifvertrag gebunden, ist dessen ungeachtet daneben auch die Rechtsverordnung auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden.

Wie oben erläutert, stellte sich bei den nach 5 TVG allgemeinverbindlichen Tarifnormen im Bereich der §§ 3-6 AEntG im Falle des Hinzutretens weiterer inländischer Tarifverträge zunächst die Frage, ob die so entstandene Tarifkonkurrenz nach den allgemeinen Regeln, insbesondere nach dem Grundsatz der Spezialität aufzulösen sei. Im Falle der Rechtsverordnung nach § 7 AEntG stellt sich die Frage so nicht. Denn während die Allgemeinverbindlichkeitserklärung nur die Tarifbindung bisher nicht gebundener Arbeitsverhältnisse begründet, im Übrigen aber das Wesen der Tarifnormen als Tarifnormen unberührt lässt, zieht die Rechtsverordnung den Inhalt der Tarifnormen auf die hierarchisch höhere Ebene einer gesetzlichen Vorschrift. In der Folge können von vorneherein keine Regeln greifen, die die Konkurrenz zweier gleichrangiger Normen lösen. Vielmehr kommen die Regeln für das Zusammentreffen arbeitsrechtlicher Normen unterschiedlicher Hierarchieebenen zur Anwendung. Diesem zufolge gilt zunächst wie auch außerhalb des Arbeitsrechts, dass die höherrangige Norm Vorrang hat. Allerdings gilt im Bereich des Arbeitsrechts der Grundsatz, dass die höherrangige Norm so auszulegen ist, dass für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen auf einer niedrigeren Hierarchiestufe anwendbar bleiben.⁸⁰ Im Ergebnis verdrängt daher die durch Rechtsverordnung erstreckte Tarifnorm jede andere Tarifnorm, sofern sie ungünstiger ist. Dieses Ergebnis wird von § 8 Abs. 2 AEntG letztlich nur noch einmal bestätigt.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Im Wege von Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG festgelegten Mindestarbeitsbedingungen können nicht durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden.

⁷⁹ Vgl. oben Text bei und Nachweise in Fn. 77.

⁸⁰ Reinhard Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2009, § 5 Rn. 12.

3.2.1.3 Rechtsverordnungen nach § 4 MiArbG

Die Festlegung von Mindestentgelten nach § 4 MiArbG erfolgt gleichfalls durch Rechtsverordnung. Insofern läge es nahe, bei Hinzutreten einer Tarifbindung an Tarifverträge nach § 3 TVG genau wie gerade zuvor auf die Regeln der arbeitsrechtlichen Rechtsquellenhierarchie zurückzugreifen, so dass die Rechtsverordnung Vorrang hätte und günstigere Normen untergeordneter Ebenen anwendbar bleiben.

Allerdings heißt es in § 8 Abs. 1 S. 2 MiArbG, für die nach § 4 Abs. 3 MiArbG festgelegten Mindestentgelte

gelten, soweit sich aus dem Fehlen der Tarifvertragsparteien oder aus diesem Gesetz etwas anderes ergibt, die gesetzlichen Vorschriften über den Tarifvertrag sinngemäß.

Rechtsverordnungen nach § 4 Abs. 3 MiArbG sollen also wie Tarifvertragsnormen wirken. Die entsprechende Anwendung des Tarifvertragsgesetzes könnte an sich zu den Regeln zur Lösung von Tarifkonkurrenz zurückführen.

Tatsächlich aber soll die sinngemäße Anwendung des Tarifvertragsgesetzes nicht dazu führen, dass die Rechtsverordnung nach § 4 MiArbG im Falle des Hinzutretens anderer Tarifnormen nicht mehr als Rechtsverordnung mit Vorrang, sondern nur noch als konkurrierende tarifliche Regelung anzusehen wäre. Dies lässt sich aus § 8 Abs. 2 MiArbG ableiten. Satz 1 der Vorschrift lautet:

Enthält ein vor dem 16. Juli 2008 abgeschlossener Tarifvertrag nach dem Tarifvertragsgesetz abweichende Entgeltregelungen, gehen dessen Bestimmungen für die Zeit des Bestehens des Tarifvertrages den festgesetzten Mindestentgelten vor.

Vor dem 16. Juli 2008⁸¹ abgeschlossene Tarifverträge (sowie diese ablösende oder fortsetzende Tarifverträge; vgl. § 8 Abs. 2 S. 2 MiArbG), die Entgelte unterhalb von nach § 4 Abs. 3 MiArbG festgelegten Mindestarbeitsentgelte vorsehen, werden also durch eine Rechtsverordnung nach § 4 Abs. 3 MiArbG nicht verdrängt werden. Die besondere Regelung für Altverträge legt jedoch den Umkehrschluss nahe, dass tarifliche Regelungen in allen anderen Fällen grundsätzlich zurück zu stehen haben. Sie sind nach dem in § 8 Abs. 1 S. 1 MiArbG ausdrücklich verbürgten Günstigkeitsprinzip nur anwendbar, sofern sie günstiger sind.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Die in Rechtsverordnungen nach § 4 Abs. 3 MiArbG festgesetzten Mindestentgelte können grundsätzlich nicht durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden können. Eine Ausnahme gilt für Tarifverträge, die vor dem 16.7.2008 geschlossen wurden oder einen solchen Altvertrag ablösen bzw. fortsetzen.

81 An diesem Tag beschloss das Bundeskabinett den Vorschlag zur Änderung des MiArbG.

3.2.1.4 Rechtsverordnungen nach § 11 AEntG

Eine Rechtsverordnung nach § 11 AEntG, die Mindestentgelte für die Pflegebranche festsetzt, erfasst nach § 11 Abs. 1 AEntG alle Arbeitsverhältnisse im Geltungsbereich der der Verordnung zugrundeliegenden Empfehlung der zuständigen Fachkommission. Eine Ausparung tarifgebundener Arbeitsverhältnisse ist nicht vorgesehen.

Der Vorrang der Rechtsverordnung vor etwaig hinzutretenden Tarifverträgen ergibt sich in diesem Zusammenhang ohne weiteres aus der hierarchisch höheren Stellung der Rechtsverordnung. Die Anwendbarkeit günstigerer Regelungen auf niedrigeren Hierarchieebenen wird durch § 8 Abs. 2 AEntG in Verbindung mit § 13 AEntG verbürgt.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Rechtsverordnungen nach § 11 AEntG können nicht durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden.

3.2.1.5 Verfassungsrechtliche Kritik an fehlender Unterschreitungs- möglichkeit

Die vorstehenden Erörterungen haben gezeigt, dass Mindestnormen nach AEntG und MiArbG an sich gegen ihre Unterschreitung durch inländische Tarifverträge gesichert sind. Hieran hat eine Reihe von Stimmen verfassungsrechtliche Kritik geäußert.⁸² Auch Gegenstimmen haben sich zu Wort gemeldet.⁸³ Es dürfte nur eine Frage der Zeit sein, bis sich auch die arbeits- oder verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung mit dieser Kritik befassen wird.

Die Kritik richtet sich explizit zunächst einmal gegen die Verdrängung tariflicher Regelungen durch Rechtsverordnungen, nicht gegen die Verdrängung durch allgemeinverbindliche Tarifnormen in Tarifverträgen der AEntG-Branchen. Allerdings lassen sich die vorgebrachten und sogleich zu berichtenden Argumente in gleicher Weise gegen den in § 8 Abs. 2 AEntG gesetzlich angeordneten Vorrang der allgemeinverbindlichen Tarifnormen im Bereich des §§ 3-6 AEntG gegenüber konkurrierenden Tarifnormen wenden.

82 Helge Sodann/ Markus Zimmermann, Die Beseitigung des Tarifvorrangs gegenüber staatlich festgelegten Mindestarbeitsentgelten auf dem Prüfstand der Koalitionsfreiheit, in: ZfA 2008, 526-589; dies., Tarifvorrangige Mindestlöhne versus Koalitionsfreiheit. Die Neufassungen des Mindestarbeitsbedingengesetzes und des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, in: NJW 2009, 2001-2006; Gregor Thüsing, Mindestlohn im Spannungsverhältnis staatlicher und privatautonomer Regelung, in: ZfA 2008, 590-640; Heinz-Josef Willemsen/ Adam Sagan, Mindestlohn und Grundgesetz. Staatliche Lohnfestsetzung versus Tarifautonomie, in: NZA 2008, 1216-1222; gegen einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn, der dieselben verfassungsrechtlichen Fragen aufwirft: Matthias Fischer, in: ZRP 2007, 20-22.

83 Manfred Löwisch, Die neue Mindestlohngesetzgebung, in: RdA 2009, 215-224; Andreas Engels, Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Lohnpolitik, in: JZ 2008, 490-498; Arndt Meier, in: NVwZ 2008, 746-750; mit Einschränkungen: Frank Bayreuther, Einige Anmerkungen zur Verfassungsmäßigkeit des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingengesetzes 2009, in: NJW 2009, 2006-2011; Eva Kocher, Mindestlöhne und Tarifautonomie, in: NZA 2007, 600-604.

Von Kritikern und Unterstützern der Regelung geteilter Ausgangspunkt ist, dass die staatliche Setzung von Mindestnormen im Wege einer Rechtsverordnung, die ungünstigeren Tarifverträge vorgeht, einen Eingriff in die nach Art. 9 Abs. 3 GG gewährte Tarifautonomie darstellt.⁸⁴ Durch die so eingeführte Grenze wird nämlich die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften gestärkt und diejenige der Arbeitgeber entsprechend geschwächt. Der Eingriff in die Tarifautonomie liegt in eben dieser Verschiebung der zwischen den Tarifparteien an sich bestehenden Kräfteverhältnisse.⁸⁵

Uneinigkeit besteht dahingehend, ob dieser Eingriff in das Grundrecht der Tarifautonomie zu rechtfertigen ist. Aus Sicht der Kritiker der Vorrangregeln in AEntG und MiArbG⁸⁶ trägt das auf die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 GG) gestützte Ziel der Armutsbekämpfung nicht, weil die Vorschriften in AEntG und MiArbG auch Lohnsätze oberhalb des sozialen Existenzminimums tragen. Die Bekämpfung von Arbeitslosigkeit und der Schutz der Stabilität der Systeme sozialer Sicherheit ließen sich nicht anführen, weil der Eingriff hierfür nicht geeignet oder jedenfalls nicht erforderlich sei. Mit dem Eingriff werde auch nicht die Ordnungsfunktion von Tarifverträgen unterstützt sondern vielmehr untergraben. Schließlich könne auch das Ziel einer Garantie angemessener Arbeitsbedingungen die Rechtfertigung des Eingriffs nicht tragen. Dieses Ziel genieße ohnehin nicht den zur Rechtfertigung des Eingriffs erforderlichen Verfassungsrang. Weil die Festlegung von Arbeitsentgelten überdies den Kernbereich der Koalitionsfreiheit ausmachen, sei der Staat insofern nicht einmal subsidiär zuständig. Anderes könne nur dann gelten, wenn die Tarifvertragsparteien diese Aufgabe tatsächlich nicht mehr erfüllen, was nur im Falle der Vereinbarung von „Hungerlöhnen“ zu bejahen sei. Auf diese besonderen und seltenen Fälle von „Hungerlohn“-Tarifen sei der mit AEntG und MiArbG verbundene Eingriff in die Tarifautonomie aber nicht begrenzt.

Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG bieten der verfassungsrechtlichen Kritik darüber hinaus noch einen weiteren Angriffspunkt.⁸⁷ Nach § 7 Abs. 2 AEntG hat der Ordnungsgeber beim Bestehen konkurrierender Tarifverträge bei seiner Entscheidung, ob und mit welchem Inhalt eine etwaige Rechtsverordnung ergehen soll, die Repräsentativität der Tarifverträge in Rechnung zu stellen. Dies stelle eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung und mithin auch einen Verstoß gegen Art. 3 GG dar.

Bisher ist diese Kritik auf allenfalls verhaltenen Widerspruch gestoßen. Sofern nicht der vielversprechende Weg besritten wird, staatliche Mindestentgeltregelungen jedenfalls in Bezug auf künftige Tarifabschlüsse von vorne herein nicht als Eingriffe in

84 Anders Engels, a.a.O., 492 f.: Grundrechtsausgestaltung in Bezug auf zukünftige Tarifverträge.

85 Grundlegend Bundesverfassungsgericht, Beschl. v. 27.3.1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95, in: NJW 1999, 3033.

86 Die folgende Darstellung orientiert sich an der ausführlichen Kritik bei Sodann/Zimmermann, in: ZFA 2009, a.a.O..

87 Hierzu Thüsing, a.a.O., 629 ff. und Willemsen/Sagan, a.a.O., 1219 f.

die Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG, sondern als deren Ausgestaltung zu begreifen, die grundsätzlich geringeren Restriktionen unterliegt⁸⁸, wird die Rechtfertigung nur für das Ziel einer Sicherung existenzsichernder Löhne anerkannt.⁸⁹ Dies erscheint nicht nur mit Blick auf die unklare Größe existenzsichernder Löhne problematisch, sondern auch weil die Regelungen in AEntG und MiArbG gerade auch das absolute Niveau angemessener Löhne sichern sollen, die über das Minimalmaß der Existenzsicherung hinausgehen.⁹⁰

Mit Blick auf die Funktion des vorliegenden Gutachtens, mögliche Auswirkungen der *Laval*-Rechtsprechung im deutschen Arbeitsrecht aufzuzeigen, soll die soeben aufgeworfene Frage der Verfassungskonformität der Vorschriften in AEntG und MiArbG nicht abschließend in der Sache diskutiert werden. Vielmehr geht es an dieser Stelle nur darum festzuhalten, was von der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Vorschriften abhängt: Die verfassungsrechtliche Kritik ist darauf aus, inländischen Tarifverträgen die Möglichkeit der Unterbietung der auf AEntG und MiArbG beruhenden Mindestnormen zu eröffnen. Sollte sie damit durchdringen, dann wäre der Gesetzgeber gezwungen, Mindestbedingungen nach AEntG und MiArbG für eine Unterschreitung durch inländische Tarifverträge zu öffnen. In der Folge würden sich dann auch dem in der *Laval*-Entscheidung ausgesprochenen Gebot der Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge neue Ansatzpunkte bieten.

3.2.2 Allgemeinverbindliche Tarifnormen (§ 5 TVG) außerhalb des AEntG

Ein nach § 5 TVG allgemeinverbindlicher Tarifvertrag erfasst in seinem Geltungsbereich alle Arbeitsverhältnisse, die nicht bereits kraft Mitgliedschaft nach § 3 TVG an diesen Tarifvertrag gebunden sind. Die Tarifbindung durch Allgemeinverbindlicherklärung tritt also insbesondere auch unabhängig davon ein, ob das Arbeitsverhältnis daneben noch kraft § 3 TVG einer anderweitigen Tarifbindung unterliegt.⁹¹

Wie bereits angesprochen⁹² begründet die umfassendere Reichweite der Allgemeinverbindlicherklärung an sich keinen Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages vor dem kraft mitgliederschaftlicher Tarifbindung anzuwendenden Tarifvertrag. Rechtstechnisch gesehen stellt die Allgemeinverbindlicherklärung nämlich allein eine zur

88 Engels, a.a.O.. Die Auffassung von Meier, a.a.O., 748, der einen Eingriff verneint, weil die Rechtsverordnung nur neben den Tarifvertrag tritt, scheint entgegen ihrer Formalismus weniger tragfähig.

89 Bayreuther, a.a.O., 2009 f.; so auch Kocher, a.a.O., 602 f. Weitergehend nur: Löwisch, a.a.O., 220; bei Löwisch soll eine Ausnahme vom Vorrang lediglich beschäftigungssichernde Tarifverträge gelten (a.a.O., 220 f.).

90 Verwiesen sei hier nur an den praktisch höchst relevanten Lohnsatz in Höhe von 12,90 EUR für Baufachwerker im Tarifgebiet West nach dem TV Mindestlohn 2009.

91 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 26.1.1994 – 10 AZR 207/92, in: AP, Nr. 22 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; Wank, a.a.O., § 5 Rn. 146; Kempen, a.a.O., § 5 Rn. 41; Lakies, a.a.O., § 5 Rn. 166; Manfred Löwisch/Volker Rieble, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., 2004, § 5 Rn. 30.

92 Siehe oben sub 3.2.1.1.

Tarifbindung nach § 3 TVG alternative Form der Tarifbindung dar.⁹³ Das bedeutet vor allem, dass die Allgemeinverbindlichkeit im Übrigen nichts am Charakter der erstreckten Normen als Tarifnormen ändert. Darum besteht keine Normenhierarchie zwischen gewöhnlichen und allgemeinverbindlichen Tarifnormen. Vielmehr liegt dann, wenn von einer Allgemeinverbindlicherklärung erfasste Arbeitsverhältnisse zugleich über § 3 TVG einem anderen Tarifvertrag unterliegen, ein Fall der Tarifkonkurrenz vor. Die Konkurrenz von gewöhnlichem und allgemeinverbindlichem Tarifvertrag ist mithin nach denselben Regeln zur Tarifkonkurrenz zu lösen, die auch bei Konkurrenz zweier kraft Mitgliedschaft verbindlicher Tarifverträge greifen.⁹⁴

Wie gleichfalls bereits berichtet wurde, ist das zentrale Prinzip dieser allgemeinen Konkurrenzregeln das Spezialitätsprinzip. Bei zwei konkurrierenden Tarifverträgen soll derjenige gelten, der dem jeweiligen Arbeitsverhältnis in betrieblicher, fachlicher, persönlicher und räumlicher Hinsicht näher steht. Im hiesigen Zusammenhang wesentlich ist insbesondere die Anwendung des Prinzips auf die Konkurrenz von Haustarifvertrag und (allgemeinverbindlichem) Verbandstarifvertrag. Nach einhelliger Auffassung⁹⁵ gebietet das Spezialitätsprinzip die Anwendung des Haustarifvertrages.

Im Ergebnis können also die Regelungen eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages durch den Abschluss eines inländischen Tarifvertrags unterboten werden, wenn es sich um einen im Verhältnis zum allgemeinverbindlichen Tarifvertrag spezielleren Tarifvertrag handelt. Dies ist insbesondere bei Abschluss eines Haustarifvertrages gegeben.⁹⁶

3.2.3 Gleichbehandlungsgrundsatz im Leiharbeitsrecht (AÜG)

§ 9 Nr. 2 AÜG enthält nicht nur den Grundsatz, dass der Verleiher dem Leiharbeitnehmer dieselben wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren hat, die für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs gelten. Er enthält zugleich die Öffnung zugunsten abweichender Regelungen durch inländische Tarifverträge. Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche können also Arbeitsbedingungen festlegen, mit denen der Gleichbehandlungsgrundsatz unterlaufen wird. Auch Verleiher und Leiharbeitnehmer, die nicht nach § 3 TVG der Bindung an einen solchen Tarifvertrag unterliegen, können

93 Wank, a.a.O., § 5 Rn. 127; Lakies, a.a.O., § 5 Rn. 164

94 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 24.9.1975 – 4 AZR 471/74, in: AP, Nr. 11 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; Wank, a.a.O., § 5 Rn. 146; Lakies, a.a.O., § 5 Rn. 166, Kempen, a.a.O., § 5 Rn. 24; a.A. Löwisch/Rieble, § 5 Rn. 146: für den Vorrang der mitgliedschaftlich begründeten Tarifbindung.

95 BAG, 20.3.1991 – 4 AZR 455/90 – AP TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 20; 4.4.2001 – 4 AZR 237/00 – TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 26; Wank, a.a.O., § 4 Rn. 299.

96 Der Vollständigkeit halber ist herauszustellen, dass das Spezialitätsprinzip nur im Falle einer Tarifbindung nach § 3 TVG greift. Im Falle einer lediglich arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf eine unterbietende Tarifregel konkurrieren keine (Tarif-)Normen gleichen Ranges. Vielmehr gilt das Günstigkeitsprinzip gemäß § 4 Abs. 3 TVG (Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 22.10.2008 – 4 AZR 784/07, in: NZA 2009, 151). Durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen ungünstigeren gewöhnlichen Tarifvertrag kann die allgemeinverbindliche Tarifnorm darum nicht unterlaufen werden kann. Hierdurch wird die praktische Bedeutung der Möglichkeit, allgemeinverbindliche Tarifnormen zu unterlaufen, bemerkenswert eingeschränkt.

unter der weiteren Voraussetzung, dass das Leiharbeitsverhältnis im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages liegt, vom Gleichbehandlungsgrundsatz abweichen, indem sie dessen Anwendung individualvertraglich vereinbaren.

Anderes gilt allerdings dann, wenn der Leiharbeitnehmer im Geltungsbereich allgemeinverbindlicher Tarifnormen in Tarifverträgen der AEntG-Branchen oder einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG tätig wird. Die dort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen hat der Entleiher nach § 8 Abs. 3 AEntG zu gewähren. Von dieser Pflicht kann er sich nicht durch den Abschluss abweichender Leiharbeitstarifverträge befreien.

Im Ergebnis kann der leiharbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden, es sei denn der Leiharbeitnehmer wird in Bereichen tätig, die von Mindestentgeltnormen nach §§ 3-8 AEntG erfasst sind.

3.2.4 Höchstarbeitszeiten (ArbZG)

Das ArbZG enthält in § 7 ArbZG eine ausdrückliche Öffnung für Vereinbarungen in inländischen Tarifverträgen, die gegenüber der gesetzlichen Regelung für die Beschäftigten ungünstiger sind. Erlaubt ist eine Abweichung von den wesentlichen Vorgaben der §§ 3-6 ArbZG, insbesondere eine Ausdehnung der maximalen täglichen Arbeitszeit auf mehr als zehn Stunden und die Festlegung eines längeren Vergleichszeitraums, innerhalb dessen eine durchschnittliche Beschäftigungsdauer von acht Stunden eingehalten sein muss (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 a) und b) ArbZG).

Vergleichbar der Lage im Recht der Leiharbeit können auch Arbeitgeber, die nicht an einen die Öffnungsklausel in § 7 Abs. 1 ArbZG nutzenden Tarifvertrag gebunden sind, dessen Regelungen in die Arbeitsverhältnisse mit ihren Beschäftigten übernehmen unter der Voraussetzung, dass die Arbeitsverhältnisse dem Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fallen (§ 7 Abs. 3 ArbZG).

Festzuhalten ist darum, dass die im ArbZG enthaltenen Höchstgrenzen vertraglicher Arbeitszeiten durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden können.

3.2.5 Ergebnis

Die Ergebnisse der vorangegangenen Untersuchung, inwieweit arbeitsrechtliche Mindestnormen, die aufgrund ihrer Anwendbarkeit auf Entsendearbeitsverhältnisse von besonderer Bedeutung für die Begrenzung transnationaler Lohnkonkurrenz sind, durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden können, seien noch einmal im Überblick zusammengefasst:

- Allgemeinverbindliche Tarifnormen in Tarifverträgen für die AEntG-Branchen, sowie Rechtsverordnungen nach § 7 AEntG, § 4 MiArbG und § 11 AEntG können

nach der bestehenden Rechtslage nicht durch den Abschluss ungünstigerer Tarifverträge unterschritten werden.

- Gegen diese Rechtslage werden aber mit Blick auf die verfassungsrechtliche Garantie der Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG gewichtige Bedenken geltend gemacht. Entschiedene Verteidigung der Rechtslage findet sich kaum. Sollten die Bedenken in der Rechtsprechung Gehör finden und der Gesetzgeber anschließend Abhilfe schaffen, indem er einen generellen Vorrang auch ungünstigerer Tarifnormen gegenüber den genannten Arten von Mindestbedingungen schafft, dann kehrte sich das Ergebnis um: Sämtliche Mindestentgeltnormen nach AEntG und MiArbG könnten dann durch ungünstigere Tarifverträge unterlaufen werden.
- Nach § 5 TVG allgemeinverbindliche Tarifnormen außerhalb von §§ 3-6 AEntG können durch den Abschluss von spezielleren Tarifverträgen, insbesondere von Firmentarifverträgen, unterlaufen werden.
- Im Recht der Leiharbeit kann das in § 9 Nr. 2 AÜG festgelegte Gleichbehandlungsgebot durch Tarifverträge unterschritten werden, es sei denn, der Leiharbeitnehmer wird in den AEntG-Branchen im Geltungsbereich von allgemeinverbindlichen Tarifnormen oder Rechtsverordnungen eingesetzt.
- Die gesetzlichen Höchstgrenzen arbeitsvertraglicher Arbeitszeitvereinbarungen können durch Tarifverträge überschritten werden.

3.3 Rechtliche Konsequenzen der Laval-Entscheidung

In diesen Abschnitt sollen nun etwaige Auswirkungen des vom Europäischen Gerichtshof in der *Laval*-Entscheidung aufgestellten Gebots der Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge mit Bezug auf die bisher besprochenen arbeitsrechtlichen Mindestnormen im Detail erörtert werden.

Angesichts der in Teil B. dieses Gutachtens festgestellten Irrigkeit der *Laval*-Entscheidung liegt es besonders nahe, in einem ersten Schritt ein Augenmerk auf die Frage zu richten, ob die *Laval*-Entscheidung, die eine Regelung des schwedischen Arbeitskampfrechts betrifft, wirklich Auswirkungen auf das Zusammenspiel von Tarifverträgen und arbeitsrechtlichen Mindestnormen im deutschen Arbeitsrecht haben muss (3.3.1).

Dieser Ansatz – das sei vorweg genommen – wird sich als nicht tragfähig erweisen. Die *Laval*-Entscheidung ist auch für das deutsche Regelungsgefüge maßgeblich, insofern es eine Ungleichbehandlung von EU-ausländischen Tarifverträgen enthält. Deren rechtlichen Konsequenzen sind darum im Anschluss genau auszuloten. Dies erfolgt in zwei Schritten: Zunächst werden kurz die sich aufdrängenden Auswirkungen referiert, die das Gebot der Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge auf die hier erörterten Mindestnormen *prima facie* hat, das heißt, wenn das Gebot nicht auf irgendeine Weise modifiziert und dadurch begrenzt würde bzw. werden könnte (3.3.2).

Ansätze zur Modifikation und Begrenzung des Gleichbehandlungsgebots werden im folgenden Abschnitt erörtert (3.3.3).

3.3.1 Keinerlei Auswirkungen der *Laval*-Entscheidung aufgrund begrenzter Bindungswirkung?

Eine etwaig begrenzte Bindungswirkung der *Laval*-Entscheidung zu erörtern ist nur sinnvoll, wenn sich zeigen lässt, dass die deutschen Regelungen, sofern man die *Laval*-Entscheidung methodisch einmal außer Acht lässt, tatsächlich mit europäischem Recht vereinbar sind. Dies folgt sogleich (3.3.1.1). Hieran schließt sich dann die Frage an, wie weit die bindende Wirkung der *Laval*-Entscheidung reicht und ob sie namentlich auch die deutschen Regelungen erfasst (3.3.1.2).

3.3.1.1 EU-Rechtmäßigkeit der Nichtberücksichtigung unterlaufender EU-ausländischer Tarifverträge

Bis hierher wurde erörtert, welche der nach AEntG, MiArbG, AÜG und ArbZG gesetzten Mindestnormen des deutschen Arbeitsrechts auf Entsendearbeit anzuwenden sind und gleichwohl durch Tarifverträge unterlaufen werden können. Dabei wurde unterstellt, dass nur inländische Tarifverträge in Betracht kommen, während ausländische Tarifverträge ohne Berücksichtigung bleiben. Inwiefern diese Ungleichbehandlung inländischer und EU-ausländischer Tarifverträge mit europäischem Recht vereinbar ist, ist im Folgenden – wie gesagt: zunächst unter Absehung vom Gehalt der *Laval*-Entscheidung – zu untersuchen.

An dieser Stelle ist es hilfreich, sich die obigen Ausführungen zur tatsächlichen EU-Rechtskonformität der streitgegenständlichen Regelung im *Laval*-Verfahren erneut vor Augen zu führen: Die Regelung in § 42 Abs. 3 MBL, die für ausländische Tarifverträge keine Friedenspflicht anerkannte, stellte zwar eine Ungleichbehandlung dar, die sich faktisch überwiegend zulasten EU-ausländischer Unternehmen auswirkte. Die Ungleichbehandlung ließ sich aber eigentlich durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls rechtfertigen, die neben den Gründen in Art. 52 AEUV (Art. 46 EGV) zuzulassen waren, da die Regelung keine offene Diskriminierung beinhaltete. Die Regelung in § 42 Abs. 3 MBL diente dem Schutz der Arbeitnehmer und des lautereren Wettbewerbs. Hierfür war sie auch geeignet und erforderlich, jedenfalls dann, wenn die Ungleichbehandlung auch rechtsförmlich nur im Falle von Tarifverträgen griffe, deren Niveau hinter dem inländischen zurück steht.

Diese Überlegungen lassen sich auf hier erörterten deutschen Regelungen übertragen: Soweit die hier erörterten Normen eine Unterbietung von gesetzlichen oder allgemeinverbindlich-tariflichen Standards durch inländische Tarifverträge erlauben, stellen sie eine Ungleichbehandlung dar, die nicht unmittelbar an der Auslandszugehörigkeit eines

Unternehmens anknüpft, aber sich sicherlich faktisch überwiegend zulasten ausländischer Unternehmen auswirkt. Insofern liegen rechtfertigungsbedürftige Regelungen vor, wobei auch eine Rechtfertigung unter Berufung auf zwingende Allgemeinwohlerfordernisse zulässig sein muss.

Ebenso wie schwedische Arbeitskampfnorm § 42 Abs. 3 MBL dienen auch die hier erörterten Regelungen über Mindestarbeitsbedingungen, insofern sie auch auf Entsendearbeit Anwendung finden, der Unterbindung transnationaler Lohnkonkurrenz und damit den zwingenden Allgemeinwohlerfordernissen des Schutzes von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb. Zur Förderung des Schutzes von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb sind die fraglichen Normen zweifellos auch geeignet. Was den Aspekt der Erforderlichkeit angeht, hatte § 42 Abs. 3 MBL bei strengem Blick zumindest einen Einwand zu gewärtigen hatte, insofern zumindest formal auch EU-ausländische Tarifverträge mit im Vergleich zum schwedischen höherem Niveau keine Friedenspflicht auslösen sollten, was zur Bekämpfung von Lohnkonkurrenz gerade nicht erforderlich ist. Demgegenüber bestehen bei den hier diskutierten Regelungen insofern keine Bedenken gegen ihre Erforderlichkeit. Denn sofern EU-ausländische Tarifverträge tatsächlich einmal höhere Standards enthielten als die in den maßgeblichen inländischen Normen vorgesehenen, behielten die höheren Standards nach dem allgemeinen und in den einzelnen Regelungen auch immer wieder gesondert verbürgten Günstigkeitsprinzip regelmäßig ihre Gültigkeit.

Allenfalls könnte man noch erwägen, die Erforderlichkeit deswegen in Zweifel zu ziehen, weil die jeweiligen allgemein geltenden Standards eben durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden können. Nur inländischen Tarifverträgen ein Unterlaufen zu gestatten könnte bei oberflächlicher Betrachtung inkohärent erscheinen, was am Ende auch gegen die Erforderlichkeit der Regelungen ins Feld geführt werden könnte. Tatsächlich aber unterliegt der rechtlich eröffneten Möglichkeit, die allgemein geltende Regelung auch zu unterlaufen, die berechtigte Erwartung zugrunde, dass in inländischen Tarifverträgen ein Unterlaufen bestimmter Standards an anderer Stelle ausgeglichen wird. Inländische Gewerkschaften werden nicht ohne Gegenleistung auf den bereits ohne jede Tarifeinigung gewährten Schutzstandard verzichten.⁹⁷ Die Möglichkeit, einzelne Standards zu unterlaufen, wird also über zu erwartende Kompensationen an anderer Stelle nicht zur Eröffnung von relevanter Lohnkonkurrenz genutzt werden.⁹⁸ Genau diese Unterstellung gilt für ausländische Gewerkschaften nicht. Sie verschaffen durch ein Unterlaufen inländischer Standards zunächst ihren ausländischen Unternehmen Aufträge und darüber den Beschäftigten Arbeitsmöglichkeiten, die andernfalls nicht bestünden. Es ist demnach zu erwarten, dass EU-ausländische Tarifverträge die

97 Thüsing, a.a.O., 595 f.

98 Freilich ist es nicht ausgeschlossen, dass sich auch im Inland Gewerkschaften finden, die sich in eine unternehmerische Strategie der Lohnkonkurrenz einbinden einlassen. Ein Beispiel hierfür liefert die Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste, GNBZ. Einzelfälle dieser Art können aber die oben im Text als maßgeblich angeführten Absichten, die der Gesetzgeber mit Öffnungen für punktuell unterlaufende Tarifverträge verfolgt, nicht ohne weiteres konterkarieren.

Öffnung für unterbietende Tarifabreden tatsächlich zur Eröffnung von transnationaler Lohnkonkurrenz nutzen würden. Darum bleibt es dabei, dass die Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge auch erforderlich ist.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Unter methodischer Absehung von der *Laval*-Entscheidung sind die hier diskutierten Regelungen, insofern sie ihre unterlaufende Verdrängung nur durch inländische nicht aber durch EU-ausländische Tarifverträge erlauben, eigentlich mit europäischem Recht vereinbar.

3.3.1.2 Bindungswirkung der *Laval*-Entscheidung

Gerade vor dem Hintergrund, dass die hier erörterten Regelungen – bei Absehung von der *Laval*-Entscheidung – mit europäischem Recht vereinbar wären, erschiene es attraktiv, etwaige Auswirkungen der *Laval*-Entscheidung auf das deutsche Arbeitsrecht grundsätzlich zurück zu weisen.

Dies könnte freilich nicht mit dem Verweis auf die Rechtsirrigkeit der Entscheidung geschehen. In Betracht käme vielmehr ein Verweis auf die bloße *inter partes* Wirkung des Vorabentscheidungsverfahrens. Die Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV (Art. 234 EGV) bindet an sich nur die am Rechtsstreit beteiligten Gerichte⁹⁹, was zugleich eigentlich bedeutet, dass eine streitgegenständliche Vorschrift des mitgliedstaatlichen Rechts, die der Europäische Gerichtshof für unvereinbar mit europäischem Recht erklärt hat, nur im jeweiligen Streitfall nicht anzuwenden ist. Stellte man allein auf die *inter partes* Wirkung ab, wäre nicht nur jede Auswirkung auf das deutsche Arbeitsrecht, sondern sogar jede Auswirkung auf jeden neuen und im Verhältnis zur Rechtssache *Laval* völlig gleich gelagerten Rechtsstreit unter schwedischem Recht zu bestreiten.

Die Berufung auf die bloße *inter partes*-Wirkung einer Entscheidung im Vorabentscheidungsverfahren erschiene jedoch nicht sehr aussichtsreich. Denn neben der unmittelbaren *inter partes*-Wirkung kommt den Urteilen des Europäischen Gerichtshofes als Präjudizien sehr wohl auch eine *erga omnes*-Wirkung zu. Diese beruht, anders als in Bezug auf die präjudizielle Wirkung höchstrichterlicher Rechtsprechung der Fachgerichte im Inland, nicht allein auf dem freiwilligen Gehorsam der mitgliedstaatlichen Gerichte. Die Präjudizwirkung der europäischen Rechtsprechung ist zusätzlich rechtlich durch die Entstehung von Staatshaftungsansprüchen im Falle offensichtlicher Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht gesichert.

Gleichwohl kann aber durchaus fraglich sein, wie weit die Präjudizwirkung einer Entscheidung im Einzelfall reicht. Praktisch letztlich maßgeblich ist dabei eben die Voraussetzung des Staatshaftungsanspruchs, nämlich der offensichtliche Gemeinschaftsrechtsverstoß. Zu fragen ist jeweils, wann die Unterschiede zwischen der vom Europäischen Gerichtshof in einer vorliegenden Entscheidung beurteilten mitgliedstaatlichen

⁹⁹ Charlotte Gaitandes, in: von der Groeben / Schwarze, a.a.O., Art. 234 EGV Rn. 89.

Regelung und der neu zu beurteilenden Regelung eines anderen Mitgliedstaates hinreichend groß sind, dass sie eine Abweichung von der Linie des Gerichtshofes erlauben, die selbst im Falle einer Bestätigung dieser Linie durch den Europäischen Gerichtshof in einem erneuten Verfahren auch für die neu zu beurteilende Regelung noch keinen offensichtlichen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrechts darstellte.

Hiervon ausgehend ließe sich überlegen, ob sich nicht der Umstand nutzen ließe, dass die (irrig) *Laval*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes nach ihrem Tenor nur eine Regelung der arbeitskampfrechtlichen Friedenspflicht betraf. Die hier untersuchten Regelungen des deutschen Arbeitsrechts betreffen nicht die Friedenspflicht sondern die Verdrängung inländischer Mindestarbeitsbedingungen durch Tarifverträge.

Gegen diese Überlegung spricht jedoch, dass in der tragenden Begründung des Tenors, die für dessen rechtliche Bedeutung maßgeblich ist¹⁰⁰, nicht nur von einer arbeitskampfrechtlichen Friedenspflicht die Rede ist, sondern allgemeiner von einer nationalen Regelung, die Unternehmen, die ausländischem Recht unterliegende Tarifverträge geschlossen haben ebenso behandelt wie Unternehmen, die keiner Tarifbindung unterliegen. Unter diese allgemeinere Formulierung fallen aber auch die hier erörterten Regelungen, soweit sie nur durch inländische Tarifverträge unterlaufen werden können. Aufgrund dessen verspräche es keinen Erfolg, die Präjudizwirkung der *Laval*-Entscheidung für die hier erörterten deutschen Regelungen zu bestreiten.

Im Ergebnis ist darum festzuhalten, dass die hier erörterten Regelungen in AEntG, Mi-ArbG, AÜG und ArbZG zwar bei methodischer Absehung von der *Laval*-Entscheidung an sich mit europäischem Recht vereinbar sind auch insoweit, als die Möglichkeit ihrer Unterschreitung durch Tarifverträge nur inländischen Tarifverträgen vorbehalten ist. Kraft präjudizieller Wirkung ist die *Laval*-Entscheidung jedoch auch für die hier erörterten Regelungen maßgeblich.

3.3.2 Auswirkungen *prima facie*

Darum müssen nunmehr die Auswirkungen der *Laval*-Entscheidung im Detail erörtert werden. Dabei wird in diesem Abschnitt nur kurz zusammengefasst, welche Auswirkungen *prima facie* zu gewärtigen sind, d.h. wenn das Gebot der Gleichbehandlung inländischer und EU-ausländischer Tarifverträge keiner einschränkenden Modifikation unterzogen wird. Mögliche Modifikationen werden dann im hierauf folgenden Abschnitt (3.3.3) erörtert.

Die maßgebliche Passage des Urteils sei eingangs noch einmal in Erinnerung gerufen:

Insoweit ist festzustellen, dass eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren fragliche, die die Tarifverträge, durch die Arbeitnehmer nach Schweden

100 Gaitandes, a.a.O..

entsendende Unternehmen bereits in dem Mitgliedstaat, in dem sie ansässig sind, gebunden sind, unabhängig von ihrem Inhalt nicht berücksichtigt, gegenüber diesen Unternehmen eine Diskriminierung schafft, soweit sie für sie die gleiche Behandlung wie für nationale Unternehmen vorsieht, die keinen Tarifvertrag geschlossen haben.¹⁰¹

Die *prima facie*-Auswirkungen dieses Gebots der Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge liegen vor dem Hintergrund der Ergebnisse der bisherigen Darstellung offen zu Tage und sind von daher nur aufzuzählen:

- Soweit die Rechtsprechung zu dem Ergebnis käme, dass die Mindestentgeltnormen in AEntG und MiArbG nur dann verfassungsrechtlichen Bestand haben, wenn der Gesetzgeber die gegenwärtig vorgesehene Sperrwirkung gegenüber unterbietenden Tarifverträgen zurücknimmt, dann müssten künftig im Bereich des AEntG und MiArbG gesetzte Mindestnormen auch durch ausländische Tarifverträge unterschritten werden können.
- Sollte die Rechtsprechung künftig jedenfalls die Normen über Entgeltsätze in nach § 5 TVG allgemeinverbindlichen Tarifverträgen – rechtlich zutreffend – als Eingriffsnormen charakterisieren und darum auch auf Entsendearbeitsverhältnisse zur Anwendung bringen, wäre die Möglichkeit einer Unterschreitung der allgemeinverbindlichen Tarifnormen durch konkurrierende speziellere Tarifverträge auch für ausländische Tarifverträge eröffnet.
- Der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Leiharbeit nach § 9 Nr. 2 AÜG wird auch durch ausländische Leiharbeitsstarifverträge verdrängt.
- Die vom ArbZG gesetzten Höchstarbeitszeitgrenzen arbeitsvertraglicher Arbeitszeitabreden können auch durch ausländische Tarifverträge unterlaufen werden.

Zu gewärtigen sind demnach *prima facie* gesicherte Auswirkungen im Bereich der Leiharbeit und des Arbeitszeitrechts, im Zusammenspiel mit deutschem Verfassungsrecht mögliche Auswirkungen auf die Mindestentgeltnormen auf der Basis von AEntG und MiArbG und schließlich mögliche Auswirkungen im Bereich allgemeinverbindlicher Tarifnormen im Falle der kohärenten Fortentwicklung der Rechtsprechung zu deren Eingriffsnormcharakter.

In praktischer Hinsicht ist schließlich zu gewärtigen, dass angesichts des starken sozio-ökonomischen Gefälles, das innerhalb der Europäischen Union und insbesondere zwischen alten und neuen EU-Mitgliedstaaten besteht, die in EU-ausländischen Tarifverträgen vorgesehenen Unterschreitungen deutscher Arbeitsbedingungen im Niveau noch erheblich unter den Unterschreitungen mittels inländischer Tarifverträge liegen dürfte.

¹⁰¹ EuGH, a.a.O., Rn. 116

3.3.3 Möglichkeiten europarechtskonformer Begrenzung der Auswirkungen

Das vorstehende Ergebnis legt es nahe nach Ansätzen zu suchen, die das Gleichbehandlungsgebot in- und ausländischer Tarifverträge zu modifizieren, um seine negativen Auswirkungen doch noch zu begrenzen.

Die in diesem Zusammenhang zu besprechenden Ansätze lassen sich auf die folgende Grundidee zurückführen: Ausländischen Tarifverträge sollen nicht von vorne herein jede Rechtswirkung abgesprochen werden, die ein inländischer Tarifvertrag hätte. Vielmehr soll der ausländische Tarifvertrag dem inländischen gleich gestellt werden allerdings nur dann, wenn er gewisse Anforderungen erfüllt, die auch an inländische Tarifverträge gestellt werden. Die Anforderungen lassen sich zum einen unter dem Aspekt der Gleichwertigkeit, der im Bereich der kollisionsrechtlichen Substitution eine tragende Rolle spielt, zum anderen unter dem Aspekt des kollisionsrechtlichen *ordre public* entwickeln.

Der kollisionsrechtliche *ordre public* ist in Gestalt eines Vorbehalts in Art. 6 EGBGB verankert. Diesem Vorbehalt zufolge sind fremde Normen

nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.

Generell wird also das fremde Recht zurückgewiesen, wenn seine Anwendung im konkreten Fall zu einem im Lichte inländischer Maßstäbe nicht mehr zu billigen Ergebnis führen würde.

Die Figur der Substitution kommt im Kollisionsrecht dann ins Spiel, wenn inländische Rechtsnormen in ihrem Tatbestand an eine inländische Rechtsinstitution anknüpfen. Angesichts grenzüberschreitender Sachverhalte stellt sich dann vielfach die allgemeine Frage, ob die inländischen Rechtsinstitutionen durch ausländische Rechtsinstitutionen ersetzt werden können; sie ist dann zu bejahen, wenn die ausländische Rechtsinstitution mit der inländischen gleichwertig ist.¹⁰² Dieser Lage entsprechend enthalten die hier behandelten Normen – einige von ihnen: potentiell – eine geschriebene oder ungeschriebene Regelung zum Vorrang inländischer Tarifverträge. Im Rahmen einer etwaigen Substitution eines inländischen durch einen EU-ausländischen Tarifvertrag ist daher ebenfalls die Frage nach seiner Gleichwertigkeit zu stellen.

Die hier zugrunde liegende Intuition, EU-ausländische Tarifverträge nicht jede Anerkennung im inländischen Recht zu versagen, sie aber bestimmten Anforderungen unter den Aspekten von *ordre public* und Gleichwertigkeit zu unterwerfen, kann sich

102 Jan Kropholler, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 33.

zunächst auf einen textlichen Anhaltspunkt in der oben noch einmal zitierten zentralen Passage der *Laval*-Entscheidung berufen. Dort heißt es, die fehlende Berücksichtigung der Bindung ausländische Tarifverträge sei diskriminierend, wenn sie „*unabhängig von ihrem Inhalt*“ erfolge. Daraus folgt, dass eine Rücksicht auf den Inhalt des Tarifvertrages zu einem anderen Ergebnis führen könnte, nämlich dazu, einem ausländischen Tarifvertrag doch nicht die Rechtswirkungen eines inländischen zu verschaffen. Unmittelbar hieran knüpft der Herangehensweise über den *ordre public* an. Rücksicht auf den Inhalt des EU-ausländischen Tarifvertrages zu nehmen, bedeutet darüber hinaus aber nichts anderes als diesen Tarifvertrag in spezifischer Weise auf seine Gleichwertigkeit mit einem inländischen Tarifvertrag zu prüfen. Hieran knüpft die Herangehensweise über die Gleichwertigkeitsprüfung im Zusammenhang mit der Substitution an.

Die möglichen Begrenzungen der Auswirkungen der *Laval*-Entscheidung im deutschen Arbeitsrecht werden im folgenden zunächst unter dem Aspekt einer *ordre public*-Kontrolle (3.3.3.1) und anschließend unter dem Aspekt einer Gleichwertigkeitskontrolle (3.3.3.2 und 3.3.3.3) erörtert.

3.3.3.1 Ansätze beim Tarifynhalt (*ordre public*)

Unter dem Aspekt des *ordre public* lassen sich drei Ansätze unterscheiden, mithilfe derer der Gehalt EU-ausländischer Tarifverträge einer materiellen Kontrolle unterworfen werden könnte. Mit Blick auf den verfolgten Zweck der Unterbindung transnationaler Lohnkonkurrenz erschiene es sachlich naheliegend, auf einen Vergleich mit dem inländischen Tarifniveau abzustellen: anzuerkennen sind EU-ausländische Tarifverträge dann, wenn ihr Niveau demjenigen inländischer Tarifverträge annähernd gleicht (3.3.3.1.1). Alternativ wäre daran zu denken, die Anwendung EU-ausländischer Tarifverträge jedenfalls dann zurück zu weisen, wenn ihr Niveau unterhalb bestimmter Untergrenzen nach Maßgabe materieller Gerechtigkeitsvorgaben liegt (3.3.3.1.2). Für den Sonderfall der Leiharbeit könnte sich aus dem besonderen regulativen Hintergrund ein besonderer materieller Vergleichsmaßstab ergeben (3.3.3.1.3).

In der nachfolgenden Darstellung dieser drei Ansätze wird jeweils zunächst die einzelne *ordre public*-Anforderung zu entwickeln sein. Sofern sich deren Herleitung als überzeugend und die Anwendung als praktikabel herausstellt, ist der jeweilige Ansatz anschließend einer europarechtlichen Kontrollprüfung zu unterziehen dahingehend, ob er den Maßstäben der *Laval*-Entscheidung tatsächlich standhält.

3.3.3.1.1 Vergleich mit inländischem Tarifniveau?

3.3.3.1.1.1 Herleitung aus dem *ordre public*-Vorbehalt

Vor dem Hintergrund des mit einer Ungleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge regelmäßig verfolgten Zwecks der Unterbindung transnationaler Lohnkonkurrenz erschiene es an sich nahe liegend, auf einen Vergleich des EU-ausländischen Tarifvertrages mit dem inländischen Tarifniveau abzustellen und einen EU-ausländischen Tarifvertrag nur dann einem inländischen gleichzustellen, wenn er ein vergleichbares Niveau aufweist.

Noch bevor aber zu untersuchen ist, ob sich ein solcher Vergleich als Ausübung des *ordre public*-Vorbehalts rechtfertigen ließe, ist festzustellen, dass dieser Weg jedenfalls im Zusammenhang mit den hier diskutierten Regelungen über die Möglichkeiten tarifvertraglicher Unterbietung von Mindestarbeitsbedingungen von vorne herein nicht gangbar ist. Zweifelhaft wäre nämlich regelmäßig der richtige Bezugspunkt des anvisierten Niveauvergleichs. Das gilt zum einen in Fällen, in denen die fraglichen Mindestnormen zwar durch inländische Tarifverträge unterschritten werden können, aber bislang noch nicht unterschritten wurden. Denn dann gibt es kein vergleichbares inländisches Tarifniveau.

Der Bezugspunkt ist aber gleichfalls zweifelhaft in den Fällen, in denen von der Möglichkeit der Unterschreitung bereits Gebrauch gemacht wurde. Denn weiter hinzutretende inländische Tarifverträge könnten das Niveau des ersten unterbietenden Tarifvertrages noch einmal zu unterlaufen. Eben das müsste auch für den ausländischen Tarifvertrag gelten. Darum kann auch ein unterschreitender Tarifvertrag nicht als Bezugspunkt herangezogen werden.

3.3.3.1.1.2 Zwischenergebnis

Ein Vergleich von in- und ausländischem Tarifniveau zur Begrenzung des Gebots der Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge kommt schon aus praktischen Gründen nicht in Betracht.

3.3.3.1.2 Materielle Gerechtigkeitskontrolle (Art. 2, 20 GG)

3.3.3.1.2.1 Herleitung aus dem *ordre public*-Vorbehalt

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unterliegen auch Tarifverträge einer materiellen Gerechtigkeitskontrolle, deren Erfordernis und Maßstab sich aus dem Grundgesetz herleiten, namentlich aus Art. 2 und 20 GG.¹⁰³

¹⁰³ Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 24.3.2004 – 5 AZR 303/03, in: NZA 2004, 971.

Da die deutschen Grundrechte nach Art. 6 S. 2 EGBGB gerade auch im Rahmen des *ordre public*-Vorbehalts zum Tragen kommen, ist es an sich nicht zweifelhaft, dass auch EU-ausländische Tarifverträge einer Kontrolle anhand von Art. 2 und 20 GG zu unterwerfen wären.

Zu gewärtigen ist allerdings, dass die Prüfung der Ergebnisse ausländischer Rechtsanwendung anhand der Grundrechte sich nicht schematisch nach dem Vorbild einer Prüfung inländischer Rechtsanwendungsergebnisse vollzieht. Die Prüfung ist vielmehr zurückhaltender angelegt, wobei sich das Maß der Zurückhaltung nicht einheitlich bestimmen lässt. Die Kontrolldichte variiert vielmehr mit dem Maß, in dem der unterliegende Sachverhalt Berührungspunkte zum Inland aufweist (so genannte „Relativität“ des *ordre public*-Vorbehalts).¹⁰⁴ Je mehr Berührungspunkte bestehen, umso stärker sind die grundrechtlichen Wertungen zum Tragen zu bringen.

Vor diesem Hintergrund ist nun die materielle Gerechtigkeitskontrolle eines ausländischen Tarifvertrages zu konkretisieren. Generell steht die Prüfung eines Tarifvertrages anhand von Art. 2, 20 GG an sich einer Prüfung am Maßstab der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nahe.¹⁰⁵ Denn hier wie dort ist maßgeblich, ob die Höhe des Tarifentgelts für die geschuldete Arbeitsleistung „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht“. Allerdings ist dem Bundesarbeitsgericht zufolge bei einer Prüfung von Tarifinhalten anhand von Art. 2, 20 GG die verfassungsrechtliche Entscheidung zu berücksichtigen, die in Art. 9 Abs. 3 GG reflektiert ist, nämlich dass Tarifverträgen an sich eine inhaltliche Richtigkeitsgewähr zukommt. Hieraus ist wenigstens zu folgern, dass die für die Kontrolle arbeitsvertragsrechtlicher Abreden entwickelten Grenzen der Sittenwidrigkeit nicht greifen können.¹⁰⁶ Vielmehr muss der Spielraum der Tarifvertragsparteien größer sein.¹⁰⁷ Nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts¹⁰⁸ kann ein Gericht einen Tarifvertrag nach Art. 2, 20 GG letztlich nur dann beanstanden, wenn er für die geschuldete Arbeitsleistung lediglich einen „Hungerlohn“ vorsieht. Bei der Beurteilung, ob ein „Hungerlohn“ vorliegt, sind alle Umstände des räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereichs des in Rede stehenden Tarifvertrags in Rechnung zu stellen.

Klarzustellen ist an dieser Stelle, dass – obgleich der Ausdruck des „Hungerlohns“ eine andere Assoziation wecken mag – die Feststellung eines Verstoßes eines Tarifvertrags gegen Erfordernisse materieller Gerechtigkeit nach Auffassung des Bundesarbeitsge-

104 Christian v. Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht, Band 1: allgemeine Lehren, 2. Aufl., 2003, § 7 Rn. 264

105 Den Weg einer Prüfung von Tarifverträgen nach § 138 BGB hat das Bundesarbeitsgericht in seiner eben zitierten Entscheidung (Fn. 103) zwar nicht endgültig abgelehnt, aber andererseits auch bewusst nicht beschränkt.

106 Vielfach wird die Grenze von 2/3 des örtlichen Tariflohns zitiert. Dieser Maßstab wäre indessen praktisch nicht handhabbar: Die Sittenwidrigkeit eines Tarifvertrages kann sich nicht aus dem Abstand zum Lohnniveau eines konkurrierenden Tarifvertrages begründen.

107 Dies entgeht offenbar Thüsing, a.a.O., 627 ff., der sich aber am Ende doch richtig auf die „Hungerlohn“-Grenze konzentriert (dazu sogleich im Text).

108 Bundesarbeitsgericht, a.a.O. (Fn. 103).

richts auf einem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung beruhen würde. Nicht maßgeblich wäre hingegen, ob der tarifliche Lohnsatz an sich existenzsichernd ist¹⁰⁹, etwa in dem naheliegenden Sinn, dass ein Alleinstehender bei Vollzeitarbeit keine sozialen Sicherungsleistungen in Anspruch nehmen muss.¹¹⁰ Einen solchen Ansatz zur Tarifvertragskontrolle hat das Bundesarbeitsgericht jedoch bislang gar nicht erwogen.¹¹¹ Entsprechend existiert eine Reihe von Tarifverträgen, die nach verbreiteter Ansicht für die untersten Lohngruppen keine existenzsichernde Entlohnung vorsehen.¹¹²

Für die vom Bundesarbeitsgericht vertretene materielle Gerechtigkeitskontrolle des Verhältnisses von Arbeitsleistung und tariflicher Gegenleistung bleibt noch zu fragen, welches wirtschaftliche Umfeld für die Beurteilung eines Tarifentgelts als Hungerlohn maßgeblich ist. Für die Kontrolle EU-ausländischer Tarifverträge wird die Lokalisierung der Vergleichsgröße entscheidend sein.

Im Falle der Kontrolle arbeitsvertraglicher Vereinbarungen in inländischen Arbeitsverhältnissen stellt das Bundesarbeitsgericht wörtlich auf das „allgemeine Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet“ ab¹¹³, wobei damit das Wirtschaftsgebiet gemeint ist, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist. Das würde es nahelegen, auch für die Kontrolle EU-ausländischer Tarifverträge auf das wirtschaftliche Umfeld am tatsächlichen Beschäftigungsort im Inland abzustellen.

Allerdings lagen den vom Bundesarbeitsgericht gefällten Entscheidungen keine Fälle auswärtiger Beschäftigung und erst recht keine grenzüberschreitender Entsendung zugrunde. Schon im Falle auswärtiger Beschäftigung im Inland käme nämlich ebenso in Betracht, alternativ auf das Wirtschaftsgebiet des Einstellungsortes abzustellen. Eine ähnliche Frage stellt sich mit größerer Berechtigung im Fall der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung. Es wäre jedenfalls gut vertretbar, im Falle der Entsendearbeit auf das Wirtschaftsgebiet des Entsendeortes abzustellen. In diese Richtung weist zumindest die generelle Mahnung des Bundesarbeitsgerichts, auch den räumlichen Geltungsbereich des beurteilten Tarifvertrages zu berücksichtigen.¹¹⁴ Denn der räumliche Geltungsbereich des ausländischen Tarifvertrages wird, unbeschadet der Einbeziehung von Entsendearbeit, im Regelfall gerade im Ausland liegen.

109 Bayreuther, a.a.O., 2010 stellt einen solchen Ansatz zur Diskussion, hält ihn aber seinerseits nicht für praktikabel.

110 Experten beziffern den dafür erforderlichen Lohnsatz mit 7 EUR. Vgl. Sven Astheimer, 8,50 Euro je Stunde spalten die Ökonomen, in: FAZ v. 23.2.2010, verfügbar unter www.faz.net, besucht am 30.4.2010.

111 Anders aber das SG Berlin, Urt. v. 27.2.2006 – S 77 AL 742/05, in: AuR 2007, 54. Die deutsche Verfassungs- und Rechtsordnung toleriere keine Arbeitsvergütung, die dem Arbeitnehmer bei vollschichtiger Beschäftigung und durchschnittlicher Arbeitsleistung nicht die Absicherung bereits der eigenen menschenwürdigen erlaubt. Diese Feststellung ist freilich mutig in einer Situation, in der der Gesetzgeber sozialrechtliche Ansprüche transparent als Kombilöhne konzipiert hat.

112 Zahlen in Reinhard Bispinck/WSI-Tarifarchiv, Informationen zur Tarifpolitik; Unterste Tarifvergütungen 2008, April 2008, verfügbar unter www.boeckler.de, besucht am 30.04.2010.

113 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 11.1.1973 – 5 AZR 322/72, in: AP Nr. 20 zu § 138 BGB; Urt. v. 23.5.2001 – 5 AZR 527/99, in: BeckRS 2009, 52775.

114 Bundesarbeitsgericht, a.a.O. (Fn. 103).

Die Berücksichtigung des allgemeinen Lohnniveaus im Wirtschaftsgebiet, aus dem der Arbeitnehmer entsandt wurde, würde weiterhin die in den allgemeinen kollisionsrechtlichen Regeln in Art. 8 Rom I-VO getroffene Grundentscheidung spiegeln, das Entsendearbeitsverhältnis dem Recht und damit insgesamt den rechtlich-normativen Maßstäben des Herkunftsstaates zu unterstellen. Es wäre zumindest merkwürdig, diese Grundentscheidung ausgerechnet im sensiblen Falle der Tarifvertragskontrolle zu unterlaufen, indem als maßgeblicher Kontext zur Fixierung einer „Hungerlohn“-Grenze ein inländisches Lohnniveau in Anschlag gebracht würde.

Schließlich ließe sich die oben angesprochene generell gebotene Zurückhaltung der *ordre public*-Kontrolle dafür ins Feld führen, nicht auf das inländische Wirtschaftsgebiet abzustellen. Der Inlandsbezug von Entsendearbeit ist generell nicht so stark, dass er die Anwendung inländischen Rechts rechtfertigt, sonst hätte die allgemeine Norm in Art. 8 Rom I-VO eine andere Entscheidung getroffen. Die materielle Gerechtigkeitskontrolle nach Art. 2, 20 GG ohne Hinzutreten von Besonderheiten eines Einzelfalls an einem inländischen und nicht am ausländischen Maßstab auszurichten, erscheint vor diesem Hintergrund gerade nicht richtig.

Hiernach ist im Ergebnis festzuhalten, dass EU-ausländische Tarifverträge im Rahmen einer Gleichwertigkeitsprüfung im Zusammenwirken mit dem *ordre public*-Vorbehalt (Art. 6 EGBGB) einer materiellen Gerechtigkeitskontrolle nach Art. 2, 20 GG zu unterstellen sind, die die Vereinbarung von Hungerlöhnen verbietet. Bei der Beurteilung, ob im Einzelfall ein Hungerlohn vereinbart ist, sprechen kollisionsrechtlich die besseren Gründe dafür, nicht auf das Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet des inländischen Einsatzortes abzustellen, sondern auf das Wirtschaftsgebiet des ausländischen Entsendeortes.¹¹⁵ Es ist zu vermuten, dass die materielle Gerechtigkeitskontrolle auf dieser Grundlage kaum einmal einen EU-ausländischen Tarifvertrag zu Fall brächte.

Sofern man sich stattdessen – kollisionsrechtlich nicht überzeugend – dafür entscheidet, auf das Wirtschaftsgebiet des inländischen Einsatzortes abzustellen, käme die materielle Gerechtigkeitskontrolle mutmaßlich auch praktisch zum Tragen. EU-ausländische Tarifverträge dürften dann die absolute Lohnuntergrenze nicht unterschreiten, die auch für inländische Tarifverträge gelten würde.

¹¹⁵ Die gleiche Problematik begegnet, wenn man sich – wenig wahrscheinlich – auch beim Bundesarbeitsgericht der vom SG Berlin in Anschlag gebrachte Kontrollmaßstab existenzsichernder Entlohnung (Fn. 111) durchsetzt. Ein Abstellen auf den inländischen Einsatzort erschiene dann allerdings noch weniger vertretbar. Schließlich soll sich das Existenzminimum nach Auffassung des SG Berlin gerade nach den inländischen Ansprüchen auf soziale Fürsorge bestimmen. Die stehen dem entsandten Arbeitnehmer aber regelmäßig gerade nicht zu. Folgerichtig müsste sich sein Existenzminimum nach etwaigen sozialrechtlichen Ansprüchen im Entsendestaat bestimmen.

3.3.3.1.2.2 Europarechtliche Kontrollprüfung

Die europarechtliche Kontrollprüfung erscheint nur angezeigt für die praktisch relevante – wenn auch kollisionsrechtlich nicht überzeugende – Variante, bei der materiellen Gerechtigkeitskontrolle EU-ausländischer Tarifverträge auf das Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet des inländischen Einsatzortes abzustellen.

Europarechtlich hätte die Lösung bemerkenswerter Weise mutmaßlich Bestand. Denn ungeachtet der kollisionsrechtlichen Vorbehalte bliebe es dabei, dass EU-ausländische Tarifverträge nach diesem Ansatz keinen anderen oder höheren Anforderungen unterworfen werden als inländische. Eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Situationen läge darum von vorne herein nicht mehr vor.

Die Anforderung der Einhaltung einer materiellen Gerechtigkeitsgrenze könnte man zwar immer noch als Benachteiligung ausländischer Unternehmen qualifizieren. Bloße Benachteiligungen, die nicht zugleich verdeckte Diskriminierungen darstellen, lassen sich jedoch ganz unzweifelhaft mit zwingenden Allgemeinwohlerfordernissen und also auch mit dem Schutz der Arbeitnehmer und des lautereren Wettbewerbs rechtfertigen. Einwände unter den Gesichtspunkten der Erforderlichkeit und Eignung sind nicht erkennbar.

3.3.3.1.2.3 Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es, obgleich kollisionsrechtlich angreifbar, jedenfalls mit europäischem Recht auch im Hinblick auf die Laval-Entscheidung vereinbar ist, EU-ausländische Tarifverträge einer auf Art. 2, 20 GG gestützten materiellen Gerechtigkeitskontrolle zu unterziehen, die für den in diesem Zusammenhang erforderlichen Vergleichsmaßstab eines angemessenen Lohnes auf das Lohnniveau im Wirtschaftsgebiet des inländischen Einsatzortes abstellt.

3.3.3.1.3 Sonderfall Leiharbeit: Orientierung am Gleichbehandlungsgrundsatz?

3.3.3.1.3.1 Herleitung aus dem *ordre public*-Vorbehalt

Im Fall der Leiharbeit könnte der besondere regulative Hintergrund einen zusätzlichen Ansatzpunkt für eine materielle Kontrolle eines EU-ausländischen Tarifvertrages bieten. In der Sache geht es um eine etwaige materielle Maßgabe, dass sich das Schutzniveau des den Gleichbehandlungsgrundsatz in § 9 Nr. 2 AÜG verdrängenden EU-ausländischen Leiharbeitstarifvertrages materiell am Schutzniveau orientieren müsse, dass dem Arbeitnehmer im Falle einer Behandlung nach den Gleichbehandlungsgrundsatz gewährt würde. Es wäre zu erwägen, ob diese materielle Maßgabe zugleich Teil des deutschen oder sogar europäischen *ordre public* darstellt.

Vorab ist freilich zu gewärtigen, dass eine derartige Kontrolle EU-ausländischer Tarifverträge nur dann zum Zuge kommen kann, wenn dieselbe materielle Kontrolle auch für inländische Leiharbeitsstarifverträge anerkannt wird.¹¹⁶ Die Rechtsprechung hat sich hierauf jedoch bisher nicht eingelassen. In einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 hat das Bundesarbeitsgericht den tarifdispositiven Charakter des Gleichbehandlungsgrundsatzes vielmehr umgekehrt dahingehend gedeutet, dass der Gesetzgeber damit gerade die Besonderheiten der Leiharbeit als eigenen Wirtschaftszweig anerkannt habe.¹¹⁷ Darum komme bei Geltung eines Leiharbeitsstarifvertrages den für vergleichbare Arbeitnehmer beim Entleiher greifenden Arbeitsbedingungen gerade keine Orientierungsfunktion mehr zu.

Diese Auffassung zu überdenken hätte die Rechtsprechung nunmehr einen gewissen Anlass, insofern mittlerweile, am 19.11.2008, die europäische Richtlinie zur Leiharbeit¹¹⁸ erlassen wurde. Nachdem Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie den Gleichbehandlungsgrundsatz statuiert, heißt es anschließend in Art. 5 Abs. 3:

Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen, auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern, welche von den in Absatz 1 aufgeführten Regelungen abweichen können, enthalten können.

Es wird mit Blick auf die historische Entstehungsgeschichte des Absatzes vertreten, dass die „Achtung des Gesamtschutzes“ der Freiheit der Leiharbeitsstarifparteien eine materielle Grenze setze.¹¹⁹ Deren Tarifverträge müssten sich an dem durch den Gleichbehandlungsgrundsatz vorgegebenen Niveau orientieren und jedenfalls einen insgesamt ein angemessenes Schutzniveau bieten. Als verbindliche europäische Rechtsgrundlage des nationalen Leiharbeitsrechts sei Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeits-RL nunmehr auch für § 9 Nr. 2 AÜG maßgeblich.

Ob dieser Auffassung vom Gehalt des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie zuzustimmen ist, sei hier nicht abschließend erörtert. Der Wortlaut der Fassung ist sicher nicht über jeden Zweifel erhaben.

Eingegangen sei an dieser Stelle nur auf die Aussichten einer Änderung der Rechtslage: Eine durch Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeits-RL etwaig gebotene Anpassung von Art. 9 Nr. 2 AÜG könnte einerseits durch gesetzliche Klarstellung der materiellen Reichweite der

116 Dafür etwa Martin Franzen, in: Erfurter Kommentar, 10. Auf., 2010, § 1 TVG Rn. 14; Jürgen Ulber, Wirksamkeit tariflicher Regelungen zur Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, in: NZA 2009, 232.

117 Bundesarbeitsgericht, Urt. v. 24.3.2004 – 5 AZR 303/03, in: NZA 2004, 971.

118 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit.

119 Maximilian Fuchs, Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, in: NZA 2009, 57.

tariflichen Dispositionsbefugnis erfolgen. Der Erste Referentenentwurf zur Änderung des AÜG sieht eine solche Klarstellung allerdings nicht vor.¹²⁰ Sie ist mit Blick auf die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse auch nicht zu erwarten.

Daneben könnte eine Anpassung durch richtlinienkonforme Auslegung der bisherigen Gesetzesfassung erfolgen, die nach Ablauf der Umsetzungsfrist im Dezember 2011 geboten und davor jedenfalls möglich wäre.¹²¹ Spätestens in diesem Zusammenhang ist allerdings wieder das praktische Problem zu gewärtigen, wie eine materielle Grenze der Freiheit der Leiharbeitstarifparteien denn handhabbar bestimmt werden könnte. Sie müsste nicht nur früher greifen als die ihrerseits noch unbestimmte Grenze der Tarifautonomie nach Art. 2, 20 GG¹²², sondern sie müsste bei der Beurteilung eines tariflichen Schutzniveaus als „angemessen“ die Besonderheit der nach § 11 Abs. 4 AÜG grundsätzlich gebotenen Entlohnung verleihtfreier Zeiten in Rechnung stellen. Vor diesem Hintergrund ist eine Änderung der Rechtsprechung dergestalt, dass inländische Leiharbeitstarifverträge künftig einer schärferen Inhaltskontrolle unterzogen würden, als höchst unwahrscheinlich einzustufen. Nur in diesem Fall aber würde die entsprechende Kontrolle auch bei ausländischen Leiharbeitstarifverträgen greifen können.

3.3.3.1.3.2 Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist darum festzuhalten, dass der Ansatz, EU-ausländische Tarifverträge einer Gleichwertigkeitskontrolle anhand des durch den Gleichbehandlungsgrundsatz gewährten Schutzniveaus zu unterziehen, von vorne herein nicht tragfähig ist.

3.3.3.2 Ansatz bei den Bedingungen der tariflichen Richtigkeitsgewähr

In diesem und dem folgenden Abschnitt werden zwei Ansätze erörtert, die Reichweite der *Laval*-Entscheidung durch Aspekte der Gleichwertigkeitsprüfung zu begrenzen, die im Rahmen einer kollisionsrechtlichen Substitution – die bei Gleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge tatsächlich vollzieht – immer vorzunehmen ist. Der erste, sogleich zu erörternde Ansatz setzt an den Bedingungen tariflicher Richtigkeitsgewähr an. Ein zweiter Ansatz an der Rechtsnormqualität tariflicher Regelungen wird anschließend behandelt (3.3.3.3).

Ausgangspunkt des Ansatzes bei den Bedingungen tariflicher Richtigkeitsgewähr ist die, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung Tarifverträgen eine verdrängende Wirkung gegenüber gesetzlichen Normen oder weniger speziellen Tarifverträgen nur vor dem Hintergrund ihrer generellen Richtigkeitsvermutung zuerkennt. Diese Richtigkeitsvermutung beruht nun, so wird die Überlegung fortgesetzt, nicht auf dem rechtlichen

120 Darstellung bei Franz Josef Düwell / Holger Fahl, Aktuelle Gesetzes- und Tariflage in der Arbeitnehmerüberlassung, in: DB 2009, 1070-1074.

121 Bundesgerichtshof, Urt. v. 5.2.1998 – I ZR 211/95, in: BGHZ 138, 55 (59 ff.).

122 Soeben unter 3.3.3.2.2.

Rahmen inländischer Tarifverhandlungen als Ganzem, sondern auf bestimmten Teilen dieses rechtlichen Rahmens. Hierzu sollen etwa die Gegnerfreiheit als Voraussetzung einer Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG und die soziale Mächtigkeit als Voraussetzung gewerkschaftlicher Tariffähigkeit nach § 2 TVG zählen.¹²³ Als weitere für die Richtigkeitsvermutung relevante Aspekte des rechtlichen Rahmens wird die Existenz eines effektiven Arbeitskampfrechts genannt.¹²⁴

Dieser Ansatz begegnet zwei europarechtlichen Einwänden. Beiden liegt dasselbe sachliche Grundproblem zugrunde, was darum vor die Klammer gezogen sei: Die Idee einer Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen ist aufs Engste mit dem deutschen System kollektiver Arbeitsbeziehungen verbunden. Die für dieses System zentrale Institution der Tarifautonomie, die sich etwa dadurch auszeichnet, dass sie keine Zwangsmitgliedschaften in Koalitionen, keine staatliche Zwangsschlichtung oder andere Arten des Tripartismus kennt und gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen nur zurückhaltend eingesetzt werden können, ist nach dem Leitgedanken der Parität durch Gesetzgebung und Rechtsprechung auszugestalten. Denn nur dann kommt den vor dem Hintergrund der Tarifautonomie geschlossenen Verträgen eine inhaltliche Richtigkeitsvermutung zu.

Der hier zu erörternde Ansatz stellt nun die Frage, ob unter der hypothetischen Annahme, dass das ausländische System wie das deutsche grundlegend auf Tarifautonomie beruhen würde, dann die deutschen Paritätsvorstellungen allgemein (insbesondere im Arbeitskampfrecht) und im Fall der konkreten Tarifparteien (insbesondere Tariffähigkeit) gewahrt wären. Nur im Falle einer positiven Antwort soll dem ausländischen Tarifvertrag die Richtigkeitsvermutung zukommen, die für eine Anerkennung im Inland erforderlich ist.

Die Irrigkeit des Ansatzes klingt damit schon an, sei aber noch einmal klarer expliziert: Das ausländische Recht erkennt die rechtliche Bedeutung der eigenen Tarifverträge an unter den Bedingungen, die es dafür vor dem Hintergrund der eigenen kollektiven Arbeitsbeziehungen entwickelt hat.¹²⁵ Diese Bedingungen sichern im ausländischen System kollektiver Arbeitsbeziehungen aus Sicht des ausländischen Rechts die Legitimität jener rechtlichen Bedeutung, deren Grundlage im deutschen Recht treffend als „Richtigkeitsvermutung qua Parität“ bezeichnet wird, der aber in einem ausländischen System etwa mit regelmäßiger Einbeziehung nicht-organisierter Beschäftigter oder sogar nicht-organisierter Unternehmen¹²⁶, oder solche mit einem Anerkennungssystem¹²⁷

123 Bertram Zwanziger, Arbeitskampf- und Tarifrecht nach den EuGH-Entscheidungen „Laval“ und „Viking“, in: DB 2008, 294-298; Kocher, a.a.O. (Fn. 12), 18. Kocher nennt als weiteres mögliches Gleichwertigkeitskriterium die Repräsentativität der Tarifverträge. Es ist jedoch nicht klar, inwiefern einen Repräsentativitätsanforderung Teil des rechtlichen Rahmens inländischer Tarifverträge ist.

124 Thüsing, a.a.O., 625, 627.

125 Zum Vergleich kollektiver Arbeitsbeziehungen: Robert Rebhahn, Das kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, in: NZA 2001, 763-774.

126 Rebhahn, a.a.O., 765 f..

127 Rebhahn, a.a.O., 766 f..

oder auch mit stärkeren tripartistischen Elementen¹²⁸ gar nicht unbedingt passt. Es hat einfach keinen guten Sinn, ausländische Tarifverträge, die in ihrer eigenen Rechtsordnung mit guten Gründen anerkannt werden, darauf hin zu prüfen ob sie zusätzlich einigen wichtigen Anforderungen entsprechen, die das deutsche Recht auf der Basis seiner Entscheidung für die Tarifautonomie in der Gestalt von Art. 9 Abs. 3 GG für den inländischen Kontext entwickelt hat. Die Anforderungen des deutschen Rechts begründen die Richtigkeitsvermutung im deutschen Kontext. Für den ausländischen Kontext können sie nichtssagend sein oder irreführend.

Wie bereits angesprochen spiegelt sich die sachliche Problematik in drei europarechtlichen Einwänden, die nun zu behandeln sind.

Zwar ist es zunächst richtig, dass die Anwendung der inländischen Anforderungen tariflicher Richtigkeitsgewähr auf EU-ausländische Tarifverträge dazu führt, dass EU-ausländische und inländische Tarifverträge auf dieser Grundlage formal gleich behandelt werden. Die gleichwohl bestehende Ungleichbehandlung, die darin liegt, dass einige Tarifverträge als wirksam und andere als unwirksam eingestuft werden, knüpft nicht daran an, dass ein Tarifvertrag ausländischem Recht unterliegt, sondern daran, ob er die inländischen Bedingungen der Richtigkeitsgewähr erfüllt. Von dieser Ungleichbehandlung kann man nun nicht ohne weiteres sagen, dass sie sich überwiegend zum Nachteil EU-ausländischer Unternehmen auswirkt. Insofern ist nicht mehr von einer verdeckten Diskriminierung, sondern nur noch von einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auszugehen.

Von bloßen Beschränkungen einer Grundfreiheit steht nun zwar fest, dass sie sich durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls rechtfertigen lassen¹²⁹, im hiesigen Zusammenhang der Schutz von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb. Indessen müssen auch Beschränkungen für ihren jeweiligen Zweck geeignet und erforderlich sein. An dieser Stelle ergeben sich nun die angekündigten europarechtlichen Einwände: Erstens erscheint eine Prüfung der Gleichwertigkeit eines EU-ausländischen Tarifvertrages anhand der für den inländischen Kontext entwickelten Kriterien als nicht geeignet (3.3.3.2.1). Angesichts einer gewissen Willkürlichkeit der Auswahl der für die Gleichwertigkeit maßgeblichen Kriterien ergäben sich daneben auch Zweifel an der Erforderlichkeit der Gleichwertigkeitsprüfung (3.3.3.2.2)

128 Tripartismus kennzeichnet insbesondere vielfach die kollektiven Arbeitsbeziehungen in Mittel- und Osteuropa; dazu allgemein: Heribert Kohl u.a., *Arbeitsbeziehungen in Ostmitteleuropa zwischen Transformation und EU-Beitritt*, (FES Politikinformation Osteuropa Nr. 85), Bonn 2000. Freilich greift nicht jede Form des Tripartismus, etwa eine tripartistische Konsultation vor der Festlegung gesetzlicher Mindestarbeitsbedingungen, zugleich in die Tarifautonomie ein.

129 Streinz, a.a.O., Rn. 827 ff.; Classen, a.a.O., § 23 Rn. 14; Haratsch/Koenig/Pechstein, a.a.O., Rn. 789.

3.3.3.2.1 Fehlende Eignung wegen mangelnder Aussagekraft der Anforderungen

Die oben angeführten Rahmenbedingungen, die die Richtigkeitsvermutung inländischer Tarifverträge tragen, wurden im und für den inländischen Kontext, namentlich das inländische System kollektiver Arbeitsbeziehungen, entwickelt. Sofern diese Rahmenbedingungen nun als Anforderungen an den Rahmen ausländischer Tarifverträge und auf diese Weise in den Kontext eines ausländischen Systems kollektiver Arbeitsbeziehungen platziert werden sollen, verlieren sie unter Umständen ihre Aussagekraft. Das bedeutet aber nichts anderes, dass eine gleichwohl erfolgende Unterwerfung EU-ausländischer unter diese Anforderungen zum verfolgten Zweck des Schutzes von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb nicht geeignet ist.

Dies sei exemplarisch an der Vorgabe „sozialer Mächtigkeit“ der gewerkschaftlichen Tarifvertragspartei veranschaulicht: Die Voraussetzung hinreichender „sozialer Mächtigkeit“ als Voraussetzung der Tariffähigkeit wird im deutschen Recht nicht einfach erschaut, sondern die Zu- oder Aberkennung knüpft sich unter Rücksicht auf alle Umstände des Einzelfalls an eine Gesamtschau einzelner Kriterien. Diese Kriterien sind namentlich die Teilnahme am Tarifgeschehen in der Vergangenheit sowie die organisatorische Stärke¹³⁰, womit Mitgliederstärke einerseits und organisatorisches Leistungsvermögen andererseits zusammengefasst sind.

Vorweg zu gewärtigen ist, dass die Tragfähigkeit des Kriteriums der Teilnahme am Tarifgeschehen in der Vergangenheit schon aufgrund seiner Zirkularität umstritten ist.¹³¹ Besondere Vorsicht ist bereits im rein inländischen Zusammenhang geboten bei Tarifverträgen, deren Funktion nicht zuletzt darin liegt, gesetzliche Standards zu kompetitiven Zwecken zu senken. Denn dann ist der Tarifvertrag kein Ergebnis eines Ausgleichs widersprüchlicher Interessen, sondern ein Instrument zur Verfolgung gemeinsamer Interessen der Tarifparteien. In diesem Fall sagt ein Tarifabschluss darum gerade nichts über die soziale Macht der Gewerkschaftsseite gegenüber der Arbeitgeberseite aus.¹³² Ebenso wird es aber vielfach auch bei ausländischen Tarifverträgen liegen, mit denen die Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer unter das Niveau der vom deutschen Recht eigentlich auch für Entsendearbeit garantierten Arbeitsbedingungen gesenkt werden sollen.

Insofern kommt alles auf die Anforderung einer hinreichenden organisatorischen Stärke an und an dieser Stelle wird nun die schon oben entfaltete Abhängigkeit der inländischen Bedingungen der tariflichen Richtigkeitsgewähr anschaulich. So bietet

¹³⁰ Bundesarbeitsgericht, Beschl. v. 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, a.a.O.

¹³¹ Franzen, a.a.O., § 2 TVG Rn. 12 m.w.N..

¹³² Leitbeispiele liefern die Tarifverträge der Gewerkschaft GNBZ in der Branche der Briefzusteller (hierzu die durch Rücknahme der Rechtsbeschwerde beim Bundesarbeitsgericht inzwischen rechtskräftige Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln, Beschl. v. 20.05.2009 - 9 TaBV 105/08, in: AuR 2009, 316) und der CGZP in der Leiharbeitsbranche (hierzu die nicht rechtskräftige Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin, Beschl. v. 7.12.2009 – 23 TaBV 1016/09, in: AuR 2010, 172).

die Zahl der Mitglieder einer Gewerkschaft einen guten Anhaltspunkt, um die soziale Mächtigkeit einer Gewerkschaft im deutschen System kollektiver Arbeitsbeziehungen zu beurteilen. Dies gründet in dem besonderen Merkmal dieses Systems einer primären Tarifbindung kraft Mitgliedschaft (§ 3 TVG). Denn nur die Mitgliedschaft verschafft auch die unmittelbaren Vorteile aus dem erstrittenen Tarifvertrag und verpflichtet zur Teilnahme am Arbeitskampfgeschehen. In einem System hingegen, in dem die Tarifgeltung allein schon über die Tarifbindung des Arbeitgebers hergestellt ist, oder in dem Tarifverträge im Regelfall ohnehin allgemeinverbindlich sind, wird der Zusammenhang zwischen Mitgliederbestand und sozialer Mächtigkeit weit weniger stark sein. In solchen Systemen können unter Umständen auch mitgliederschwache Gewerkschaften durchaus hinreichenden sozialen Druck aufbauen. Insofern ist die Mitgliederzahl allenfalls als hinreichende, nicht aber als notwendige Bedingung und damit nur eingeschränkt tauglich, den Nachweis hinreichender sozialer Mächtigkeit einer ausländischen Gewerkschaft zu führen.

Ähnliches lässt sich vom Gesichtspunkt des organisatorischen Leistungsvermögens der Gewerkschaft sagen. Die Relevanz dieses Kriterium im inländischen Kontext erklärt sich ebenfalls vor dem Hintergrund der mitgliederschaftlich vermittelten Tarifgeltung im deutschen Tarifsysteem. Denn es ist der damit verknüpfte innergewerkschaftliche Willensbildungsprozess, der jene Leistungsfähigkeit verlangt. In anderen Systemen kollektiver Arbeitsbeziehungen, in denen Tarifgeltung nicht primär auf Mitgliedschaft basiert, können die Anforderungen insoweit geringer zu veranschlagen sein.

Insofern ist das Merkmal organisatorischer Stärke weder in seiner mitgliederschaftlichen noch in seiner organisatorischen Ausprägung kaum geeignet, um auch in anders strukturierten Systemen kollektiver Arbeitsbeziehungen Aufschluss über die soziale Mächtigkeit einer Gewerkschaft zu geben. Genauer gesagt – und hier zeigt sich das oben erörterte Grundproblem in konkreter Gestalt – liegt das Problem letztlich darin, dass der im inländischen Kontext entwickelte Begriff der sozialen Mächtigkeit in einem ausländischen Kontext zur Anwendung kommen soll, in dem es auf „soziale Mächtigkeit“ im inländischen Sinn nicht ankommt.

Aus alledem ist aber zu folgern, dass das Kriterium „sozialer Mächtigkeit“ in seiner kriteriologischen Ausbuchstabierung als Anforderung an EU-ausländische Tarifverträge zum Schutz von Arbeitnehmer und lauterem Wettbewerb nicht geeignet ist.

Vergleichbare Schwierigkeiten dürften bei den anderen aus den inländischen Bedingungen tariflicher Richtigkeitsgewähr abgeleiteten Anforderungen auftreten. Die Skizzierung eines weiteren Beispiels soll hier genügen: Die Paritätsvorstellungen des deutschen Rechts führen zu einer grundrechtlichen Verbürgung der Aussperrung.¹³³ Nur weil auch in den Kampfmitteln Parität herrscht, kann die Richtigkeitsvermutung des vor dem Hintergrund möglichen Arbeitskampfes geschlossenen Tarifvertrages greifen.

133 Bundesverfassungsgericht, Beschl. v. 26.1.1991 – 1 BvR 799/85, in: BVerfGE 84, 212-232.

Einige ausländische Rechtsordnungen kennen hingegen verfassungsrechtliche Aussperrungsverbote. Diese Entscheidung, für die die ausländische Rechtsordnung gute Gründe haben wird, stärkt naturgemäß die Gewerkschaften. Würde man Tarifverträge dieser Rechtsordnungen dem Kontrollmaßstab eines effektiven Arbeitskampfrechtes unterwerfen, müsste man ihnen die Anerkennung versagen. Im Ergebnis würde kuriöser Weise ausländischen Tarifverträgen, die inländische Standards unterbieten, deswegen die Anerkennung versagt, weil das ausländische Arbeitskampfrecht zu gewerkschaftsfreundlich ist. Auch das Kriterium eines nach deutschen Maßstäben effektiven Arbeitskampfrechts ist für den Schutz der Arbeitnehmer und des lautereren Wettbewerbs einfach nicht geeignet.

3.3.3.2 Fehlende Erforderlichkeit angesichts nicht willkürfreier Auswahl der Anforderungen

Erhebliche Zweifel bestehen auch an der Erforderlichkeit einer Gleichwertigkeitsprüfung anhand bestimmter Bedingungen tariflicher Richtigkeitsgewähr, weil die Auswahl der Bedingungen nicht frei von Willkür erscheint.

Der hier erörterte Ansatz verfährt letztlich so, dass er aus den bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen (effektives Arbeitskampfrecht) und den Wirksamkeitsbedingungen (Gegnerfreiheit, soziale Mächtigkeit) eines Tarifvertrages einige auswählt, die er maßgeblich für die inhaltliche Richtigkeitsgewähr eines Tarifvertrags präsentiert, um anschließend EU-ausländische Tarifverträge diesen Anforderungen zu unterwerfen. Dadurch wird zwar vermieden, den EU-ausländischen Tarifvertrag dem inländischen Tarifvertragsgesetz zu unterwerfen. Im Gegenzug aber haftet der Auswahl der vorgeschlagenen Anforderungen letztlich etwas Willkürliches an.

So soll das Merkmal der Gegnerfreiheit als maßgeblich für die Richtigkeitsvermutung herangezogen werden, nicht aber die Unabhängigkeit von Dritten.¹³⁴ Eine Begründung liegt nicht klar auf der Hand. Ebenso außen vor bleiben auch die Anforderungen innerorganisatorischer demokratischer Willensbildung, die Anerkennung des Arbeitskampfrechts vonseiten der Tarifparteien und deren Tarifwilligkeit.¹³⁵ Dabei haben all diese Anforderungen ihren guten Sinn in der Rechtfertigung der Geltung von Tarifverträgen als angemessene („richtige“) Regelungen von Arbeitsbedingungen überhaupt. Es wäre zu begründen, warum diese Anforderungen ausgespart werden können, wenn es nicht um tarifliche Geltung schlechthin, sondern um die normverdrängende Wirkung tarifvertraglicher Abreden geht. Es ist nicht ersichtlich, dass die Anforderungen an tarifliche Normen in diesem Zusammenhang insgesamt sinken könnten, und dass gerade diese und nicht jene Anforderungen relevant werden.

¹³⁴ Thüsing, a.a.O., 624 f..

¹³⁵ Zu diesen Anforderungen: Preis, a.a.O., § 90.

Sofern aber die Auswahl bestimmter aus einer Reihe möglicher inländischer Anforderungen zur Anwendung auf EU-ausländische Tarifverträge nicht gut begründen lässt, sondern nicht frei von einer gewissen Willkür erscheint, wird man im Rahmen der europarechtlichen Rechtfertigung die Erforderlichkeit dieser Anforderungen zum Schutz von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb in Abrede stellen müssen.

3.3.3.3 Ansatz an der Rechtsnormqualität tariflicher Regelungen

Die zweite Möglichkeit, die Reichweite des Gebots der Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge durch eine im Rahmen kollisionsrechtlicher Substitution gebotene Prüfung der Gleichwertigkeit in- und ausländischer Tarifverträge zu begrenzen, setzt an der durch § 4 Abs. 1 TVG verbürgten Rechtsnormqualität inländischer Tarifverträge an.

Unter dem Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit lässt sich mit Blick auf die Funktion des Arbeitnehmerschutzes argumentieren, dass Mindestbedingungen, die in Rechtsnormen oder in deutschen Tarifnormen mit Rechtsnormqualität festgelegt sind, nur durch Regelungen verdrängt werden dürfen, die ihrerseits wenigstens Rechtsnormcharakter haben.¹³⁶ Andernfalls würde nicht nur das materielle Schutzniveau abgesenkt, sondern der rechtliche Schutz des Arbeitnehmers würde an sich beseitigt.

In einer Gleichwertigkeitsprüfung im Hinblick auf die Rechtsnormqualität EU-ausländischer Tarifnormen liegt keine verdeckte Diskriminierung. Die gleiche Anforderung gilt im Inland. Auch hier gibt es Abreden zwischen Tarifvertragsparteien, die keine Rechtsnormqualität haben, etwa im Falle fehlender Tariffähigkeit der Gewerkschaft. Diese Abreden können gesetzliche und tarifliche Normen nicht verdrängen.¹³⁷

Als bloße Benachteiligung lässt sich die Anforderung der Rechtsnormqualität auf den Schutz der Arbeitnehmer stützen. Anders als im Falle des Ansatzes bei den Bedingungen der Richtigkeitsgewähr ist die Anforderung auch aussagekräftig und damit mit Blick auf den Arbeitnehmerschutz ein geeignetes Instrument. Denn es ist nicht zu leugnen, dass die Schutzposition des Arbeitnehmers durch den Rechtsnormcharakter qualitativ erhöht ist. Es ist unerheblich, dass ein anderes System kollektiver Arbeitsbeziehungen auf diesen Schutz bewusst verzichtet. Denn der Verzicht gründet sicherlich nicht im Arbeitnehmerschutz sondern in einer anderen Vorstellung von der Autonomie kollektiver Arbeitsbeziehungen.

Insofern ist der im Rahmen einer Gleichwertigkeitsprüfung in- und ausländischer Tarifabsprachen zu verfolgende Ansatz bei der Rechtsnormqualität ausländischer Tarifnormen überzeugend und tragfähig. Leider ist er praktisch nur von höchst einge-

¹³⁶ Thüsing, a.a.O., 626 f.; Zwanziger, a.a.O., 298; für den Fall der Leiharbeit: Jürgen Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl., 2006, § 9 Rn. 150.

¹³⁷ Volker Rieble/Steffen Klumpp, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2009, § 190 Rn. 26.

schränkter Relevanz. Er richtet sich letztlich ausschließlich gegen englische und irische Tarifverträge, denen die jeweilige Rechtsordnung keinen Normcharakter zuspricht. Doch die wesentlichen sozio-ökonomischen Gefälle bestehen aus deutscher Sicht nicht im Verhältnis zu Großbritannien oder Irland, sondern im Verhältnis zu den osteuropäischen Mitgliedstaaten.

3.3.4 Ergebnis

Die Ergebnisse der vorstehenden Erörterung der Auswirkungen des aus der Laval-Entscheidung abzuleitenden Gebots einer rechtlichen Gleichbehandlung in- und ausländischer Tarifverträge im deutschen Arbeitsrecht lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Das Gebot rechtlicher Gleichbehandlung inländischer und EU-ausländischer Tarifverträge gilt nicht nur für die streitgegenständliche schwedische Regelung, sondern ist aufgrund seiner durch Staatshaftungsansprüche abgesicherten präjudiziellen Wirkung auch für die hier erörterten Regelungen gesetzlicher oder allgemeinverbindlich-tariflicher Mindestarbeitsbedingungen.

Folglich ist überall dort, wo das deutsche Arbeitsrecht die Unterbietung von Mindestarbeitsbedingungen durch inländische Tarifverträge gestattet, nunmehr auch eine Unterbietung durch EU-ausländische Tarifverträge zuzulassen.

Einschränkungen dieses Grundsatzes sind letztlich nur sehr begrenzt möglich:

Die Gleichbehandlung EU-ausländischer Tarifverträge daran zu koppeln, dass sie annähernd dem inländischen Tarifniveau entsprechende Arbeitsbedingungen gewähren, scheidet schon aus praktischen Gründen aus. Denn die maßgebliche Bezugsgröße des inländischen Niveaus lässt sich nicht bestimmen.

Eine anhand von Art. 2, 20 GG vorzunehmende materielle Gerechtigkeitskontrolle des EU-ausländischen Tarifvertrages anhand einer (praktisch allein relevanten) inländischen Vergleichsgröße wäre zwar europarechtlich wohl zulässig. Im gleichfalls maßgeblichen kollisionsrechtlichen Zusammenhang, in den sich die Kontrolle als Form der Ausübung des *ordre public*-Vorbehalts einfügen müsste, wäre sie indessen kaum vertretbar.

Im Sonderfall der Leiharbeit ist die materielle Orientierung am Gleichbehandlungsgrundsatz nicht möglich, weil diese schon für inländische Leiharbeitsstarife nicht greift. Eine Änderung dieser Rechtslage ist auch nicht vor dem Hintergrund des jüngsten Inkrafttretens der europäischen Leiharbeitsrichtlinie zu erwarten.

Gleichfalls nicht tragfähig ist der Ansatz, EU-ausländischen Tarifverträgen einige der Rahmenbedingungen des deutschen Tarifrechts (etwa ein effektives Arbeitskampfrecht) oder einige Anforderungen an die Tarifparteien nach dem TVG (etwa die Geg-

nerfreiheit oder die soziale Mächtigkeit) entgegen zu halten. Solche Anforderungen sind mit europäischem Recht nicht vereinbar. Im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung als Grundfreiheitsbeschränkung unter Bezug auf den Schutz von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb führt ihre willkürlich anmutende Auswahl zur Verneinung ihrer Erforderlichkeit, ihre Einbettung in den Kontext des deutschen Systems kollektiver Arbeitsbeziehungen führt zur Verneinung ihrer Eignung als Mittel zum Schutz von Arbeitnehmern und lauterem Wettbewerb.

Gesichert gangbar scheint allein der Weg, EU-ausländische Tarifverträge dann zurückzuweisen, sofern ihnen die Qualität von Rechtsnormen fehlt. Da sich dieses Vorgehen allein gegen britische und irische Tarifverträge auswirken würde, hat es jedoch keine praktische Relevanz auf seiner Seite.

4 Handlungsperspektiven

Angesichts des vorstehenden Befundes, dass das in der *Laval*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes aufgestellte Gebot der Gleichbehandlung ausländischer Tarifverträge bis auf eine Ausnahme rechtlich nicht tragfähig eingeschränkt werden kann und diese Ausnahme nur praktisch irrelevant im Verhältnis zu britischen und irischen Tarifverträgen greift, ist abschließend die Frage aufzuwerfen, ob sich im nationalen Rahmen politische Handlungsmöglichkeiten angeben lassen, die dazu beitragen könnten, die durch die *Laval*-Entscheidung eröffneten Möglichkeiten, inländische gesetzliche oder allgemeinverbindliche Mindestarbeitsbedingungen zu verdrängen, zumindest partiell einzugrenzen.

Die sich abzeichnenden Handlungsmöglichkeiten sollen im Folgenden nur kurz angesprochen und nicht ausführlich entwickelt werden. Unterschieden wird zwischen gesetzgeberischen und autonom gewerkschaftlichen Ansätzen.

4.1 Gesetzgebungspolitik

Im Bereich der Gesetzgebungspolitik lassen sich die folgenden Empfehlungen unterbreiten:

- Zurückhaltung bei tarifdispositiven Vorschriften

Allgemein ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber künftig Vorsicht walten lassen sollte bei der Statuierung tarifdispositiver Normen. Sofern es um Normen geht, deren Anwendbarkeit auf Entsendearbeitsverhältnisse entweder beabsichtigt oder auch nur in Rede steht, sollte auf Tarifdispositivität grundsätzlich verzichtet werden.

- Insbesondere: Keine Tarifdispositivität von Mindestentgelten in der Leiharbeit

Diese Maßgabe gilt insbesondere im Zusammenhang mit Änderungen im Bereich des Leiharbeitsrechts, die gegenwärtig mit Blick auf das Inkrafttreten der vollen EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit im Verhältnis zu den neuen osteuropäischen Mitgliedstaaten zum 30. April 2011 diskutiert werden. Bis zu diesem Zeitpunkt benötigen Leiharbeiter aus den osteuropäischen Mitgliedstaaten noch eine deutsche Arbeitsgenehmigung, die ihnen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 der Arbeitsgenehmigungsverordnung (ArGV) zu versagen ist. Ab diesem Zeitpunkt ist mit einer verschärften ausländischen Konkurrenz im Leiharbeitssektor zu rechnen, die in erster Linie über Lohnkosten ausgetragen werden wird.

Diskutiert wird zum einen die Aufnahme der Leiharbeitsbranche in das AEntG. Diese Lösung ist an sich zu empfehlen. Denn im AEntG ist der Vorrang allgemeinverbindlich tariflicher und gesetzlicher Vorschriften vor unterbietenden Tarifverträgen festgeschrieben. Er greift darum auch bei ausländischen Tarifverträgen.

Sofern alternativ ein einheitlicher Mindestlohn für Leiharbeit im AÜG beziffert werden sollte, wie es insbesondere noch innerhalb der großen Koalition diskutiert wurde, wäre es wichtig, diesen Lohnsatz, der über § 2 Nr. 1 AEntG auch auf Entsendeleiharbeit Anwendung finden würde, nicht tarifdispositiv auszugestalten.

Die Effektivität beider Lösungen steht jedoch ihrerseits unter dem oben eingehend behandelten Vorbehalt¹³⁸, dass die entsprechenden gesetzlichen Regelungen ungeachtet ihrer Auswirkungen auf die grundgesetzlich garantierte Tarifautonomie auch weiterhin als verfassungskonform beurteilt werden.

- Einführung des Vorrangs allgemeinverbindlicher Tarifverträge vor ungünstigeren konkurrierenden Tarifverträgen und Klarstellung zur Einbeziehung von Entsendearbeit in den internationalen Anwendungsbereich allgemeinverbindlicher Entgelttarifnormen

An die Stelle des Spezialitätsprinzips zur Lösung der Konkurrenz von allgemeinverbindlichen und anderen Tarifverträgen, welches eine tarifvertragliche Unterschreitung allgemeinverbindlicher Mindestbedingungen auch durch inländische Tarifverträge ermöglicht, sollte der Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages treten, der freilich günstigere Abreden bestehen lassen sollte. Dieser Vorrang wäre in § 5 TVG zu regeln.

Darüber hinaus wäre darauf zu dringen, die nach Lage der Rechtsprechung weiterhin nicht abschließend geklärte Frage, inwieweit zumindest die Entgeltnormen in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen als Eingriffsnormen zu charakterisieren sind, die auch auf Entsendearbeit Anwendung finden müssen, durch gesetzgeberische Entscheidung zu klären. Diese Entscheidung könnte sich etwa in einer Änderung des AEntG nieder schlagen. § 2 AEntG wäre um die Vorgabe zu ergänzen wäre, dass die in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen enthaltenen Normen über das Arbeitsentgelt unabhängig von dem auf ein grenzüberschreitendes Arbeitsverhältnis anzuwenden Recht bei tatsächlicher Beschäftigung im Inland anzuwenden sind.

4.2 Gewerkschaftspolitik

Gewerkschaftliche Handlungsmöglichkeiten bestehen nur höchst begrenzt. Sie haben letztlich allesamt die Sicherung und Verbreitung des so genannten Arbeitsortsprinzips zum Gegenstand.

- Festschreibung des Arbeitsortsprinzips in Tarifverträgen im Bereich des AEntG, sowie in allen anderen potentiell allgemeinverbindlichen Tarifverträgen.

¹³⁸ Oben unter 3.2.1.5.

Die Festschreibung des Arbeitsortsprinzips in Tarifverträgen im Bereich des AEntG ist nur noch zur Beseitigung letzter Rechtsunsicherheit zu empfehlen.

Anders liegen die Dinge für allgemeinverbindliche Tarifverträge im Übrigen. Hier muss die aus dem Eingriffsnormcharakter der Entgelttarifnorm herzuleitende internationale Anwendbarkeit einhergehen mit der Einbeziehung von Entsendearbeit in den räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages. Die hier vertretene Einbeziehung von Entsendearbeit in den internationalen Anwendungsbereich tariflich-allgemeinverbindlicher Entgeltnormen entfaltet also nur dann Wirkung, wenn die Zuordnung zum räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages nach dem Willen der Tarifparteien nach dem Arbeitsortsprinzip an den Ort der tatsächlichen Arbeitsleistung anknüpft.

- Festschreibung des Arbeitsortsprinzips in Empfehlungen nach § 4 Abs. 4 MiArbG und § 12 Abs. 4 AEntG

Während die internationale Anwendbarkeit von Rechtsverordnungen nach § 4 MiArbG und § 12 AEntG auf Entsendearbeitsverhältnisse frei von Zweifeln ist, steht die Einbeziehung von Entsendearbeit in den sachrechtlichen räumlichen Geltungsbereich der Verordnung nicht mit letzter Sicherheit fest. Zur Beseitigung von Rechtsunsicherheiten empfiehlt es sich darum, bereits in den Festlegungen zum räumlichen Geltungsbereich von Mindestentgelten klarzustellen, dass bei der Zuordnung zum räumlichen Geltungsbereich nicht auf die Lage des (entsendenden) Betriebes sondern auf den Ort der tatsächlichen Arbeitsleistung abzustellen.

- Werbung für Arbeitsortprinzip oder spezielles Günstigkeitsprinzip bei europäischen Partnergewerkschaften in den Entsendestaaten

Vielversprechend erschiene es schließlich, bei den europäischen Partnergewerkschaften in den Entsendestaaten dafür zu werben, das Arbeitsortsprinzip auch in den eigenen Tarifverträgen zu verankern. Denn das würde dazu führen, dass entsandte Arbeitnehmer aus dem Geltungsbereich des heimischen Tarifvertrages herausfallen. Eine Verdrängung der inländischen Standards wäre dann nicht mehr gegeben.

Alternativ zum Arbeitsortsprinzip wäre die Formulierung eines Günstigkeitsprinzips denkbar, das auf die Kollision mit tarifdispositivem deutschem Arbeitsrecht zugeschnitten ist. Für die Umsetzung eines solchen Günstigkeitsprinzips müssen die eigenen Tarifnormen regeln, dass sie gegenüber im Entsendestaat greifenden und für den Arbeitnehmer günstigeren gesetzlichen oder tariflich-allgemeinverbindlichen Bedingungen zurücktreten. Auch auf diesem Wege würde die Tarifdispositivität hiesiger Normen nicht zum Zuge kommen.

Über die Hans-Böckler-Stiftung

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

Mitbestimmungsförderung und -beratung

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen oder Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)

Das Ziel des Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK) in der Hans-Böckler-Stiftung ist es, gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu erforschen und für die wirtschaftspolitische Beratung einzusetzen. Daneben stellt das IMK auf der Basis seiner Forschungs- und Beratungsarbeiten regelmäßig Konjunkturprognosen vor.

Forschungsförderung

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Mitbestimmung, Strukturpolitik, Arbeitsgesellschaft, Öffentlicher Sektor und Sozialstaat. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

Studienförderung

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

Öffentlichkeitsarbeit

Mit dem 14tägig erscheinenden Infodienst „Böckler Impuls“ begleitet die Stiftung die aktuellen politischen Debatten in den Themenfeldern Arbeit, Wirtschaft und Soziales. Das Magazin „Mitbestimmung“ und die „WSI-Mitteilungen“ informieren monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der Homepage www.boeckler.de bietet die Stiftung einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung

Hans-Böckler-Straße 39 Telefon: 02 11/77 78-0

40476 Düsseldorf

Telefax: 02 11/77 78-225

 www.boeckler.de

Hans **Böckler**
Stiftung 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

