

Anders liegt der Fall, wenn

- nur **einzelne Bestimmungen** des einschlägigen Tarifvertrags oder
- Bestimmungen eines **fremden Tarifvertrags**, sei es ganz, sei es teilweise übernommen werden. In diesem Falle fehlt die dem Tarifvertrag immanente Richtigkeitsgewähr, die sich auf die Gesamtheit von günstigen und belastenden Elementen eines in sich abgeschlossenen Tarifvertrags erstreckt.⁸⁸⁵ Das Gleiche gilt hinsichtlich der Übernahme fremder Tarifverträge, für die keine Vermutung spricht, dass Arbeitsverträge ganz anderen Zuschnitts angemessen geregelt werden.⁸⁸⁶ In beiden Fällen werden alle einzelvertraglich übernommene Tarifvertragsinhalte einer **Inhaltskontrolle** nach den allgemeinen Kriterien der §§ 307–309 BGB unterworfen. Dabei kann es z. B. unangemessen sein, wenn aus einem zusammengehörigen Paket von verkürzten Kündigungsfristen und verringerten Kündigungsfristen ein Element herausgenommen wird, das den AN dann ohne Kompensation benachteiligt. Hinsichtlich der **Einbeziehungskontrolle** ist zu beachten, dass Bezugnahmen auf »fremde« Tarifverträge bei einem für das konkrete Arbeitsverhältnis völlig entlegenen Sachverhalt oder bei unvermuteter Platzierung auch als überraschende Klausel i. S. des § 305c Abs. 1 BGB nicht zum Vertragsinhalt werden können (vgl. § 11 Rn. 177).⁸⁸⁷ Nicht überraschend ist aber jedenfalls für AN des öffentlichen Dienstes die Verweisung auf die dort einschlägigen Tarifwerke.⁸⁸⁸ Offen gelassen hat das BAG, ob die Inbezugnahme abgeschlossener Sachbereiche eines Tarifvertrages die Privilegierung rechtfertigt. Im konkreten Fall wurde das bejaht für den Fall, dass nur die für das konkrete Arbeitsverhältnis einschlägigen Sachabschnitte in Bezug genommen worden waren, so dass das Regelungsgefüge des Tarifvertrages nicht beeinträchtigt war.⁸⁸⁹

3. Betriebsvereinbarung

Eine Übernahme von Tarifnormen durch **Betriebsvereinbarung** ist überhaupt nur im Rahmen des § 77 Abs. 3 BetrVG möglich, d. h., sie wird für den überwiegenden Teil der möglichen Regelungsinhalte aufgrund dieser **Tarifsperre** (vgl. § 10 Rn. 86ff.) ausscheiden.⁸⁹⁰ Soweit einzelne Inhalte den Betriebsparteien überhaupt offen stehen (z. B. die Regelung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten), ist ihnen eine **dynamische Blankettverweisung** verwehrt. Sie dürfen nur durch eine statische Verweisung (vgl. Rn. 27) bestehende, konkrete Regelungen eines Tarifvertrages übernehmen; die vorherige Unterwerfung unter künftige Regelungen ist mit den Funktionen des Betriebsverfassungsrechts unvereinbar.⁸⁹¹

358

359

§ 9 Mindestlohn und Arbeitnehmer-Entsendegesetz

Inhaltsübersicht

I.	Allgemeines	1–6	4.	Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen	4, 4a
	1. Mindestlohnproblematik ...	1		5. Bindende Entgelt-Festsetzung für Heimarbeiter	5
	2. Allgemeinverbindlicherklärung aufgrund des Tarifvertragsgesetzes	2		6. »Lohnwucher« gemäß § 138 BGB	6
	3. Allgemeinverbindlicherklärung aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes	3	II.	Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz	7–24

885 *Däubler*, NZA 2006, Beilage 3, S. 133f.

886 Anders *Jacobs/Krause/Oetker*, § 6 Rn. 159, für eine Kontrolle schon der Bezugnahmeklausel selbst.

887 *S. Annuß*, DB 2006, 1333 [1336].

888 *BAG* 28. 6. 2007, AP BGB § 307 Nr. 27, m. Anm. *Deinert*.

889 *BAG* 6. 5. 2009, NZA-RR 2009, 593 [594].

890 Vgl. *Vetter*, DB 1991, 1833.

891 Vgl. *BAG* 23. 6. 1992, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 55; *LAG Hamburg* 7. 6. 1995, AuR 1996, 75; v. *Hoyningen-Huene*, DB 1994, 2096.

1. Entwicklung	7–10	c. Mindestarbeitsbedingungen, Generalunternehmerhaftung, Unterrichtungsrecht des BR, Kontrollbefugnisse	14–20
2. Wesentlicher Gesetzesinhalt .	11–24	d. Besonderheiten in der Pflegebranche	21–24
a. Fachlicher Geltungs- bereich	11–12c		
b. Persönlicher Geltungs- bereich	13		

I. Allgemeines

1. Mindestlohnproblematik

- 1 Die Arbeits- und Sozialverfassung Deutschlands kennt bezüglich geldwerter Arbeitsbedingungen, insbesondere der Höhe der Löhne und Gehälter im Grundsatz eine klare Aufgabenteilung. Deren Untergrenze soll durch die vom Gesetz mit »zwingender« Wirkung ausgestatteten Tarifverträge festgelegt werden (vgl. § 8). Wo solche nicht gelten, ist es Sache der Parteien des Einzelarbeitsvertrages, sich über die Entgelthöhe zu einigen. Das muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass die AG dies mit ihrer überlegenen Marktmacht dazu nutzen würden, untertarifliche Entgelte durchzusetzen. Im Gegenteil: Ohne hierzu durch den Tarifvertrag verpflichtet zu sein, leisten sie vielfach tarifliche Entgelte, insbesondere über die Vereinbarung von Verweisklauseln bzw. Bezugnahme Klauseln, dann allerdings um den AN keinen Anreiz zu liefern, in die Gewerkschaft einzutreten und damit um die Streikfähigkeit der Gewerkschaften zu schmälern. Es gibt aber auch nicht wenige Fälle, in denen AG sich strukturell keinem entsprechenden Druck ausgesetzt sehen. Dort können auf der Basis der individuellen Vertragsfreiheit **Entgelte vereinbart werden, von denen die Beschäftigten kaum leben können und die einen erheblichen Kostenvorteil gegenüber konkurrierenden Unternehmen ermöglichen**. Um dem sowohl aus sozialen Gründen als auch im Interesse angemessen bezahlender Konkurrenten, also zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit inländischer Unternehmen, entgegenzuwirken, kennt das deutsche Recht verschiedene Möglichkeiten, um auch für nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien zu einem »Mindestlohn« (so die gängige verkürzende Bezeichnung) zu kommen.

2. Allgemeinverbindlicherklärung aufgrund des Tarifvertragsgesetzes

- 2 Die klassische Möglichkeit, die Geltung eines Tarifvertrages auszudehnen, besteht in seiner Erklärung als »allgemeinverbindlich« aufgrund § 5 TVG (zu den Voraussetzungen vgl. § 8 Rn. 260ff.). Der Hauptanwendungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung ist die **Bauwirtschaft**, in der häufig wechselnde AG sowie die Witterungsabhängigkeit der Arbeitsverhältnisse und die Gefahr einer »Schmutzkonzurrenz« durch unorganisierte AG eine Allgemeinverbindlicherklärung erforderlich machen (vgl. § 8 Rn. 261).

3. Allgemeinverbindlicherklärung aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

- 3 Ursprünglich nur für den Bereich der Bauwirtschaft und im Hinblick auf die in dieser Branche häufig am Markt auftretenden ausländischen Unternehmen ist das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (vgl. Rn. 7ff.) geschaffen worden. Es dient jedoch mittlerweile als **Instrument zur Mindestlohnpolitik** in ausgewählten weiteren Branchen (vgl. Rn. 7ff.). Allerdings liegt in der Bauwirtschaft nach wie vor der Hauptanwendungsbereich des AEntG. Nach § 1 AEntG werden mit dem Gesetz folgende Ziele verfolgt:
- Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen
 - Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen
 - Erhalt sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung
 - Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie.

4. Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen

Das »Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen« vom 11.1.1952 (Mi-ArbG) in der durch Gesetz vom 22.4.2009 geänderten Fassung (BGBl. I S. 818) erlaubt die staatliche Festsetzung von Mindestlöhnen in Wirtschaftsbereichen, in denen AN zu schwach organisiert sind, um nach dem TVG für allgemeinverbindlich erklärare Tarifverträge auf den Weg zu bringen. Von ihm ist freilich seit seiner Schaffung noch nie Gebrauch gemacht worden. Das hatte seinen Grund bislang vornehmlich darin, dass das System der Flächentarifverträge – sei es unmittelbar, sei es durch einzelvertragliche Übernahme – die Arbeitsbedingungen der überwiegenden Zahl der AN doch abdecken konnte. Man wird sehen müssen, ob nach der **Änderung des MiArbG im Jahre 2009** vermehrt von den Regelungen des Gesetzes Gebrauch gemacht werden wird. Hervorzuheben bleibt, dass auch nach der Gesetzesänderung nicht die Arbeitsbedingungen insgesamt geregelt werden, sondern nach wie vor allein das Entgelt Gegenstand einer Regelung sein kann. Insoweit ist die Bezeichnung des MiArbG jedenfalls missverständlich.

4

Nach § 1 Abs. 2 MiArbG können Mindestentgelte in Wirtschaftszweigen festgesetzt werden, in denen die tarifgebundenen AG bundesweit weniger als 50 % der AN beschäftigen. Hierfür bestimmt das MiArbG ein bestimmtes **Verfahren**. Danach ist wesentliche Voraussetzung für die Festsetzung von Mindestentgelten in einem bestimmten Wirtschaftszweig, dass ein beim Bundesarbeitsministerium gebildeter Hauptausschuss, der drittelparitätisch zusammengesetzt ist (Regierungs-, Arbeitgeber- und Gewerkschaftsvertreter), feststellt, dass in einem Wirtschaftszweig soziale Verwerfungen vorliegen und deshalb Mindestentgelte festzusetzen sind (§§ 2, 3 Abs. 1 Satz 1 MiArbG). Die Höhe der Mindestentgelte selbst wird sodann durch sog. Fachausschüsse bestimmt (§ 4 Abs. 2 MiArbG). Den Beteiligten ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 7 MiArbG). Zu diesen gehören auch die AG der jeweiligen Branche. Dies ist als Reaktion des Gesetzgebers auf die die Unwirksamkeit der Postmindestlöhne feststellende Entscheidung des BVerwG zu werten. Das BVerwG hatte in seiner Entscheidung vor allem darauf abgestellt, dass die Wettbewerber der Post nicht vor Erlass der Mindestlöhne in der gebotenen Weise angehört wurden.¹ Sodann kann die Bundesregierung durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrats bedarf, die vom Fachausschuss festgestellten Mindestarbeitsentgelte erlassen (§ 4 Abs. 3 MiArbG). Die normative Wirkung der Rechtsverordnung für den jeweiligen Wirtschaftszweig regelt § 8 Abs. 1 MiArbG und entspricht der des TVG. Danach sind AG mit Sitz im In- oder im Ausland verpflichtet, ihren AN mindestens die in der Rechtsverordnung für den Beschäftigungsort vorgeschriebenen Mindestarbeitsentgelte zu gewähren. Das Kontroll- und Durchsetzungsinstrumentarium ist in den §§ 11 ff. MiArbG geregelt und entspricht im Wesentlichen den Bestimmungen des AEntG.

4a

5. Bindende Entgelt-Festsetzung für Heimarbeiter

Eine Mindestlohnregelung besonderer Art enthält das Heimarbeitsgesetz (zu den Einzelheiten vgl. § 125 Rn. 42 ff.)

5

6. »Lohnwucher« gemäß § 138 BGB

Unabhängig von jeder arbeitsrechtlichen Spezialgesetzgebung enthält das BGB mit seiner Generalklausel über sittenwidrige Geschäfte eine Regelung über die unterste Grenze jeder individuellen Entgeltregelung. Gemäß § 138 Abs. 2 BGB ist eine Entgeltregelung, die in »auffälligen Missverhältnis« zur Arbeitsleistung steht, als sittenwidriger »Lohnwucher« nichtig. Lohnwucher kann auch gemäß § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB strafbar sein. Bei Sittenwidrigkeit ist nach § 612 Abs. 2 BGB die »übliche Vergütung«, d.h. diejenige des vergleichbaren Wirtschaftskreises zu erbringen (also nicht nur die jeweils gerade noch zulässige niedrigste

6

¹ Vgl. BVerwG 28.1.2010 – 8 C 19.09, juris.

Vergütung). Maßgebend sind in der Regel die Tariflöhne des jeweiligen Wirtschaftszweiges, wenn der Tariflohn als solcher in der Branche üblich ist. Das BAG² und auch der BGH³ nehmen ein auffälliges Missverhältnis bei einer unter $\frac{2}{3}$ der üblichen Vergütung liegenden Vereinbarung an. Die Umstände des Einzelfalles können eine andere Wertung rechtfertigen. Der AG hat jedoch bei einer **das übliche Lohnniveau um mindestens $\frac{1}{3}$ unterschreitenden Vergütung** substantiiert darzulegen, weshalb im Einzelfall ein von den genannten Grundsätzen abweichender Maßstab gelten soll.⁴ Hervorzuheben sind auch die Möglichkeiten der ARGen zur Betreuung von Arbeitslosengeld II-Empfängern im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Lohnwucher. In drei Musterprozessen vor dem ArbG Stralsund hatte die ARGE rechtswidrig vorenthaltenen Lohn für in der Gastronomie beschäftigte Arbeitslosengeld II-Empfänger eingeklagt. Die Köche bzw. Restaurantfachleute erhielten Löhne von deutlich unter 3 Euro, teilweise nur 1,32 Euro/Std. Das ArbG Stralsund hielt dies zu Recht für Lohnwucher.⁵ Durch das Vorgehen der ARGE werden nicht nur die Interessen der Beschäftigten, sondern auch die der Steuer- und Beitragszahler verfolgt, wenn AG sich ihre Arbeitskräfte zu einem großen Teil von der öffentlichen Hand finanzieren lassen.

II. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz

1. Entwicklung

- 7 Anlass für das AEntG war die insbesondere im Baugewerbe vorzufindende Praxis, dass ausländische Anbieter mit grenzüberschreitend entsandtem Personal auftreten, das zu seinen in der Heimat geltenden Arbeitsbedingungen beschäftigt ist. Wegen der zum Teil gravierenden Unterschiede gegenüber den in Deutschland üblichen Arbeitsbedingungen kommt es zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der deutschen Unternehmen und AN.⁶ Zur europaweiten Lösung dieser Problematik hat die FU-Kommission nach mehreren Anläufen am 26.2.1996 eine **Entsenderichtlinie** beschlossen.⁷ Unabhängig davon war die nationale Gesetzgebung in Deutschland erfolgt, wobei sich zwei verschiedene Konzeptionen gegenüberstanden: Während der Regierungsentwurf (sowie der später gefundene Kompromiss) das Problem durch die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge löst, zielte der Bundesratsentwurf auf die gesetzliche Geltung der ortsüblichen Arbeitsbedingungen.⁸ Das Entsendegesetz wurde Anfang 1996 verabschiedet.⁹
- 8 Der vom Gesetzgeber gewählte Weg, die Möglichkeit der **Allgemeinverbindlicherklärung** zu nutzen, geriet bald an die Grenzen der zugrunde liegenden Konstruktion: Wegen des Einstimmigkeitserfordernisses im Tarifausschuss konnte der Arbeitgeberdachverband BDA die von ihm inzwischen politisch eingenommene Haltung zum permanenten Veto nutzen. Deshalb wurde mit Gesetz vom 19.12.1998¹⁰ die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung durch Verordnung des Arbeitsministers geschaffen (§ 1 Abs. 3a; vgl. hierzu näher § 8 Rn. 260ff.). Diese Regelung ist verfassungsgemäß.¹¹ Mit der »**VO über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe**« vom 25.8.1999¹² ist erstmals von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht worden. Mit ihr sind die Mindestlöhne aufgrund eines Tarifvertrages im Baugewerbe auf alle im fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages tätigen AN erstreckt worden. Mit Gesetz vom 25.4.2007¹³ ist das AEntG auf das Gebäudereinigerhandwerk und auf Montageleistungen auf Baustellen ausgedehnt worden. Ende 2007 wurde die Briefzustellung in das AEntG aufgenommen. Nach dem Bundestag stimmte am 13.2.2009 auch der

2 Vgl. BAG 22.4.2009, NZA 2009, 837ff.

3 Vgl. BGH, AP BGB § 138 Nr. 52; ebenso LAG Berlin, LAGE § 302 StGB Nr. 1.

4 Vgl. BAG 22.4.2009, a. a. o.

5 Vgl. ArbG Stralsund – 1 Ca 312/08 und 26.1.2010 – 4 Ca 166/09, jeweils juris.

6 Vgl. Hofmann, BArbBl. 4/95, 14.

7 Abgedruckt: EuZW 97, 623.

8 BT-Drucks. 13/2414; 13/2834.

9 Vgl. Hofmann, BArbBl. 4/95, 14; Kehrman/Spirolke, AiB 95, 621; Kittner, FAZ-Standpunkt 23.9.1995; Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370.

10 BGBl. I 3843.

11 Vgl. BVerfG, DB 2000, 1766.

12 Vgl. BGBl. I 1894.

13 Vgl. BGBl. I 576.

Bundesrat der Ausweitung des AEntG auf **sechs weitere Branchen** zu. Damit gilt das AEntG in seiner Fassung vom 24. 4. 2009¹⁴ nunmehr für folgende Branchen:

- Bauhauptgewerbe und Baunebengewerbe i. S. der Baubetriebsverordnung einschließlich Montageleistungen auf Baustellen
- Gebäudereinigung
- Briefdienstleistungen
- Sicherheitsdienstleistungen
- Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken
- Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft
- Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst
- Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Sozialgesetzbuch
- Pflegebranche i. S. von § 10 AEntG.

Am 1. 1. 2011 ist die 2. **Mindestlohn-VO für die Abfallwirtschaft** (einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst) in Kraft getreten. Sie folgt der ersten Mindestlohn-VO für die Branche, die am 31. 12. 2010 außer Kraft getreten ist. Der bundesweit verbindliche Mindeststundenlohn beträgt ab dem 1. 1. 2011 8,24 Euro und gilt bis zum 31. 8. 2011. Für das **Elektrohandwerk** ist der in der Branche geltende Mindestlohn-TV ab dem 1. 1. 2011 allgemeinverbindlich; damit wird der auslaufende und ebenfalls allgemeinverbindliche Vorgänger-TV abgelöst. Die Mindeststundenlöhne betragen ab dem 1. 1. 2011 8,40 Euro (neue Bundesländer einschl. Berlin) und 9,80 Euro (alte Bundesländer). Zu Beginn der Jahre 2012 und 2013 sind weitere Lohnerhöhungen vorgesehen. Die Allgemeinverbindlicherklärung des neuen Mindestlohn-TV ist bis zum 31. 12. 2013 befristet.

8a

Der *EuGH* hat den nationalen Gesetzgebern einen weiten Spielraum zur eigenen Gestaltung des Entsenderechts zugebilligt.¹⁵

9

Bereits kurze Zeit nach Geltung des Mindestlohn-Tarifvertrages ist deutlich geworden, dass mangels personeller Möglichkeiten der zuständigen Ämter seine durchgängige Einhaltung nicht zu gewährleisten ist.¹⁶ Eine beliebte Umgehungsvariante liegt dabei darin, dass die betroffenen ausländischen AN zum Schein als »Selbständige« auftreten¹⁷ (vgl. Rn. 13).

10

2. Wesentlicher Gesetzesinhalt

a. Fachlicher Geltungsbereich

Das AEntG regelt zunächst in § 2 bestimmte **Mindestarbeitsbedingungen**, die unabhängig davon anwendbar sind, ob das Arbeitsverhältnis deutschem Recht unterliegt. Es handelt sich also um eine Norm des internationalen Privatrechts. Für solche Arbeitsverhältnisse – in der Regel handelt es sich um Entsendesituationen – finden die durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften festgelegten Mindestarbeitsbedingungen Anwendung. Als Mindestarbeitsbedingungen gelten gemäß § 2 die Mindestentgeltsätze einschließlich der Überstundensätze, die Bestimmungen über den bezahlten Mindesturlaub, Höchstarbeitszeiten und Mindestruhezeiten, Arbeitnehmerüberlassungsbedingungen, Sicherheits- und Gesundheitsschutzbestimmungen, Bestimmungen zum Schutz besonderer Personengruppen sowie Antidiskriminierungsbestimmungen.

11

§ 3 AEntG erstreckt außerdem einzelne Teile der Mindestarbeitsbedingungen eines gemäß § 5 TVG für **allgemeinverbindlich erklärten und i. d. R. bundesweit geltenden Tarifvertrages** auch auf AN, für die kein deutsches Arbeitsrecht gilt (§ 1 AEntG). Auf diese Weise finden die entsprechenden Tarifverträge auf die einbezogenen Branchen (vgl. Rn. 8a) Anwendung. Gegenstand eines solchen Tarifvertrages können jedoch nur die in § 5 genannten Arbeitsbedingungen sein (Mindestentgeltsätze, Dauer des Erholungsurlaubs, Sozialkassenverfahren).

12

¹⁴ Vgl. BGBl. I 799.

¹⁵ Vgl. *EuGH*, AuR 2000, 32 mit Anm. *Blanke*, AuR 2000, 28; vgl. auch *EuGH*, NZA 2001, 554.

¹⁶ Vgl. NZA 1997, Heft 16, S. VII.

¹⁷ Eingehend *Mankowski*, BB 97, 465; vgl. auch *Däubler*, EuZW 1997, 613 [618]