

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Ein Antidumping-Gesetz für die Bauwirtschaft

I. Einleitung

Der Einsatz ausländischer Billigarbeitskräfte hat insbesondere in der Bauwirtschaft ein solches Ausmaß angenommen, daß ein Eingreifen des Gesetzgebers geboten ist. Die Erstreckung deutscher Sozialstandards auf entsandte sowie legal oder illegal nach Deutschland gekommene Personen wirft jedoch eine Reihe von Rechtsfragen auf.

II. Arbeitsmarkt im Ungleichgewicht

1. Die verschiedenen Formen der Ausländerbeschäftigung

Die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte hat in Deutschland Tradition. Schon im Jahre 1907 belief sich der Anteil der damals so genannten Fremdarbeiter auf 3,4% aller Erwerbstätigen¹⁾. Das Wachstum in den sechziger und in der ersten Hälfte der siebziger Jahre war – und dies bestreitet rückschauend niemand mehr – nur mit Hilfe ausländischer Arbeitnehmer zu erreichen, da das eigene Arbeitskräftepotential nicht mehr ausreichte²⁾. Die Zusammenarbeit in den Betrieben war (und ist) nicht immer konfliktfrei; Benachteiligungen der „Fremden“ hat es gegeben und auch heute können sie nicht ausgeschlossen werden. Dabei war jedoch immer eine rechtliche Rahmenbedingung außer Streit: Die hier arbeitenden ausländischen Staatsangehörigen hatten dieselben Ansprüche wie deutsche Arbeitnehmer, auch für sie galt der Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“. § 75 Abs. 1 BetrVG verbietet konsequenterweise jede unterschiedliche Behandlung wegen Nationalität und Herkunft. Diskriminierungen sind nur durch illegales Verhalten möglich.

In der Gegenwart wird diese elementare Bedingung der Ausländerbeschäftigung immer mehr in Frage gestellt. Neben die ausländischen Arbeitnehmer im Betrieb sind zwei neue Gruppen getreten, die zu völlig anderen Bedingungen arbeiten.

Zum einen gibt es in wachsendem Umfang Arbeitnehmer, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber für mehr oder weniger lange Zeit zu uns ins Inland geschickt werden. Sie unterliegen weiter dem Arbeitsrecht ihres Heimatstaats und damit – was entscheidend ist – auch den dort herrschenden Löhnen und Arbeitsbedingungen. Zunächst standen Firmen aus den ehemals sozialistischen Ländern im Vordergrund³⁾; derzeit geht es primär um Arbeitskräfte, die aus Portugal, Großbritannien, Irland und Griechenland hierher entsandt werden.

Besonders betroffen ist die Bauwirtschaft. Die Lohnkosten der ausländischen Anbieter liegen bestenfalls bei der Hälfte des in Deutschland Üblichen, manchmal erheblich darunter⁴⁾. Da die Lohnkosten etwa 50% der Baukosten ausmachen, können ausländische Firmen die deutschen Preise um mindestens 25% unterbieten⁵⁾. Die deutschen Unternehmen stehen vor der Alternative, entweder die Segel zu streichen oder sich rechtzeitig ausländische Subunternehmer zu sichern. Letzteres ist nur den größeren unter ihnen möglich; insbes. handwerklich strukturierte Betriebe haben so gut wie keine Chance mehr. Bei den Großen mag dann zwar die Bilanz noch stimmen; aber die deutschen Arbeitnehmer zahlen die Zeche: An ihre Stelle tritt der ausländische Subunternehmer mit seinen Leuten. Es verwundert daher nicht, daß im Zeitraum vom September 1993 bis zum September 1994 die Arbeitslosigkeit unter den Bauarbeitern um 5% gestiegen ist, obwohl gleichzeitig die Bauinvestitionen um 2,5% zunahmen⁶⁾. Im Jahre 1994 belief sich die Zahl der Niedriglohnarbeiter aus anderen Mitgliedstaaten der EU nach bescheidenen Schätzungen auf 110 000, aus Mittel- und Osteuropa stammten 30 000⁷⁾. Englische Arbeitskräfte kommen häufig – durch niederländische Agenturen unterstützt – als „self employed persons“ nach Deutschland (was sie sich vorher mit Hilfe einer sog. E 101

– Bescheinigung in Großbritannien bestätigen ließen); ohne deutsche Sozialversicherung, Sozialkassen und sonstige Lohnnebenkosten arbeiten sie als Scheinselbständige für den halben Preis eines deutschen Facharbeiters⁸⁾.

Neben dieser Gruppe der entsandten Arbeitskräfte und der Scheinselbständigen gibt es den schwer überschaubaren Bereich der Illegalen. Sie kommen vorwiegend aus Mittel- und Osteuropa; ihre Löhne und Arbeitsbedingungen sind noch um vieles schlechter. Der „Unterbietungseffekt“ ist deshalb noch krasser. Der Weg geht meist über zweifelhafte Vermittler und über eine Einreise als Tourist. Eine Arbeits- und eine Aufenthaltserlaubnis ist nicht vorhanden, wird meist auch gar nicht beantragt. Genaue Angaben sind verständlicherweise nicht verfügbar. Die Zahl dieser Illegalen soll – bezogen auf die Mittel- und Osteuropäer – das Drei- bis Vierfache der legal hier Tätigen ausmachen⁹⁾. Klar ist, daß eine Diskussion diese Gruppe nicht einfach aussparen darf, wie dies insbes. unter Juristen gern geschieht. Die Tatsache, daß hier das Arbeitsrecht negiert oder ignoriert wird, bedeutet nicht, daß keine rechtlichen Gestaltungsprobleme entstehen: Im Gegenteil, der Problemdruck wächst durch diese Gruppe in ganz gravierendem Umfang.

2. Handlungsbedarf

Die beschriebenen Phänomene sind genau das, was man schon bisher als „soziales Dumping“ bezeichnet hat. Die Lohnhöhe ist in den einzelnen Ländern durch eine ganze Reihe von Faktoren bestimmt, zu denen insbes. die Arbeitsproduktivität, die Existenz einer ausgebauten Infrastruktur, die Stellung auf dem Weltmarkt usw. zählen. Pauschal ausgedrückt: Wird an einem günstigen Standort produziert, können die Unternehmen hohe Löhne verkraften, ist die Wirtschaft weniger entwickelt, wird auch das Lohnniveau geringer sein. In den hier interessierenden Fällen wird nun beides kombiniert: Man importiert Billiglöhne in ein hoch entwickeltes Land, kumuliert also – wenn man so will – zwei Standortvorteile. Dies hinzunehmen, würde nicht nur die Arbeitslosigkeit verschlimmern, sondern auch zu einer zusätzlichen Segmentierung des Arbeitsmarkts führen. Der Sachverständigenrat hat sich bereits in seinem Jahresgutachten 1989/90 mit erfreulicher Deutlichkeit gegen solche Praktiken ausgesprochen¹⁰⁾. Sie würden Spannungen zwischen den einheimischen und den hinzukommenden Arbeitskräften erzeugen. Weiter heißt es: „Die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers im Bereich des Arbeits- und Sozialsystems würden unterlaufen, weil innerhalb der Landesgrenzen in einer letztlich nicht zu kontrollierenden Weise Regelungen anderer Länder zur Anwendung kämen, soweit in dem Land ausländische Unternehmen tätig werden. Sitzverlagerungen in Länder mit niedrigen Arbeits- und Sozialstandards wären die Folge. Diese Effekte würden Konflikte zwi-

1) Geiselberger, Schwarzbuch: Ausländische Arbeiter, 1972, S. 12.

2) Nikolinos, Politische Ökonomie der Gastarbeiterfrage, Migration und Kapitalismus, 1973, S. 79 ff.

3) Überblick bei Udo Mayer, BB 1993 S. 1429.

4) S. etwa die Mitteilung in: Frankfurter Neue Presse vom 16. 1. 1995: Ausländische Firmen rechnen pro Stunde mit 5 bis 15 DM, deutsche dagegen mit 31,20 DM.

5) Robl, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25. 11. 1994.

6) Die Welt vom 6. 12. 1994.

7) VWD-Bauwirtschaft vom 11. 1. 1995.

8) Frankfurter Rundschau vom 17. 1. 1995; Taz vom 6. 6. 1994.

9) Angaben nach Kempen, Staatliche Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie?, in: Heinze (Hrsg.), FS Gitter (erscheint im Mai 1995).

10) Jahresgutachten 1989/90 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Rdn. 465, abgedruckt auch in: Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Der EG-Binnenmarkt und die Sozialpolitik, Band 2, 1990, S. 28 ff.

schen den Ländern auslösen. . . „ Auch die anderen Staaten würden von einer solchen Praxis nur kurzfristig profitieren: Angesichts des Wohlstandsgefälles auf der Welt könnte dasselbe Modell durch – sagen wir: afrikanische – Arbeitskräfte in Portugal oder Großbritannien praktiziert werden, die weit unter dem dort üblichen Niveau arbeiten. Man sähe sich einer Schraube nach unten gegenüber, die – schon im Interesse einer kaufkräftigen Nachfrage – niemand wünschen kann.

Der Handlungsbedarf ist unter diesen Umständen evident. Der Bundesarbeitsminister hat sich darüber mit den Sozialpartnern der Bauindustrie verständigt¹¹⁾; auch der Bayerische Ministerpräsident hat dafür plädiert, den Grundsatz gleicher Arbeitsbedingungen durchzusetzen, da kleine und mittelständische Firmen sonst vom Markt verdrängt würden¹²⁾. Das eigentliche Thema ist deshalb nicht mehr das „Ob“ sondern das „Wie“. Zunächst sind gleichwohl die EG-rechtlichen Rahmenbedingungen zu prüfen. Inhaltlich soll es dann primär darum gehen, die Tarife des Baugewerbes auf alle in Deutschland im Bausektor Arbeitenden zu erstrecken, denn dort ist der wesentlichste Teil der Lohn- und Lohnnebenkosten festgelegt. Weiter stellt sich das Problem, wie eine solche Regelung durchgesetzt werden kann, läßt es sich – um ein kleines Beispiel zu nennen – doch nur schwer kontrollieren, ob ein ausländischer Arbeitnehmer, der hier die eine Hälfte seines Lohns bar ausbezahlt erhält, die in seinem Heimatstaat auszahlende zweite Hälfte seines Verdiensts auch wirklich aufs Konto überwiesen bekommt.

III. EG-rechtliche und völkerrechtliche Rahmenbedingungen

1. Zugang zum Arbeitsmarkt

Die aus anderen EG-Staaten kommenden Arbeitnehmer können sich auf die Grundfreiheiten des EGV berufen. Soweit sie – wie in aller Regel – von ihrem Arbeitgeber entsandt werden, fällt ihre Tätigkeit in den Bereich der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 59 ff. EGV; kommen sie ausnahmsweise allein, liegt ein Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder der Niederlassungsfreiheit vor. Der deutsche Gesetzgeber hat dies hinzunehmen; nach den Art. 66 und 56 EGV ist eine Beschränkung nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt. Das Steuerungsmittel der Aufenthalts- und insbes. der Arbeitserlaubnis ist innerhalb der EU weggefallen. Die Präsenz der EU-Staatsangehörigen als solche kann nicht in Frage gestellt werden.

Bei den Angehörigen der mittel- und osteuropäischen Staaten verhält es sich anders. Hier greifen jedoch die Abkommen ein, die eine bestimmte Anzahl von Werkvertragsarbeitnehmern zum deutschen Arbeitsmarkt zulassen. Wie viele dies sind, ist eine politische Frage, die hier nicht näher zu diskutieren ist. Auch muß man berücksichtigen, daß die Reduzierung des legalen Bereichs möglicherweise nur die Zahl der illegal hier Arbeitenden vergrößert – auch insofern ist daher eine Strategie der Marktabschottung wenig erfolgversprechend.

2. Entsenderichtlinie

Die EG-Kommission hat den Versuch unternommen, den hier beschriebenen Phänomenen, die es z. B. auch in Frankreich gibt, mit Hilfe einer sog. Entsenderichtlinie zu Leibe zu rücken. Danach sollte ein „harter Kern“ von Arbeitsrechtsnormen, insbes. von Tarifverträgen auch für die aus anderen Ländern entsandten Arbeitskräfte und für die von dort kommenden Leiharbeiter verbindlich gemacht werden¹³⁾. Über den Umfang des „harten Kerns“ bestand erheblicher Streit, desgleichen über die Frage, ob die neuen Grundsätze vom ersten Tag der Tätigkeit an oder erst nach drei Monaten gelten sollten. Trotz deutlicher Bemühungen der deutschen Präsidentschaft blieb der Versuch letztlich erfolglos; wenn nicht alles täuscht, ist die Richtlinie im Ministerrat auf den St. Nimmerleinstag verschoben worden¹⁴⁾.

3. Möglichkeit zur nationalen Lösung

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Sozialstandards auf diejenigen Beschäftigten zu erstrecken, die in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit im Inland tätig sind¹⁵⁾. Dies umfaßt die Möglichkeit, die Einhaltung der für anwendbar erklärten Normen zu kontrollieren.

Auch die grundsätzlich anwendbare ausländische Rechtsordnung hindert keine nationale „Erstreckungsgesetzgebung“. Das von der Bundesrepublik ratifizierte Römische Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht¹⁶⁾ sieht in seinem Art. 7 vor, daß es zwingende Normen eines Staates geben kann, die auch gegenüber solchen Rechtsverhältnissen Geltung beanspruchen, die an sich einer ausländischen Rechtsordnung unterliegen. Wie weit der Kreis dieser Normen reicht, ist dem Einzelstaat überlassen; man wird dem Übereinkommen lediglich das Gebot entnehmen müssen, nicht etwa das ganze nationale Recht für zwingend zu erklären und so die übrigen Bestimmungen gegenstandslos zu machen. Davon kann jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht die Rede sein; es geht allein um Tarifverträge, nicht um Arbeitsvertragsfreiheit, Kündigungsschutz oder Schwerbehindertenschutz.

IV. Erstreckung von Tarifverträgen auf ausländische Billigarbeitskräfte

1. Für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge

Nach bisheriger Rechtslage ist zweifelhaft, ob die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge auch entsandte Arbeitskräfte erfassen. Das BAG hat dies in einer länger zurückliegenden Entscheidung verneint¹⁷⁾, die Literatur steht mehrheitlich auf dem gegenteiligen Standpunkt¹⁸⁾. Die aktuelle Situation läßt nicht die Zeit, in einem Musterverfahren überprüfen zu lassen, ob das BAG noch an seiner damaligen Position festhält. (Immerhin spricht neben den zahlreichen kritischen Stimmen auch die Tatsache für eine Revision, daß sich das BAG damals u. a. auf die Erwägung gestützt hatte, für die Abwehr von Störungen des Arbeitsmarkts stehe das Mittel der Arbeitserlaubnis zur Verfügung – eine Voraussetzung, die innerhalb der EU ja ersichtlich entfallen ist.) Vielmehr sollte der Gesetzgeber in aller Deutlichkeit erklären, daß die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge alle in der Bauwirtschaft bestehenden Arbeitsverhältnisse erfassen, gleichgültig, ob sie deutschem oder ausländischem Recht unterliegen.

Rechtstechnisch sind dabei zwei Lösungen denkbar. Zum einen kann man die Wirkungen der Allgemeinverbindlicherklä-

¹¹⁾ Süddeutsche Zeitung vom 17. 1. 1995.

¹²⁾ VWD-Bauwirtschaft vom 18. 1. 1995.

¹³⁾ Einzelheiten bei Däubler, EuZW 1993 S. 370.

¹⁴⁾ Handelsblatt vom 17. 1. 1995; Frankfurter Neue Presse vom 16. 1. 1995.

¹⁵⁾ EuGH 1990 S. 1417, EuZW 1990 S. 256 – Rush Portuguesa; EuGH vom 9. 8. 1994 – Rs. C 43/93, EuZW 1994 S. 600 – Vander Elst/OMI. Ebenso bereits EuGHE 1982 S. 223 = NJW 1982 S. 1935 – Seco, u. a. für gesetzliche oder tarifliche Mindestlöhne. Für Wanderarbeitnehmer ergibt sich die Gleichbehandlung ohne Einschaltung des Gesetzgebers bereits aus Art. 48 Abs. 2 EGV. Kommt der einzelne in Ausübung seiner Niederlassungsfreiheit, so stellen die inländischen Arbeitnehmerbedingungen für ihn einen zulässigen Mindeststandard dar – nichts anderes, als wenn er z. B. nach einigen Monaten in eine allgemeine Volksversicherung einbezogen würde.

¹⁶⁾ ABl. vom 9. 10. 1980, L 266/1, wiedergegeben auch bei Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl., 1994, Nr. 470.

¹⁷⁾ BAG AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

¹⁸⁾ Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., 1993, Rdn. 1699; Hagemeyer/Kemper/Zachert/Zilius, Kommentar zum TVG, 2. Aufl., 1990, § 4 Rdn. 65; Hickl, Beilage NZA 1987 Beil. 1 S. 15; Hönsch, NZA 1988 S. 117; Walz, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag. Eine arbeitskollisionsrechtliche Untersuchung, 1991, S. 154; Wimmer, Die Gestaltung internationaler Arbeitsverhältnisse durch kollektive Normenverträge, 1992 S. 208 ff.; zustimmend jedoch Wiedemann/Stumpf, Kommentar zum TVG, 5. Aufl., 1977 § 1 Rdn. 34; differenzierend Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 1992, S. 443 f.

rung in dieser Weise erweitern und spezifizieren¹⁹⁾. Zum zweiten kann man sich – vorsichtiger – darauf beschränken, die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge zu zwingendem Recht i. S. des Art. 34 EGBGB zu erklären, also in Form einer Klarstellung das ausdrücklich zu sagen, was die herrschende Meinung in der Literatur schon bisher dem geltenden Recht entnimmt. Dies bedeutet aber gleichzeitig, daß die Wirkung der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge nur soweit reicht, wie diese es selbst wollen: Da sie bisher auf „baugewerbliche Betriebe“ abstellen, diese aber bei den portugiesischen Baukolonnen und den englischen Scheinselbständigen nicht vorliegen, müßten die Tarifverträge geändert und auf jede auf einer deutschen Baustelle erbrachte Leistung erstreckt werden. Auch die satzungsmäßige Tarifzuständigkeit der Gewerkschaften und insbes. der Arbeitgeberverbände müßte angepaßt werden. Angesichts des Konsenses zwischen den Sozialpartnern im vorliegenden Zusammenhang dürfte beides keine übergroßen Schwierigkeiten bereiten, die geänderten Teile der Tarifverträge müßten allerdings gesondert für allgemeinverbindlich erklärt werden.

2. Einfache Tarifverträge

Sehr viel problematischer ist die Frage, ob auch nicht für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge auf die entsandten Arbeitskräfte erstreckt werden können. Würde man die ausländischen Unternehmen an die im Inland geltenden Tarife binden, ergäbe sich eine schwer mit EG-Recht vereinbare Ungleichbehandlung: Während nicht verbandsangehörige deutsche Unternehmen ohne Schwierigkeiten untertarifliche Bedingungen vereinbaren können und selbst verbandsangehörige dies gegenüber Außenseitern der Arbeitnehmerseite könnten, wäre diese Möglichkeit den entsendenden Unternehmen verschlossen. Ob sich eine solche „Ausländerdiskriminierung“ EG-rechtlich legitimieren läßt, ist zweifelhaft, zumal ein milderer Mittel zur Verfügung steht.

Das geltende Recht kennt eine ohne viel Aufhebens von der Rechtsprechung entwickelte „verkappte“ Allgemeinverbindlicherklärung, die hier von Interesse ist. Erhalten Teilzeitkräfte einen geringeren Stundenlohn als Vollzeitkräfte, so können sie nach § 2 Abs. 1 BeschFG Gleichstellung verlangen²⁰⁾. Werden auch die Außenseiter – wie i. d. R. – nach Tarif bezahlt, so bedeutet dies, daß die Teilzeitkräfte auch ohne formale Tarifbindung den Tariflohn verlangen können. Ein einzelner Arbeitgeber könnte daher mit einer Vollzeitkraft untertarifliche Bedingungen aushandeln, nicht jedoch mit einer Teilzeitbeschäftigten. Dies würde sich erst dann ändern, wenn in relativ großem Umfang untertarifliche Löhne an Vollzeitkräfte bezahlt würden – für die Teilzeitkräfte ginge dann gewissermaßen die Bezugsgröße verloren, auf die sich ihr Anspruch auf Gleichbehandlung stützt.

Denkbar wäre, ein solches Modell auch auf den vorliegenden Fall zu übertragen und den entsandten Arbeitskräften das Recht einzuräumen, die in der Branche üblichen Löhne zu verlangen. Dies hätte einerseits zur Folge, daß auch eine übertarifliche Entlohnung einbezogen wäre²¹⁾; andererseits wäre eine untertarifliche Entlohnung dann möglich, wenn sie in nennenswertem Umfang auch in deutschen Unternehmen praktiziert würde. EG-rechtlich wird nicht am Merkmal einer ausländischen Staatsangehörigkeit angeknüpft, sondern an der Entsendung als solcher. Die Wirkung tritt freilich in der übergroßen Mehrzahl der Fälle bei anderen EU-Bürgern ein. Eine solche „mittelbare Diskriminierung“ ist durch die hier skizzierten sozialpolitischen Zwecke gerechtfertigt, zumal es kein milderer Mittel gibt.

Ob man sich für einen solchen zweiten Schritt entscheidet, ist sicherlich primär eine politische Frage. Allerdings ist zu beachten, daß der Gesetzgeber auch verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten hat. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum sog. Zweiten Schiffsregister vom 10. 1. 1995²²⁾ ausdrücklich die

Pflicht des Gesetzgebers betont, der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie „die unter den obwaltenden Bedingungen größtmögliche Anwendung zu sichern“. Dies bedeutet, daß der Gesetzgeber nicht untätig zuschauen darf, wie die Tarifautonomie einem Erosionsprozeß ausgesetzt wird, weil tarifgebundene Arbeitnehmer durch Billigarbeitskräfte vom Markt vertrieben werden. Vielmehr muß er seiner Schutzpflicht Rechnung tragen²³⁾. Dies kann in der Weise geschehen, daß in den Dumping-gefährdeten Bereichen die Allgemeinverbindlicherklärung erleichtert wird, es kann aber auch durch eine Regelung erfolgen, wonach den entsandten Arbeitskräften der (durch Tarifvertrag bestimmte) branchenübliche Lohn garantiert wird. Insofern besitzt der Gesetzgeber einen erheblichen Spielraum.

3. Sonderproblem der Selbständigen

Die oben erwähnte Praxis englischer Arbeitskräfte, sich ihre Eigenschaft als Selbständige von den britischen Behörden bestätigen zu lassen und sich dann in der Bundesrepublik im Rahmen eines von ihnen geschlossenen Werkvertrags zu betätigen, führt unter bestimmten Umständen zu zusätzlichen tarifrechtlichen Problemen.

Keine Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Selbständigkeit gegenüber dem deutschen oder ausländischen Auftraggeber nur vorgespiegelt ist, in Wirklichkeit aber weisungsabhängige Arbeit geleistet wird. In einem solchen Fall besteht in Wahrheit ein Arbeitsverhältnis, die vertraglichen Konstruktionen sind nach ständiger Rechtsprechung des BAG gegenüber dem tatsächlichen Geschehen nachrangig²⁴⁾.

Die Situation ändert sich, wenn im Einzelfall eine Reihe von Indizien darauf hinweisen, daß es an der persönlichen Abhängigkeit fehlt, daß der Betroffene über den Einsatz seiner Arbeitskraft recht frei verfügen und vielleicht sogar an seiner Stelle einen Ersatzmann schicken kann²⁵⁾. In solchen Konstellationen bleibt u. U. nur die wirtschaftliche Abhängigkeit – und sie führt nach deutschem Rechtsverständnis nur dazu, daß der einzelne als arbeitnehmerähnliche Person qualifiziert wird²⁶⁾. Tarifverträge beschränken ihren persönlichen Geltungsbereich üblicherweise auf Arbeitnehmer; nach bisheriger Auffassung ändert daran auch eine Allgemeinverbindlicherklärung nichts, die ja lediglich die fehlende Verbandszugehörigkeit, nicht aber andere Anwendungsvoraussetzungen ersetzt. Es besteht daher die Gefahr, daß eine gesetzliche Qualifizierung als „Eingriffsnorm“ i. S. des Art. 34 EGBGB²⁷⁾ wie auch der Anspruch auf branchenübliches Entgelt²⁸⁾ leerläuft und der „Selbständige“ weiterhin außerhalb der arbeitsrechtlichen Sicherungen bleibt.

Abhilfe ist auf zwei Wegen möglich. Man kann zum einen durch Gesetz die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung erweitern und anordnen, daß mit dieser auch die in der Branche tätigen arbeitnehmerähnlichen Personen in den Geltungsbereich einbezogen sind. Weniger weitgehend wäre die zweite Möglichkeit, nämlich eine Änderung der Tarifverträge des Inhalts, daß sie sich auch auf arbeitnehmerähnliche Personen erstrecken: Rechtliche Hindernisse bestehen nicht, da Koalitionsfreiheit und

¹⁹⁾ So im Prinzip Art. L 341-5 des französischen code du travail in der seit 1993 geltenden Fassung.

²⁰⁾ BAG DB 1989 S. 2338.

²¹⁾ So ausdrücklich bei Teilzeitkräften BAG DB 1993 S. 2288.

²²⁾ Urteil des Ersten Senats vom 10. 1. 1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342/90, 1 BvR 348/90, DB 1995 S. 483.

²³⁾ Dazu überzeugend *Kempen*, a.a.O. (Fn. 9).

²⁴⁾ BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit, ständ. Rspr. Aus der Literatur s. insbes. *Hilger*, RdA 1989 S. 1. Die in England erteilte Bescheinigung ist nach Art. 14a VO 1408/71 allenfalls für die Sozialversicherung von Bedeutung.

²⁵⁾ Zu den Abgrenzungsproblemen i. e. s. zuletzt *Wank*, DB 1992 S. 90 ff.

²⁶⁾ Zu dieser Kategorie i. e. *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., 1995, S. 994 ff.

²⁷⁾ Oben 1.

²⁸⁾ Oben 2.

Tarifautonomie sogar über die Fälle des § 12a TVG hinaus ganz generell auch für arbeitnehmerähnliche Personen gelten²⁹⁾.

4. Sonderproblem der Illegalen

Bei den illegal in der Bundesrepublik tätigen Personen ist nach verschiedenen Fällen zu differenzieren.

Wurden die Arbeitskräfte von einem ausländischen Verleiher einem in Deutschland tätigen Unternehmen zur Verfügung gestellt, so liegt meist unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vor: Der Verleiher braucht trotz seines ausländischen Sitzes eine Erlaubnis nach § 1 AÜG³⁰⁾, über die er in aller Regel nicht verfügen wird. Konsequenz ist die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zum Inhaber des „Einsatzbetriebs“ nach § 10 Abs. 1 AÜG, das dann unschwer durch die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge erfaßt werden kann.

Beruhet die Illegalität allein oder zusätzlich darauf, daß die notwendige Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis fehlt, so läßt dies die Gültigkeit des gleichwohl abgeschlossenen Arbeitsvertrags unberührt³¹⁾. Seiner Erfüllung steht lediglich ein Leistungshindernis entgegen, das den Arbeitgeber ggfs. zur Kündigung berechtigt. Für die Vergangenheit wird die erbrachte Arbeit wie eine legale behandelt; der Betroffene hat alle Ansprüche eines rechtmäßig in der Bundesrepublik tätigen Arbeitnehmers. Insoweit lassen sich die oben skizzierten Grundsätze auch hier anwenden.

V. Durchsetzungsproblematik

1. Versagen des traditionellen Instrumentariums

Tarifverträge durchzusetzen, bereitet im Normalfall keine besonderen Schwierigkeiten. Verstöße werden durch Betroffene oder Betriebsräte aufgedeckt, die Gewerkschaft wird sich an den Arbeitgeber und ggfs. auch an seinen Verband wenden. Im Streitfall muß auf Klage eines einzelnen Arbeitnehmers das Arbeitsgericht entscheiden; soweit Befürchtungen wegen potentieller Repressalien des Arbeitgebers bestehen, kann die Klage durch einen besonders geschützten Arbeitnehmer, z. B. durch ein Betriebsratsmitglied, erhoben werden. Den Sozialkassen im Baugewerbe muß die monatliche Bruttolohnsumme mitgeteilt werden, die als Grundlage für die Berechnung der Beiträge dient; falsche Angaben könnten ggfs. ein Strafverfahren wegen Betrugs zur Folge haben.

Bei den nach Deutschland entsandten und den illegal hier tätigen Arbeitnehmern ist dies prinzipiell anders. Aus sprachlichen und anderen Gründen werden sie Schwierigkeiten haben, die nötigen Informationen über Tarifverträge zu erhalten, die nach den unter IV skizzierten Grundsätzen für sie maßgebend sind. Auch fehlt eine Interessenvertretung, die hier helfen könnte: Der deutsche Betriebsrat ist für „Werkvertragsarbeiter“ nach herrschendem Verständnis nicht zuständig, die Mitgliedschaft in einer deutschen Gewerkschaft kommt schon wegen der kurzen Aufenthaltsdauer oder deshalb nicht in Betracht, weil dies der ausländische Arbeitgeber als grobe Illoyalität werten würde³²⁾. Für Illegale stellt sich zudem das Problem, daß die Aufdeckung von Rechtsverstößen ggfs. zu einer Bestrafung oder zu – wie es so schön heißt – „aufenthaltsbeendenden Maßnahmen“ führen könnte. Die ausländischen Arbeitnehmer sind ihrem Arbeitgeber gegenüber nicht konfliktfähig; sie auf den Klageweg zu verweisen, bedeutet, ihnen Steine statt Brot zu geben. Die Ausdehnung der deutschen Tarifverträge wäre wirkungslos, wenn nicht andere Mittel zu ihrer effektiven Durchsetzung bereitgestellt werden.

2. Kontrollinstrumente

Elementare Voraussetzung jeder Rechtsdurchsetzung ist, daß Verstöße überhaupt festgestellt werden können; nähert sich die Dunkelziffer 100%, kann man auch das materielle Recht selbst getrost vergessen.

Nach deutscher Tradition hat die Gewerbeaufsicht grundsätzlich keine Möglichkeit, die Einhaltung von Tarifverträgen zu kontrollieren – ganz im Gegensatz zu Frankreich, wo die *inspection du travail* bis 1982 die Einhaltung der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge überwachen konnte und wo sie seither für alle Tarifverträge zuständig ist³³⁾. Die bisherigen Strukturen insgesamt zu ändern, würde vermutlich keinen Konsens finden, da die Tarifparteien eine solche Form von staatlicher Kontrolle über ihren ureigensten Autonomiebereich kaum akzeptieren werden. Ernsthaft erwägen sollte man jedoch, die Gewerbeaufsicht oder die Arbeitsämter überall dort einzusetzen, wo die Tarifverträge nur kraft der hier vorgeschlagenen Erstreckung gelten, also in allen Fällen, in denen ein inländischer Betrieb fehlt: Hier wirkt der Tarifvertrag effektiv nur kraft staatlicher Entscheidung, hier ist deshalb auch die Parallele zu den Entgeltprüfern nach § 23 HAG gerechtfertigt, die die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen garantieren, die von den Heimarbeitsausschüssen festgesetzt werden.

Will man dennoch den Staat heraushalten, so kann man in den Tarifverträgen festlegen, daß z. B. die Gemeinsamen Einrichtungen vergleichbare Kontrollbefugnisse bei fehlendem Inlandsbetrieb haben sollen. Auf dieses Kriterium abzustellen, ist keine unerlaubte Diskriminierung von EG-Ausländern. Auch hier wird nicht an die ausländische Staatsangehörigkeit angeknüpft. Die mittelbare Benachteiligung läßt sich unschwer mit dem erhöhten Kontrollbedarf rechtfertigen. Im übrigen differenziert auch das Steuerrecht zwischen solchen Gewerbetreibenden, die eine Betriebsstätte im Inland unterhalten, und solchen, die das nicht tun³⁴⁾, ohne daß man deshalb EG-rechtliche Bedenken erhoben hätte.

3. Prozeßstandschaft

Lassen sich Verstöße auf den beschriebenen Wegen einigermaßen aufdecken, so muß eine Instanz vorhanden sein, die daraus praktische Konsequenzen zieht. Daß dies nicht der einzelne ausländische Arbeitnehmer sein kann, ist schon betont worden. Das Heimarbeitsgesetz hat angesichts vergleichbar „schwacher“ Beschäftigter in seinem § 25 eine Klagebefugnis der Länder geschaffen: Die Oberste Arbeitsbehörde (oder die von ihr bestimmte Stelle) kann im eigenen Namen den Anspruch eines Heimarbeiters auf volle Bezahlung entsprechend den festgelegten Entgeltsätzen geltend machen. Entsprechendes wäre auch im vorliegenden Zusammenhang sinnvoll, jedenfalls dann, wenn man der Gewerbeaufsicht oder dem Arbeitsamt die Kontrollkompetenz zuspricht.

Sieht man darin ein Zuviel an Staat, so kommt eine Prozeßstandschaft zugunsten der Gewerkschaft in Betracht. Auch hier ist der Blick über den Rhein recht lohnend: Die Gewerkschaft kann dort nicht nur die tariflichen Ansprüche ihrer Mitglieder in eigenem Namen gerichtlich geltend machen³⁵⁾, sondern ist auch befugt, in gleicher Weise zugunsten der illegal in Frankreich tätigen ausländischen Arbeitnehmer, der befristet Beschäftigten

²⁹⁾ Däubler, Tarifvertragsrecht, Rdn. 311; Hagemeier/Kempen/Zachert/Zilius § 12a Rdn. 3; Löwisch/Rieble, Kommentar zum TVG, 1992, § 12a Rdn. 2. ebenso für den Sonderfall der Heimarbeiter BVerfGE 34 S. 307, 315 ff.

³⁰⁾ Schüren, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar, 1994, Einl. Rdn. 576, § 3 Rdn. 182 ff.

³¹⁾ BAG NJW 1977 S. 1023, bestätigt durch BAG DB 1990 S. 2373 (für die Arbeitserlaubnis); Hanau, FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 188 f. (für die Aufenthaltserlaubnis).

³²⁾ Anschauungsmaterial dazu aus dem Bereich der Beschäftigung ausländischer Seeleute in BVerfG, a.a.O. (Fn. 22).

³³⁾ Art. L 611-1 Code du travail; dazu Lyon-Caen/Pélissier, Droit du travail, 16e édition, 1992, Rdn. 880 ff.

³⁴⁾ § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG. Zur Besteuerung der Wanderarbeitnehmer s. jedoch EuGH DB 1995 S. 407.

³⁵⁾ Art. L 135-4 Code du Travail. Ähnlich in Spanien – dazu Valdés Dal-Re, El nuevo proceso laboral, in: Cruz-Villalon und Valdés Dal-Re, Lecturas sobre la Reforma del Proceso Laboral, 1991, p. 328 ff.

und der Leiharbeitnehmer tätig zu werden – und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese ihr als Mitglied angehören oder nicht³⁶⁾. Warum sollte Entsprechendes nicht auch in der Bundesrepublik möglich sein? Die Gefahr, daß durch schlechte Prozeßführung Rechte des einzelnen verloren gehen, läßt sich unschwer dadurch bannen, daß dieser von der Klage informiert wird und ausdrücklich das Recht behält, das Verfahren zu übernehmen und in seinem eigenen Namen fortzuführen.

4. Problem des Gerichtsstands

Eine zur gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen geeignete Instanz ist gewissermaßen eine notwendige, jedoch noch keine hinreichende Bedingung für die Implementation der hier interessierenden Normen. Weitere Voraussetzung ist vielmehr, daß Gerichte erreichbar sind, die in angemessener Zeit entscheiden.

Hat der Arbeitgeber seinen Sitz außerhalb der EU, so dürfte im Regelfall in Deutschland ein Gerichtsstand des Vermögens nach § 23 ZPO gegeben sein, da im Inland eine Kasse vorhanden ist, aus der ein Teil des Arbeitsentgelts bezahlt wird, und da Forderungen gegen den deutschen Generalunternehmer oder Bauherrn existieren, die man gleichfalls als inländisches Vermögen qualifizieren muß.

Dieser Ausweg ist jedoch dann verschlossen, wenn das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ) eingreift, das im Europa der Zwölf (also ohne die neuen Mitglieder Österreich, Schweden und Finnland) maßgebend ist³⁷⁾. In seinem Art. 3 bestimmt es, daß Personen, die ihren Wohnsitz in einem Vertragsstaat haben, nur nach Maßgabe seiner Vorschriften verklagt werden können; Art. 53 stellt Gesellschaften gleich. Zu den vorgesehenen Gerichtsständen zählt nicht der des Vermögens; Art. 3 Abs. 2 verbietet im Gegenteil ausdrücklich, sich dem Beklagten gegenüber auf § 23 der deutschen ZPO zu berufen. Bedeutet dies, daß der ausländische Arbeitgeber nur in Portugal oder Irland verklagt werden kann?

Das EuGVÜ enthält zahlreiche Gerichtsstände, mit deren Hilfe auch vorliegend eine befriedigende Lösung erreicht werden kann. Unterhält der ausländische Arbeitgeber in Deutschland eine „Zweigstelle, Agentur oder sonstige Niederlassung“, so kann nach Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ vor dem Gericht geklagt werden, in dessen Bezirk sich die Zweigstelle usw. befindet. Dies wird allerdings nur in einigen (wenigen) Fällen helfen.

Nach der 1994 von der Bundesrepublik ratifizierten Neufassung des Art. 5 Nr. 1 2. Halbsatz EuGVÜ können arbeitsvertragliche Ansprüche vor dem Gericht des Ortes geltend gemacht werden, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Auch diese Voraussetzung wird der kurzen Aufenthaltsdauer wegen nicht häufig erfüllt sein. Größere Relevanz besitzt dagegen der 1. Halbsatz dieser Bestimmung: Ist die Zahlungspflicht im Inland zu erfüllen, ist hier auch ein Gerichtsstand begründet. Ob die Arbeitsleistung im Inland den Erfüllungsort auch für den Lohnanspruch insgesamt hierher verlegt, bestimmt sich nach dem anwendbaren materiellen Recht (Art. 32 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB). Das deutsche Recht würde die Frage wohl bejahen³⁸⁾.

Besonderes Interesse verdient jedoch im vorliegenden Zusammenhang Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ, wonach Ansprüche aus unerlaubten Handlungen vor dem Gericht des Ortes geltend gemacht werden können, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Wird ein ausländischer Arbeitnehmer entgegen dem zwingend eingreifenden deutschen Recht unter Tarif bezahlt, so liegt darin nicht nur eine Vertragsverletzung, die mit einem vertraglichen Erfüllungsanspruch sanktioniert wird. Vielmehr ist er auch Opfer einer unerlaubten Handlung geworden. Zwar hat man Schwierigkeiten, das Recht auf angemessene Verwertung der Arbeitskraft als „sonstiges Recht“ i. S. des § 823 Abs. 1 BGB zu qualifizieren³⁹⁾, doch ist bei sittenwidrig niedrigen Löhnen ggfs. ein Anspruch nach § 826 BGB gegeben. Entscheidend ist je-

doch, daß ein Gesetz, das (für allgemeinverbindlich erklärte) Tarifverträge auf ausländische Arbeitnehmer erstreckt, auch deren Schutz dient: Bei Verstößen ergibt sich daher ganz generell ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, was man im Gesetz selbst deutlich machen könnte. Am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung könnte also auch nach dem EuGVÜ geklagt werden.

5. Billiglöhne als unlauterer Wettbewerb?

Wer sich durch rechtswidriges Verhalten im Wettbewerb einen Vorsprung vor seinen rechts- und vertragstreuen Mitbewerbern verschafft, handelt unlauter i. S. des § 1 UWG. Dies ist – soweit der Gesetzesverstoß bewußt und planmäßig erfolgt – in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt⁴⁰⁾. Einheitlich geht die Rechtsprechung davon aus, daß auch Tarifverträge zu den „Rechtsvorschriften“ in diesem Sinn zählen⁴¹⁾. Damit ist – wie Alfred Hueck schon in der Weimarer Zeit betonte⁴²⁾ – ein „gutes Hilfsmittel zur Durchsetzung der Tarifautonomie“ vorhanden, das auch im vorliegenden Zusammenhang nutzbar gemacht werden kann.

Die Unterschreitung des Tarifniveaus durch ausländische Unternehmen oder bei der Beschäftigung Illegaler wird i. d. R. „bewußt und planmäßig“ sein; ein bloßer Einzelfall würde selbstredend für einen Anspruch aus § 1 UWG nicht ausreichen⁴³⁾. Das Bewußtsein, rechtswidrig zu handeln, ist nicht erforderlich⁴⁴⁾. Der aus dem rechtswidrigen Verhalten folgende Vorsprung ist nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁵⁾ nicht bereits wegen der besseren betriebswirtschaftlichen Lage anzunehmen, die aus den geringeren Lohnkosten folgt; vielmehr müssen entsprechend günstigere Leistungsangebote gemacht werden. Dies kann im Einzelfall zu erheblichen Beweisproblemen führen, da das Argument bisweilen schwer widerlegbar ist, auch bei höheren Lohnkosten wäre ein Billigangebot gemacht worden, um sich so einen neuen Markt zu erschließen.

Schwierigkeiten dieser Art würden nicht entstehen, wenn bereits der Verstoß gegen die Tarifnorm als solcher den Unlauterkeitstatbestand erfüllen würde. Die Rechtsprechung lehnt dies ab und macht traditionellerweise nur bei Normen mit sittlich-rechtlichem Gehalt, in denen ein gewichtiges Allgemeininteresse zum Ausdruck kommt, eine Ausnahme⁴⁶⁾. Dies würde etwa für die Regeln des Heilpraktikergesetzes (Volksgesundheit) und des Rechtsberatungsgesetzes (Schutz des rechtsuchenden Publikums) angenommen, selbst bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen jedoch immer abgelehnt⁴⁷⁾. Das Argument, daß hinter der Allgemeinverbindlicherklärung ein wichtiges öffentliches Interesse stehe, fand kein Gehör. Hieran könnte jedoch der Gesetzgeber etwas ändern: Würde er bestimmen, daß die Unterbietung

³⁶⁾ Einzelheiten bei *Verdier*, *syndicats et droit syndical*, 2e édition, vol. I, 1987, S. 590 ff.

³⁷⁾ Das Übereinkommen stammt von 1968 und ist durch den Beitritt neuer Mitgliedstaaten immer wieder verändert worden. Die jetzt im Verhältnis zu den meisten Mitgliedstaaten maßgebende Fassung findet sich in BGBl. II 1994 S. 518; das Übereinkommen ist in seiner bisherigen und seiner neuesten Form abgedruckt auch bei *Däubler/Kittner/Lörcher*, a.a.O. (Fn. 16), unter Nr. 480.

³⁸⁾ Vgl. Münch-ArbR-Hanau, § 70 Abs. 19, m. w. N.

³⁹⁾ Näher dazu *Däubler*, Arbeitsrecht 2, a.a.O. (Fn. 26), S. 336.

⁴⁰⁾ Überblick bei *Baumbach/Lauterbach*, Wettbewerbsrecht, 16. Aufl., 1990, § 1 UWG Rdn. 608 ff.

⁴¹⁾ RGZ 117 S. 16 ff.; KG WRP 1981 S. 275; OLG Hamburg NJW 1987 S. 1651; OLG Stuttgart NJW-RR 1988 S. 103; OLG Frankfurt/M. GRUR 1988 S. 844; zuletzt BGH AuR 1993 S. 377 ff.

⁴²⁾ JW 1927 S. 2367.

⁴³⁾ Ebenso OLG Köln GRUR 1991 S. 59; OLG Hamburg NJW 1987 S. 1652; *Baumbach/Hefermehl*, a.a.O. (Fn. 40), § 1 Rdn. 658, m. w. N.

⁴⁴⁾ BGH NJW 1988 S. 2471, 2473; OLG Hamburg NJW 1987 S. 1652; *Kohte* AuR 1989 S. 246.

⁴⁵⁾ BGH AuR 1993 S. 377.

⁴⁶⁾ BGH GRUR 1989 S. 118; *Baumbach/Hefermehl*, § 1 UWG Rdn. 613 ff.

⁴⁷⁾ BGH AuR 1993 S. 377. Kritisch zur Unterscheidung von „werthaltigen“ und wertneutralen Normen *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 3. Aufl., 1990, S. 336 ff.; *Sack* WRP 1985 S. 9.

der verbindlichen tariflichen Arbeitsbedingungen immer den Tatbestand des § 1 UWG erfüllt, müßte dies auch von der Rechtsprechung nachvollzogen werden.

Der Rückgriff auf das Wettbewerbsrecht ist deshalb von besonderem Interesse, weil nach § 13 UWG nicht nur ein benachteiligter Wettbewerber auf Unterlassung und Schadensersatz klagen kann. Vielmehr sind auch berufsständische Organisationen wie Industrie- und Handelskammern und Handwerkskammern sowie Verbraucherverbände klagebefugt. Anders als das Arbeitsrecht kennt das Wettbewerbsrecht die Verbandsklage, die das Risiko eines Fehlgriffs drastisch vermindert.

6. Auftragsvergabe

Die im Bausektor sehr wichtige öffentliche Hand hätte schließlich eine weitere Möglichkeit: Sie könnte Aufträge nur an solche Unternehmen erteilen, die für sich und ihre Subunternehmer die Einhaltung der tariflichen Standards verbindlich zusagen. Gibt es ein Gesetz, das Tarifverträge auch auf die hier interessierenden Beschäftigtengruppen ausdehnt, so ist es im Grunde eine Selbstverständlichkeit, daß sich Auftragnehmer daran halten; würde sich ein Bieter insoweit weigern, müßte ihm von vornherein die notwendige Zuverlässigkeit abgesprochen werden.

Auch hier muß dafür Sorge getragen werden, daß Vereinbartes und Realität übereinstimmen. Dabei könnte man sich wirtschaftlicher Mittel bedienen, die das Illegalitätsrisiko drastisch erhöhen: Man könnte z. B. im Vertrag vorsehen, daß der Einsatz von Billigarbeitskräften zu einer Minderung des Preises führt, den die öffentliche Hand für das Bauvorhaben zu bezahlen hat. Dabei

müßte die Preisreduzierung selbstredend über den ersparten Lohnkosten liegen, z. B. das Doppelte oder das Dreifache betragen. Der dahinter stehende Gedanke ist im Grunde einfach: Führt jeder aufgedeckte Verstoß zu erheblichen Gewinneinbußen, wird kein vernünftiger Unternehmer daran denken, eine Billiglohnstrategie auch nur in Erwägung zu ziehen. Ganz in Übereinstimmung mit marktwirtschaftlichen Prinzipien darf sich illegales Verhalten auf keinen Fall lohnen.

Auch das Implementationsproblem ist somit lösbar: Es bedarf nur einiger kleinerer Korrekturen von Gesetzen und Praxis.

VI. Zusammenfassung

Der Gesetzgeber kann die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge auf alle in der Bauwirtschaft Tätigen erstrecken. Er könnte auch den ins Inland entsandten sowie den scheinselfständigen und den illegal hier tätigen Arbeitnehmern einen Anspruch auf branchenübliches Entgelt einräumen.

Die praktische Umsetzung muß Kontrollrechte für staatliche Instanzen oder Gemeinsame Einrichtungen vorsehen. Wichtig wäre die Schaffung eines behördlichen Klagerechts analog § 25 HAG oder eines Rechts der Gewerkschaften, Individualansprüche in eigenem Namen geltend zu machen. Auch können gesetzwidrige Arbeitsbedingungen als unlauterer Wettbewerb im Sinne des § 1 UWG behandelt werden. Schließlich ist bei der öffentlichen Auftragsvergabe darauf zu achten, daß der Einsatz von Billigarbeitskräften ausgeschlossen wird und ein Verstoß zu einer deutlichen Minderung des von der öffentlichen Hand zu bezahlenden Entgelts führt.

Arbeitsrechtliche Entscheidungen

Lohnklage gegen Scientology: Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

Scientology e. V. ist Gewerbebetrieb und keine Kirche – Keine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften durch vereinsrechtliche Arbeitspflicht

(Bundesarbeitsgericht, Beschl. v. 22. 3. 1995 – 5 AZB 21/94; Presseinformation)

Der Senat hatte darüber zu entscheiden, ob der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet ist, wenn ein „hauptamtlich tätiges außerordentliches Mitglied“ des „Scientology Kirche Hamburg e.V.“ Arbeitsentgelt für seine Mitarbeit verlangt.

Der Kläger wurde im Januar 1990 auf seinen Antrag aufgenommen. Er verpflichtete sich zur aktiven Mitarbeit für die Dauer von mindestens fünf Jahren. In seinem Aufnahmeantrag erklärte er: „Diese Tätigkeit beruht allein auf meiner religiösen Überzeugung, die Ziele der Kirche entsprechend der Satzung zu fördern. Ich weiß, daß mir die Kirche für diese Tätigkeit kein Entgelt, sondern nur eine Unterstützung gewährt. Ich will in erster Linie meine religiösen Ziele und solche der Kirche intensiver fördern und betrachte meinen selbstlosen Einsatz nicht als Erwerbstätigkeit...“

Anschließend war der Kläger für den Beklagten bis September 1991 in der Personalabteilung tätig. Er hatte u. a. Tests mit Bewerbern durchzuführen und auszuwerten sowie Arbeitspläne aufzustellen. Im Juli 1991 trat er einen Auslandsurlaub an, ohne sich zuvor der vom Beklagten für erforderlich gehaltenen Befragung („Security-Chek“) zu unterziehen und ohne die erforderliche Abwesenheitsgenehmigung einzuholen. Daraufhin erteilte der Beklagte ihm eine „Ethik-Order“, d. h. eine schwere Verwarnung, und ordnete an, daß nur noch der „Ethik-Officer“ mit ihm Kontakt haben dürfe. Am 28. 9. 1991 beendete der Kläger seine Mitarbeit für den Beklagten. Für seine Tätigkeit erhielt der Kläger geringfügige Beträge. Er hat geltend gemacht, er sei Arbeitnehmer des Beklagten gewesen und habe Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Er habe seine Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit erbracht; der Beklagte sei ein Wirtschaftsunternehmen und keine Kirche.

Der Kläger hat vor dem ArbG Hamburg Klage auf Zahlung einer für seine Tätigkeit üblichen Vergütung erhoben. Das ArbG hat den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für unzulässig gehalten und den Rechtsstreit an das LG verwiesen. Auf die sofortige Beschwerde des Klägers hat das LAG entschieden, der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten sei zulässig. Gegen die Entscheidung des LAG hat der Beklagte weitere sofortige Beschwerde erhoben.

Der Senat hat die weitere sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Er hat die Einwendungen des Beklagten nicht für überzeugend gehalten:

Der Beklagte hat sich darauf berufen, er sei eine Kirche i. S. der Art. 4, 140 GG, Art. 137 WRV; die Verfassung gewährleiste, daß er seine Angelegenheiten selbständig ordnen und verwalten dürfe. Der Senat ist dem nicht gefolgt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG reicht es nicht aus zu behaupten, eine Gemeinschaft sei nach ihrem eigenen Verständnis eine Religionsgemeinschaft. Es muß sich auch tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild, um eine Religion oder Religionsgemeinschaft handeln. In bezug auf den Beklagten hat der Senat diese Voraussetzungen verneint. Er ist zu dem Ergebnis gelangt, daß das Auftreten der Beklagten als Kirche zum Vorwand dient, wirtschaftliche Interessen zu verfolgen.

Der Beklagte betreibt ein Gewerbe. Er verkauft an Mitglieder und Nichtmitglieder Bücher, Broschüren, er veranstaltet gegen Entgelt Seminare, Kurse und vertreibt sogenannte E-Meter. Er betreibt außerdem eine intensive Werbung für seine Produkte. Selbst die Mitgliedschaft und die „religiösen“ Dienste des Beklagten sind weitgehend kommerzialisiert. Die Mitglieder sind gehalten, Zahlungen in erheblichem Umfang zu leisten. Der Beklagte beschäftigt sogar Mitarbeiter im Außendienst, denen er Provisionen für die Anwerbung von Mitgliedern zahlt.

Der Beklagte hat weiter geltend gemacht, der Kläger habe seine Dienste auf vereinsrechtlicher Grundlage erbracht. Auch dieser