

# Staatshilfe und Staatsintervention bei der Regelung der Arbeitsentgelte in Deutschland

Manfred LÖWISCH\*

## I. Vertragsautonomie als Grundlage

Seit der 1869 erlassenen Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, dem Vorläufer des Deutschen Reichs, ist in Deutschland die Vertragsfreiheit Grundlage auch der Regelung der Arbeitsbedingungen und damit des Arbeitsentgelts. Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben das Recht, Höhe und Kautelen des Arbeitsentgelts vertraglich festzulegen.

Ergänzt wird die Freiheit der Parteien des Arbeitsvertrags, im Prinzip ebenfalls seit 1869, durch die Tarifautonomie: Gewerkschaften auf der einen und Arbeitgeberverbände oder einzelne Arbeitgeber auf der anderen Seite haben das Recht, die Arbeitsentgelte, welche für ihre Mitglieder gelten sollen, in Tarifverträgen festzulegen.

Schließlich gewährt in Deutschland das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) Betriebsrat und Arbeitgeber in bestimmtem Rahmen Betriebsautonomie, die auch Arbeitsentgelte erfasst: Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG unterliegt die Lohngestaltung, also das im betreffenden Betrieb maßgebliche Lohnsystem und dessen Anwendung, der Mitbestimmung des Betriebsrats. Nach § 88 BetrVG kann auch die Höhe der Entgelte durch Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geregelt werden. Freilich gilt das nur insoweit, als eine Regelung nicht üblicherweise durch Tarifvertrag erfolgt (§ 77 Abs. 3 BetrVG).

## II. Staatshilfe

### 1. Arbeitsvertragliche Regelungen

#### a) Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis

Wie jeder privatrechtliche Vertrag, der Rechte und Pflichten der Vertragspartner festlegt, stellt auch der Arbeitsvertrag ein Schuldverhältnis im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB dar. Das hat zur Folge, dass die in ihm festgelegten Rechte und Pflichten **von Rechts wegen** und damit mit Hilfe des Staates durchgesetzt werden können.

#### b) Dispositives Recht

---

\* Rechtsanwalt und Professor für Arbeitsrecht Universität Freiburg (Deutschland).

Wie für jedes Vertragsverhältnis hält die Rechtsordnung auch für das Arbeitsverhältnis Regeln bereit, welche gelten, wenn die Parteien selbst keine Festlegung getroffen haben („dispositives Recht“): Der Arbeitsvertrag ist seinem Typ nach Dienstvertrag, so dass, soweit die Parteien eine Frage nicht selbst geregelt haben, die dispositiven Bestimmungen des **Dienstvertragsrechts** gelten. So gilt nach § 612 Absatz 1 BGB ein Entgelt als stillschweigend vereinbart, wenn die Arbeitsleistung den Umständen nach nur gegen ein Entgelt zu erwarten ist. Fehlt es an einer Bestimmung der Höhe des Entgelts, ist nach § 612 Absatz 2 BGB das übliche Entgelt als vereinbart anzusehen. Nach § 614 BGB wird der Entgeltanspruch nachträglich fällig, wenn nichts anderes bestimmt ist. Und nach § 615 BGB muss der Arbeitgeber mangels anderer Vereinbarung das Entgelt auch zahlen, wenn er die Arbeitsleistung nicht annimmt oder auch nicht annehmen kann.

Als Schuldvertrag unterliegt der Arbeitsvertrag auch den Regeln des **allgemeinen Schuldrechts**. So können Arbeitnehmer nach § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, wenn der Arbeitgeber mit der Zahlung des Entgelts in Verzug ist. Sie haben in diesem Fall nach §§ 286, 288 BGB Anspruch auf Verzugszinsen. Nach den §§ 387 ff BGB kann das Entgelt Gegenstand der Aufrechnung sein und nach den §§ 398 ff BGB kann es abgetreten werden.

#### c) Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Seit der am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Reform des Schuldrechts gilt in Deutschland auch für den Arbeitsvertrag das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zwar sind dabei nach § 310 Abs. 4 BGB die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu berücksichtigen. Doch hat sich inzwischen eine reiche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelt, die allgemein formulierten Bestimmungen der Arbeitsverträge Grenzen zieht.

Zwar betrifft das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht die Hauptleistungspflichten und damit auch nicht Inhalt und Umfang des Arbeitsentgelts. Doch werden Nebenleistungen wie Gratifikationen und Leistungen der betrieblichen Altersversorgung auf diese Weise kontrolliert. Das gilt etwa für Vertragsstrafen und für Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte, aber auch für Klauseln, nach denen Teile des Entgelts zurückzuzahlen sind, wenn der Arbeitnehmer vor einem bestimmten Stichtag aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

#### d) Leistungsbestimmung

Die §§ 315 ff BGB sehen die Möglichkeit vor, dass die Vertragsparteien die Bestimmungen einer Leistung einem von ihnen oder einem Dritten überlassen. Das gilt auch für das Arbeitsentgelt. Gelöst werden auf diese Weise insbesondere Fälle, in denen es an einer üblichen Vergütung fehlt, welche nach dem oben zitierten § 612 Absatz 2 BGB die von den Arbeitsvertragsparteien offen gelassene Lücke hinsichtlich des Arbeitsentgelts füllen kann.

#### e) Streitschlichtung

In Deutschland gilt seit dem 26. Juli 2012 das Gesetz zur Förderung der Mediation und

anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (**Mediationsgesetz**)<sup>1)</sup>. Das dort vorgesehene, dem japanischen Alternative Dispute Resolution System vergleichbare, Mediationsverfahren ist nicht auf die Lösung von Rechtsstreitigkeiten beschränkt, sondern gilt **allgemein für die Beilegung von Konflikten**. Dazu ist durchaus auch der Konflikt über die Angemessenheit des vereinbarten Arbeitsentgelts zu zählen. Steht der Arbeitnehmer auf dem Standpunkt, angesichts der Veränderung der Lebensverhältnisse, insbesondere einer eingetretenen Geldentwertung oder auch einer allgemeinen Steigerung der Einkommen, sei das vereinbarte Arbeitsentgelt nicht mehr angemessen, kann er den Versuch machen, diesen Konflikt ohne ein rechtliches Vorgehen, insbesondere eine Änderungskündigung, in einem Mediationsverfahren zu klären. Zwar kann dieses Verfahren nur zustande kommen, wenn auch der Arbeitgeber sich zu ihm bereit erklärt. Aber das liegt durchaus im Bereich des Möglichen. Denn auch der Arbeitgeber kann daran interessiert sein, den Konflikt nach objektiven Gesichtspunkten zu klären, um einer möglichen, sich negativ auf die Leistung auswirkenden, Unzufriedenheit des Arbeitnehmers vorzubeugen. Oft wird er sogar bereit sein, die Kosten der Mediation zu übernehmen.

Umgekehrt kann man sich vorstellen, dass Arbeitgeber in einer Krise ihres Unternehmens versuchen, über das Mediationsverfahren das Einverständnis ihrer Arbeitnehmer zu einer vorübergehenden Senkung ihrer Entgelte zu erlangen. Möglicherweise entgehen sie so der umstrittenen vom BAG entwickelten Tarifbruchunterlassungsklage, mit der eine Gewerkschaft tarifwidrige betriebliche Regelungen („betriebliches Bündnis für Arbeit“) bekämpfen kann<sup>2)</sup>. Denn die Senkung der Entgelte wird dann unter Vermittlung des Mediators ohne Einschaltung des Betriebsrats direkt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern vereinbart, so dass ausschließlich die Ebene des Arbeitsvertrags betroffen ist.

#### f) Streitentscheidung

Kommt es über das Arbeitsentgelt zum Rechtsstreit, sind in Deutschland die besonderen Arbeitsgerichte zur Entscheidung berufen. Bemerkenswert ist, dass das deutsche Arbeitsgerichtsgesetz die Übertragung der Entscheidung auf ein **Schiedsgericht grundsätzlich ausschließt**. Nur im Bereich des Bühnenwesens und der Seeschifffahrt kann durch Tarifvertrag ein schiedsrichterliches Verfahren vorgesehen werden (§ 4 i.V.m. § 101 Abs. 2 Arbeitsgerichtsgesetz).

Dieser Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit wird durch das neue Mediationsgesetz relativiert: Die Parteien sind nicht mehr auf die Vermittlung des Vorsitzenden des Arbeitsgerichts in den vom Arbeitsgerichtsgesetz vorgesehenen Güterverfahren beschränkt. Vielmehr können sie sich für die Einschaltung eines Mediators entscheiden, mit dessen Hilfe

---

1) Gesetz vom 25. Juli 2012, BGBl I 2012, 1577. Überblick über den Inhalt bei *Düwell*, Mediation endlich gesetzlich geregelt, BB 2012, 1921 und *Löwisch*, Mediation in Regelungsstreitigkeiten, BB 2012, 3073.

2) Zuletzt BAG vom 17. Mai 2011, 1 AZR 473/09, EzA Art. 9 GG Nr. 105 mit Anmerkung *Löwisch/Krauss*.

sie eine dann auch rechtsverbindliche Lösung ihres Rechtsstreits vereinbaren können.

Zudem hat das Mediationsgesetz in das Arbeitsgerichtsgesetz zusätzlich Bestimmungen eingefügt, nach denen der zuständige Richter die Parteien für die Güteverhandlungen an einen besonderen „Güterichter“ verweisen oder ihnen eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung vorschlagen kann.<sup>3)</sup>

## 2. Tarifliche Regelung

### a) Rechtsdurchsetzung

Die schon erwähnte Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund hatte noch bestimmt, dass aus Tarifverträgen „keine Klage oder Einrede“ stattfinde. Diese Rechtslage hat sich nach dem ersten Weltkrieg geändert. Seit der Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918<sup>4)</sup> sind auch Tarifverträge rechtsverbindlich. Zudem gilt, dass die in ihnen vereinbarten Arbeitsbedingungen unmittelbar und zwingend für die beiderseits tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten. § 3 Tarifvertragsgesetz fasst das heute in die Worte „Der Tarifvertrag regelt die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können“.

### b) Allgemeinverbindlicherklärung

Nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes können auf Antrag einer oder beider Tarifvertragsparteien Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden und erstrecken sich dann auf alle in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitsverhältnisse ohne Rücksicht auf die Mitgliedschaft der Arbeitnehmer in der tarifschließenden Gewerkschaft und des Arbeitgebers im tarifschließenden Arbeitgeberverband.

### c) Arbeitskampf und Schlichtung

Hilfe beim Zustandekommen von Tarifverträgen leistet der Staat in Deutschland zunächst dadurch, dass er die kampfwise Auseinandersetzung durch das **Arbeitskampfrecht** kanalisiert. Zwar nicht der Gesetzgeber, wohl aber die Arbeitsgerichte, insbesondere das Bundesarbeitsgericht anerkennen die aus der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz folgende Befugnis von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, mit Hilfe von Streiks und Aussperrungen tarifliche Forderungen durchzusetzen und abzuwehren. Sie sind dabei aber nicht stehen geblieben, sondern haben Richtlinien für solche kampfwise Auseinandersetzungen entwickelt, deren Ziel es ist, für Parität im Arbeitskampf und damit für ausgewogene Tarifregelungen, insbesondere auch bei den Arbeitsentgelten zu sorgen.

Der dem Arbeitskampf vielfach vorgeschaltete Versuch einer friedlichen Lösung von Tarifkonflikten durch **Schlichtung** beruht in Deutschland fast ausschließlich auf zwischen

---

3) Allgemein hierzu: J.M. von Barga, *Gerichtsinterne Mediation – Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht Band 57, 2008; besprochen ist das Buch in *Journal of Japanese Arbitration and ADR*, Vol. 6, S. 67ff.

4) RGBl 1918, 1456.

Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden getroffenen Vereinbarungen.<sup>5)</sup> Staatshilfe wird dabei nur indirekt dadurch in Anspruch genommen, dass Politiker, insbesondere ehemalige Angehörige der Bundesregierung oder einer Landesregierung, zu Schlichtern berufen werden.

Das bestehende staatliche Schlichtungsrecht in Gestalt des 1946 noch vom Kontrollrat der alliierten Besatzungsmächte erlassenen Gesetzes Nr. 35<sup>6)</sup> hat nur geringe Bedeutung. Gleiches gilt für die im Regierungsbezirk Südbaden des Bundeslandes Baden-Württemberg, also gerade auch für Freiburg, geltende badischen Landesschlichtungsordnung.<sup>7)</sup>

Es ist nicht ausgeschlossen, dass das schon erwähnte **Mediationsgesetz** künftig auch in Tarifkonflikten gebraucht wird. Sein Anwendungsbereich beschränkt sich nicht auf Individualkonflikte. Vielmehr spricht es allgemein von Parteien, die im Wege der Mediation einen zwischen ihnen bestehenden Konflikt lösen. Dies kann auch der kollektive Konflikt, insbesondere über Arbeitsentgelte, zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden oder einzelnen Arbeitgebern sein<sup>8)</sup>. Attraktivität kann dabei der Umstand auslösen, dass der Mediator nach dem Mediationsgesetz in einem gesetzlich geregelten Rechtsverhältnis zu den Parteien steht und ihm insbesondere nach § 4 eine Verschwiegenheitspflicht obliegt. Besonders bei Haustarifverträgen oder Tarifverträgen kleinerer Gewerkschaften liegt es nicht fern, sich eines Mediators zu bedienen. Das kann vor allem in der Zukunft gelten, wenn sich ein entsprechender Berufsstand herausgebildet hat, insbesondere das Berufsbild des zertifizierten Mediators, der eine bestimmte Ausbildung vorweisen kann, etabliert ist.

### 3. Betriebliche Regelungen

#### a) Rechtsdurchsetzung

Soweit Arbeitsentgelte der betrieblichen Regelung unterliegen (dazu oben I), werden diese auch von Rechts wegen durchgesetzt: § 77 Abs. 4 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz bestimmt, dass auch Betriebsvereinbarungen unmittelbar und zwingend gelten.

#### b) Konfliktlösung über die Einigungsstelle

Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat in einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit nicht einigen, tritt in Deutschland eine Einigungsstelle mit einem neutralen Vorsitzenden in Funktion, welche den Konflikt entscheidet. Es handelt sich nicht um Rechtsstreitigkeiten sondern um Regelungsstreitigkeiten: Es soll die angemessene Lösung insbesondere auch in Fragen des Arbeitsentgelts gefunden werden. Staatshilfe wird dabei insofern geleistet, als dann, wenn sich Betriebsrat und Arbeitgeber nicht auf einen

---

5) Dazu *Löwisch*, Richten und Schlichten von Arbeitsstreitigkeiten in Deutschland, in: Kroeschell (Hrsg.), Recht und Verfahren, Symposium der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka, 1993, S. 205 ff.

6) Kontrollratsgesetz Nr. 35 betreffend Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten vom 20. August 1946, ABI KR 174.

7) Landesgesetz über das Schlichtungswesen bei Arbeitsstreitigkeiten (Landesschlichtungsordnung) vom 19. Oktober 1949, Bad. GVBl 1995, 60.

8) *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn 1111.

Vorsitzenden der Einigungsstelle einigen können, dieser vom Arbeitsgericht bestellt wird.<sup>9)</sup>

Ob das Mediationsgesetz in betrieblichen Konflikten Wirkung entfalten kann, ist zweifelhaft. Dem Betriebsrat kommt Parteifähigkeit nur zu, soweit sie ihm vom Gesetz verliehen ist. Das ist zwar im BetrVG und im Arbeitsgerichtsgesetz geschehen, nicht aber im Mediationsgesetz. Es lässt sich deshalb der Standpunkt vertreten, der Gesetzgeber wolle es bei der Einigungsstelle als Konfliktlösungsorgan belassen.<sup>10)</sup>

### III. Staatsintervention

#### 1. Zwingendes Recht

Die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Individualvertrag wie durch Kollektivvertrag unterliegt den Grenzen des zwingenden staatlichen Rechts. Dabei geht es zunächst um die allgemeinen von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen. **Hungerlöhne sind sittenwidrig** und damit als „Lohnwucher“ nach § 138 Absatz 2 BGB nichtig; an ihre Stelle treten die üblichen Entgelte. Die Sittenwidrigkeit entnimmt die Rechtsprechung einem Vergleich: Unterschreitet das vereinbarte Arbeitsentgelt das übliche Arbeitsentgelt um mehr als ein Drittel, nimmt sie Sittenwidrigkeit an. So hat das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern gerade ein Monatseinkommen von 100 Euro für die sich auf 14,9 Wochenstunden erstreckende Servicetätigkeit in einem Schönheitssalon für sittenwidrig erklärt.<sup>11)</sup> Extrem niedrigen üblichen Entgelten zieht § 138 BGB freilich keine Grenze.

Ob auch **zu hohe Entgelte** nach § 138 Absatz 1 BGB dann sittenwidrig sein können, wenn sie das Allgemeinwohl tangieren, etwa negative Auswirkungen auf die Stabilität der Banken haben, ist in Deutschland noch nicht erörtert worden. Vorerst begnügt man sich mit den unter 5 noch zu behandelnden staatlichen Eingriffsbefugnissen.

Große praktische Bedeutung hat heute die staatliche Reglementierung von Entgelten durch **Diskriminierungsverbote**. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verbietet auch im Hinblick auf Arbeitsentgelte die unterschiedliche Behandlung wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. § 4 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes verbietet die Diskriminierung des Teilzeitarbeitnehmers gegenüber dem Vollzeitarbeitnehmer und des befristet beschäftigten Arbeitnehmers gegenüber dem unbefristet Beschäftigten.

Besondere Bedeutung gewinnt dabei in letzter Zeit das – relativ neue – Verbot der Diskriminierung **wegen des Alters**. In Deutschland mussten in den vergangenen Jahren alle tariflichen Entgeltsysteme umgestellt werden, die eine Steigerung der Entgelte nach

---

9) Siehe näher *Löwisch* in Kroeschell aaO S. 211 ff.

10) Vgl. Arbeitsgericht Bochum vom 9. September 2005, 4 BV 49/05, Arbeitsrechtliche Entscheidung (AE) 2006, 202, welches Anträge des Betriebsrats auf Übernahme der Kosten einer Schulung in Mediation abgelehnt hat, weil „die Einführung eines weiteren Konfliktlösungsverfahrens in das betriebliche Geschehen unnötig“ sei; gegen diese Entscheidung *Löwisch* aaO BB 2012, 3074.

11) AG Mecklenburg-Vorpommern vom 17. April 2012, 5 Sa 194/11, juris.

Lebensaltersstufen vorsahen. Das hat insbesondere im öffentlichen Dienst erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Erst Urteile des Bundesarbeitsgerichts vom 10. November 2011 und vom 5. Dezember 2011 haben Antwort auf die wichtigsten Fragen gegeben.<sup>12)</sup> Nach dem ersten Urteil dürfen Tarifverträge, die in ein diskriminierungsfreies System überleiten, den Besitzstand älterer Arbeitnehmer aufrechterhalten. Nach dem zweiten Urteil gilt, solange kein Überleitungstarifvertrag geschlossen ist, das Entgelt der höchsten Lebensaltersstufe für alle Arbeitnehmer („Angleichung nach oben“) – eine sehr problematische Entscheidung.<sup>13)</sup>

## 2. Equal Pay in der Leiharbeit

Das deutsche Arbeitnehmerüberlassungsgesetz legt, einer entsprechenden Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft folgend, für die Leiharbeit den Equal Pay-Grundsatz fest. Er bedeutet, dass Leiharbeitnehmer grundsätzlich mindestens das gleiche Entgelt erhalten müssen wie vergleichbare, im selben Betrieb tätige Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann nur durch Tarifvertrag festgelegt werden. Auch ein solcher darf aber die besonderen staatlich festgesetzten Mindeststundenentgelte für die Leiharbeit (unten 4a) nicht unterschreiten.

## 3. Tariftreue im Vergaberecht

Eine Reihe von Bundesländern hat in ihre Vergabegesetze für öffentliche Aufträge im Bauwesen und im Personennahverkehr Tariftreue-Regelungen aufgenommen. Mit ihnen soll erreicht werden, dass die beauftragten Unternehmen die am Ort der Werk- oder Dienstleistung geltenden Tarifverträge, insbesondere auch in Fragen des Arbeitsentgelts, einhalten. Diesen Regelungen hat der Europäische Gerichtshof in der so genannten Ruffert-Entscheidung<sup>14)</sup> eine einschneidende Grenze gezogen. Er entnimmt der Dienstleistungsfreiheit des Artikels 56 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in Verbindung mit der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen („Entsenderichtlinie“)<sup>15)</sup>, dass solche Bestimmungen nur zulässig sind, soweit ein allgemeinverbindlicher für die ganze Branche geltender Mindestlohn besteht, so dass alle in Wettbewerb stehenden Unternehmer der gleichen Bindung unterliegen. Wirkung entfalten die Gesetze also nur im Bereich solcher allgemeinverbindlicher Mindestlohnregelungen, wie sie insbesondere in der Bauindustrie bestehen. Ein Abstellen auf bloß repräsentative Entgelttarifverträge ist nicht möglich.<sup>16)</sup>

---

12) BAG vom 10. November 2011, 6 AZR 148/09 und vom 8. Dezember 2011, 6 AZR 319/09, beide Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 12 zu § 27 BAT.

13) Kritisch dazu *Löwisch/Pieper*, Anmerkung zu der Entscheidung AP aaO.

14) EuGH vom 3.4.2008, C-346/06, NZA 2008, 537.

15) ABl. 1997 Nr. L. 18 S. 1

16) Vgl. zur Problematik im Einzelnen *Löwisch/Rieble* aaO, § 5 Rn 267 ff.



#### 4. Mindestlöhne

##### a) Zwingende Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)

Das an die Stelle des früheren Arbeitnehmer-Entsendegesetzes von 1996 getretene Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vom 20. April 2009 schafft für bestimmte Branchen, nämlich das Bauhauptgewerbe und das Baunebengewerbe, die Gebäudereinigung, die Briefdienstleistungen, die Sicherheitsdienstleistungen (Gebäudebewachung, Ordnung bei Großveranstaltungen und ähnliches), die Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, die Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft (gewerbsmäßiges Waschen von Textilien der Kunden), die Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst und die Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Sozialgesetzbuch II und dem Sozialgesetzbuch III die Möglichkeit, Tarifverträge über Entgelte **durch Rechtsverordnung** des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales für allgemeinverbindlich zu erklären.

Ergänzt wird diese Möglichkeit durch eine Sonderbestimmung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, welche die verbindliche Festsetzung einer Lohnuntergrenze durch Rechtsverordnung ermöglicht. Eine solche Rechtsverordnung setzt einen entsprechenden Vorschlag von Tarifvertragsparteien voraus, die Mindeststundenentgelte für die Leiharbeit vereinbart haben.

Diese staatliche Festsetzung von Arbeitsentgelten löst sich insofern von den Voraussetzungen einer nach dem Tarifvertragsgesetz schon immer möglichen Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, als es auf die in § 5 des Tarifvertragsgesetzes an sich vorausgesetzte Zustimmung des Tarifausschusses der Spitzenorganisationen letztlich nicht ankommt. Nicht erforderlich ist auch, dass schon 50 Prozent der unter dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind. Vielmehr genügt Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien. Schließlich gehen die Bestimmungen davon aus, dass in der Konkurrenz mit abweichenden Tarifverträgen die durch die Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärten den Vorrang haben (§ 8 Abs. 2 AEntG). Vorausgesetzt ist freilich, dass der Tarifvertrag, der durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärt werden soll, **bundesweit** gilt, weil sonst wiederum die Niederlassungsfreiheit nach Art. 56 AEUV verletzt wäre.

Eine Sonderregelung besteht in der Pflegebranche (Krankenpflege, Altenpflege, Behindertenpflege), in der in Deutschland vor allem kirchliche Einrichtungen tätig sind. Hier kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die von einer Kommission vorgeschlagenen Arbeitsbedingungen über Mindestentgelte auf alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstrecken, die unter den Geltungsbereich des Vorschlags fallen. Auch diese Regelungen müssen bundesweit gelten.<sup>17)</sup>

---

17) Vgl. zu den Einzelheiten *Löwisch/Rieble* aaO, § 5 Rn 103 f.



#### b) Gesetzliche Mindestlöhne

Einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn, wie in vielen anderen europäischen Ländern, gibt es in Deutschland bislang nicht. Man geht davon aus, dass die Allgemeinverbindlicherklärungen nach dem Arbeitnehmerentwengesetz genügen, um in den Branchen, in denen zu niedrige Entgelte gezahlt werden, für ausreichende Mindestentgelte zu sorgen. Auch besteht in Gestalt des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen die Möglichkeit, dort, wo keine Tarifverträge bestehen, die für allgemeinverbindlich erklärt werden könnten oder wo solche Tarifverträge zu geringe Entgelte vorsehen, wiederum durch Rechtsverordnung Mindestentgelte staatlich festzusetzen. Von dieser Möglichkeit ist aber bislang noch nicht Gebrauch gemacht worden.

### 5. Höchstlöhne bei Banken und Versicherungen

Die Bankenkrise der vergangenen Jahre in Europa hat die Aufmerksamkeit darauf gelenkt, dass Banken und Versicherungen teilweise sehr hohe, angesichts der wirtschaftlichen Lage der Institute nicht gerechtfertigt erscheinende, Entgelte („Boni“) zahlen. Das hat in Europa die Institutionen der Europäischen Union und die nationalen Gesetzgeber auf den Plan gerufen. Europäisches Parlament und Rat haben am 24. November 2010 die Richtlinie 2010/76/EU erlassen.<sup>18)</sup> Sie hat in den Anhang V der Richtlinie 2006/48/EG über die Aufnahme und Tätigkeit der Kreditinstitute einen Abschnitt über die Vergütungspolitik eingefügt. Dieser bestimmt in seiner deutschen Fassung unter lit. q:

„Die variable Vergütung, einschließlich des zurückgestellten Anteils (das ist der Anteil, der ohnehin erst später ausgezahlt werden soll), wird nur dann ausgezahlt oder erdient (das heißt: durch die entsprechende Arbeitsleistung verdient), wenn sie angesichts der Finanzlage des Kreditinstituts in seiner Gesamtheit tragbar ist und nach der Leistung des Kreditinstituts, des betreffenden Geschäftsbereichs und der betreffenden Person gerechtfertigt erscheint“.

Eine schwache oder negative finanzielle Leistung des Kreditinstituts führt ungeachtet<sup>19)</sup> der allgemeinen Grundsätze des nationalen Vertrags- und Arbeitsrechts allgemein zu einer erheblichen Absenkung der gesamten variablen Vergütung, wobei sowohl laufende Vergütungen als auch Verringerungen der Auszahlungen von zuvor erwirtschafteten Beträgen – auch durch Malus- oder Rückforderungsvereinbarungen – in Betracht gezogen werden“.

Deutschland hat diese Vorgaben durch Änderung des Kreditwesengesetzes und des Versicherungsaufsichtsgesetzes umgesetzt.

So ermächtigt § 25a Abs. 5 des Kreditwesengesetzes das Bundesministerium der Finanzen, durch Rechtsverordnung im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank nähere Bestimmungen über die Ausgestaltung der Vergütungssysteme und die Überwachung der

---

18) Amtsblatt L. 329 vom 14.12.2010.

19) gemeint wohl „unbeschadet“

Angemessenheit und Transparenz der Vergütungssysteme zu erlassen. Von dieser Ermächtigung ist alsbald durch die so genannte Instituts-Vergütungsverordnung vom 6.10.2010 Gebrauch gemacht worden.<sup>20)</sup> Sie legt allgemeine Anforderungen an Vergütungssysteme von Banken fest. Diese setzen insbesondere variablen Vergütungen, welche an das Erreichen von Vertragsabschlüssen geknüpft werden, Grenzen. Auch fordern sie eine Offenlegung der Vergütungssysteme.

Noch weiter geht § 45 des Kreditwesengesetzes. Dieser ermächtigt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen zu Maßnahmen zur Verbesserung der Eigenmittelausstattung und Liquidität von Kreditinstituten, wenn deren Vermögens-, Finanz- oder Ertragsentwicklung die Annahme rechtfertigt, dass die gesetzlichen Anforderungen an die Eigenmittelausstattung und die Liquidität nicht erfüllt werden. Zu den möglichen Maßnahmen zählt die Untersagung oder Beschränkung der Auszahlung variabler Vergütungsanteile. Die Bundesanstalt kann sogar anordnen, dass die Ansprüche auf Gewährung variabler Vergütung ganz oder teilweise erlöschen, wenn die Institute innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren nach der Untersagung der Auszahlung finanzielle Leistungen des Restrukturierungsfonds oder des Finanzmarktstabilisierungsfonds in Anspruch nehmen und davon auszugehen ist, dass die Ansprüche auf Gewährung variabler Vergütung Anreize setzen, die einer nachhaltigen Geschäftspolitik des Instituts entgegenstehen. Gleiches gilt, wenn die variablen Vergütungen ohne die finanziellen Leistungen des Restrukturierungsfonds oder des Finanzmarktstabilisierungsfonds überhaupt nicht hätten gezahlt werden können.

Vor allem die Befugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen nach § 45 des Kreditwesengesetzes werfen Fragen der **Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz** auf. Dessen Artikel 12 garantiert mit der Berufsfreiheit auch die Arbeitsvertragsfreiheit. In diese wird durch solche Regelungen gravierend eingegriffen. Den Arbeitnehmern wird ein wesentliches Instrument zu freier und erfolgreicher Lebensgestaltung, nämlich die Vereinbarung einer ihnen angemessen erscheinenden Vergütung genommen. Gelingt ihnen eine Vereinbarung, steht diese nur auf dem Papier, weil sie aus ihr keine Rechte herleiten können. Gegebenenfalls sollen sie sogar das Erlöschen ihrer Ansprüche hinnehmen müssen, obwohl es sich bei variablen Vergütungen, soweit die entsprechende Arbeit geleistet ist, um erdientes Arbeitsentgelt handelt.<sup>21)</sup> Gerechtfertigt werden können diese Eingriffe nur mit der Erwägung, dass zu den mit Verfassungsrang ausgestatteten Gemeinwohlbelangen auch die aus Artikel 109 Abs. 2 Grundgesetz ergebende Pflicht des Staates zählt, im Rahmen seiner Verpflichtung zur Wahrung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts für Stabilität der Finanzmärkte zu sorgen und so den Einsatz von Haushaltsmitteln zur Stützung der Finanzmärkte zu vermeiden oder

---

20) BGBl I, 1374.

21) Zu Letzterem BAG vom 12.4.2011, 1 AZR 412/09, NZA 2011, 989, wonach der Grundsatz, dass der Arbeitnehmer „über die vom Arbeitgeber versprochene Gegenleistung [soll] disponieren und seine Lebensgestaltung daran ausrichten können, wenn er seinerseits die geschilderte Leistung vollständig erbracht hat“, nicht nur für die eigentliche Grundvergütung gilt, sondern „auch für besondere Entgeltbestandteile, die gleichermaßen in das Synallagma eingebundene Leistungen darstellen“.

in Grenzen zu halten.

Eigentümlicher Weise gelten die geschilderten Befugnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen nicht für variable Vergütungsanteile, welche durch Tarifvertrag festgesetzt worden sind. Ob diese **Privilegierung von Tarifverträgen** rechtswirksam ist, ist zweifelhaft. Handlungsmaxime für Tarifvertragsparteien ist nach Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder. Eine Verpflichtung auf das Allgemeinwohl, um das es im Kontext der der Finanzmarktstabilität dienenden Vorschriften des Kreditwesengesetzes geht, ist weder in Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz noch im Tarifvertragsgesetz angelegt. Damit bieten Tarifverträge keine besondere Gewähr dafür, dass ihre Entgeltregelungen die Anforderungen erfüllen, die für den Fall mangelnder Eigenmittelausstattung oder Liquidität an die Ausgestaltung variabler Vergütungssysteme gestellt werden müssen. Diese Privilegierung erscheint als willkürlich im Sinne von Art. 3 Grundgesetz.

