**Verfassungskonformität der Neuregelung des AÜG sowie der
Errichtung von Personal-Service-Agenturen durch das
Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt**

**Rechtsgutachten
(Zusammenfassung)**

auf Ersuchen der
Mittelstandsvereinigung Zeitarbeit (MVZ)

erstattet durch

Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer
Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M.

Hamburg

2003

Teil 5 des Rechtsgutachtens: Zusammenfassung

I. *Equal Pay* und *Equal Treatment* (§ 9 Nr. 2 AÜG)

(1) Art. 9 Abs. 3 GG schützt das Recht, Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden. Als individuelle Koalitionsfreiheit steht sie den Mitgliedern der Koalition zu, durch die kollektive Koalitionsfreiheit wird die Koalition selbst berechtigt. Über den Wortlaut der Norm hinaus ist auch die Koalitionsbetätigungsfreiheit geschützt, ebenso wie die negative Koalitionsfreiheit ein verfassungsmäßiges Recht vermittelt, Koalitionen fernzubleiben, ihnen also nicht beizutreten und sich in ihnen nicht zu betätigen

(2) Der Gesetzgeber kann diese Koalitionsfreiheit ausgestalten. Der Umstand, dass beide Tarifvertragsparteien den Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG prinzipiell gleichermaßen genießen, erfordert koordinierte Regelungen, die gewährleisten, dass die aufeinander bezogenen Grundrechtspositionen trotz ihres Gegensatzes nebeneinander bestehen bleiben können

(3) Das Gleichbehandlungsgebot nach § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG ist kein solches Gesetz zur Ausgestaltung, denn es handelt sich nicht um eine Norm, deren Ziel das Tarif- und Arbeitskampfrecht ist, um ein Gesetz, das erlassen wurde, um eben dieses Rechtsgebiet zu regeln. Adressaten der Vorschriften sind nicht die Koalitionen und die Tarifvertragsparteien, sondern der Verleiher. Die tarifrechtlichen Konsequenzen ergeben sich erst mittelbar
).

(4) Das Gleichbehandlungsgebot führt vielmehr zu einem Eingriff in die Koalitionsfreiheit:

- Zum einen ist ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Leiharbeitgeber gegeben. Der Eingriff beruht auf inadäquaten Druck zum Verbandsbeitritt oder Abschluss eines Firmentarifvertrags bzw. zur Übernahme eines Tarifvertrags der Leiharbeitsbranche durch arbeitsvertragliche Bezugnahme. Vor die Wahl gestellt, dem Gleichbehandlungsgebot der § 9 Nr. 2, § 10 Abs. 4 AÜG zu folgen oder tarifvertragliche Regelungen anzuwenden, wird ein erheblicher

Druck auf den Leiharbeitgeber hin zum Tarifvertrag ausgeübt. Dieser bestätigt sich durch die zahlreichen nach Inkrafttreten des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt abgeschlossenen Tarifverträge im Zeitarbeitsgewerbe. Dass hier der Druck nicht allein auf den Verbandsbeitritt, sondern als Alternative auf die Übernahme tarifvertraglicher Regelungen durch Bezugnahme auf den Tarifvertrag abzählt, ist unerheblich, denn die negative Koalitionsfreiheit beinhaltet nicht nur das Recht, der Koalition fernzubleiben, sondern auch von tarifvertraglichen Regelungen verschont zu bleiben. Die Verbindlichkeit der tarifvertraglich festgelegten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist anderenfalls geeignet, das Fernbleiberecht aus den Koalitionen auf ein *nudum ius* zu reduzieren

- Aus den gleichen Gründen stellt es auch einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit dar, wenn der nicht selbst tarifgebundene Arbeitgeber an die tarifvertraglich festgelegten Arbeitsbedingungen des Entleihers gebunden ist .
- Ebenso liegt ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Leiharbeitnehmer vor. Auch diese können durch das Gleichbehandlungsgebot an Tarifverträge gebunden werden, die sie nicht legitimiert haben durch Verbandsbeitritt oder freiwillige Übernahme

(5) Ebenso betroffen ist die positive Koalitionsfreiheit der Leiharbeitgeber und ihrer Verbände . Bestandteil dieser Koalitionsfreiheit ist es, gleichgewichtig die Arbeitsbedingungen zu gestalten (Paritätsgebot). Die Parität beruht auf einem gleichgewichtigen Kräfteverhältnis zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Diese ist unter Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht geboten, denn das Ergebnis der Verhandlungen beruht nicht nur auf Druck und Gegendruck der Verbandsmacht der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern ist in erster Linie von der Höhe der beim Entleiher gewährten Arbeitsbedingungen und damit auch staatlicher Vorgabe abhängig. Wie stark eine Gewerkschaft organisiert ist, spielt keine Rolle und ebenso die Verbandsmacht der Arbeitgeberseite. Angemessene Tarifverträge als Ziel der Tarifautonomie sind damit nicht mehr gewährleistet.

(6) Für diese Eingriffe in Art. 9 Abs. 3 GG fehlt die verfassungsrechtliche Rechtfertigung:

(a) Das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt ist aus formellen Gründen verfassungswidrig, denn beim Erlass wurden die Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes nicht beachtet. Das Gesetz war zustimmungsbedürftig gemäß Art. 77 Abs. 1, Abs. 2a GG aufgrund Änderungen des § 400a SGB III, wonach der zuständige Bundesminister ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung die Festsetzung von Stufen und Gewährung von Leistungen an einzelne Beamtinnen oder Beamte oder solche einer Organisationseinheit der Bundesanstalt für besondere Leistungen zu regeln. Ebenso ergibt sich die Zustimmungsbedürftigkeit aus der Veränderung des Aufgabenkanons der Arbeitsämter, wie sie im Zusammenhang der Etablierung der PSA eingetreten ist (Art. 1 Nr. 6 sowie Art. 2 Nr. 45 Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt). Die Zustimmungsbedürftigkeit ergibt sich hier aus Art. 37 Abs. 3 Satz 2 GG. Dem Begriff der dort ausdrücklich genannten Errichtung entspricht die Zuweisung neuerer Aufgaben an bestehende Behörden.

(b) Dem Eingriff in die Koalitionsfreiheit fehlen auch die materiellen Voraussetzungen. Eine Rechtfertigung durch die positive Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer oder der Gewerkschaften ist nicht möglich. Die Regelung ist nicht erforderlich zur Herstellung von funktionsfähigen Tarifstrukturen im Leiharbeitsbereich, denn das bisherige Fehlen von Tarifverträgen war nicht Zeichen der Funktionsunfähigkeit des Tarifvertragssystems in der Leiharbeitsbranche, sondern Ausdruck der negativen Koalitionsfreiheit. Auch der Schutz der Tarifautonomie der Stammebelegschaft kann zur Rechtfertigung der Regelungen nicht herangezogen werden, denn diese wird durch Leiharbeiter, die typischerweise nur als Flexibilitätsreserve des Arbeitgebers für eine kurze Zeit eingesetzt werden, nicht ausgehöhlt.

(c) Eine Rechtfertigung durch das Sozialstaatsprinzip und die davon erfassten Verfassungsgüter ist ebenfalls nicht möglich. Entsprechend den in der Entscheidung des BVerfG zum Bergmannversorgungsschein dargelegten Argumenten ist die

Bindung des Verleihers an die durch einen Tarifvertrag festgesetzten Arbeitsbedingungen des Entleihunternehmens ohne die staatliche Mitwirkung in Ansehung des einzelnen Tarifvertrags unzulässig. Mit dem Sozialstaatsprinzip ist § 9 Nr. 2 AÜG gerade noch vereinbar, da die negativen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt durch die Tarifvertragsdispositivität zumindest teilweise abgemildert werden und hinter dem Gesetz, auch wenn sie die vorgenommenen Eingriffe nicht rechtfertigen können, gewisse sozialstaatlich radizierte Anliegen vermutet werden können.

(9) Ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Verleiher sowie der Leiharbeitnehmer liegt ebenfalls vor. Die gegenläufigen Grundrechte beider müssen im Wege der praktischen Konkordanz ausgeglichen werden. Dies ist dem Gesetzgeber nicht gelungen, weil er weitergehende Einschränkungen vorgenommen hat als es zum Ausgleich der kollidierenden Rechtspositionen erforderlich war. Die Schutzvorkehrungen zugunsten des Arbeitnehmers sind unverhältnismäßig, denn sie nehmen dem Leiharbeitnehmer die Chance, durch geringere Entlohnung einen erleichterten Eintritt in den Arbeitsmarkt zu finden.

(10) Die Verfassungswidrigkeit des Gleichbehandlungsgebots ergibt sich auch aus Art. 3 Abs. 1 GG. Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten nicht anders zu behandeln, wenn zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, die eine ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Der Gesetzgeber behandelt Leiharbeitgeber anders als andere Arbeitgeber, die, auch wenn ihre Arbeitnehmer in einem fremden Betrieb arbeiten, nicht an die dort geltenden Arbeitsbedingungen gebunden werden. Für diese Ungleichbehandlung besteht keine hinreichende Rechtfertigung. Denn das Gleichbehandlungsgebot geht nicht auf die spezifischen Unterschiede von Leiharbeit zu anderen Arbeitsvertragsformen ein.

II. Die Personal-Service-Agenturen

(11) Bei der verfassungsrechtlichen Würdigung ist zu unterscheiden zwischen den gesetzlichen Voraussetzungen über die Einrichtung und das Tätigwerden von PSA und ihrem tatsächlichen Verhalten am Markt.

(12) Staatliche Marktbeteiligung oder die staatliche Unterstützung privater Marktbeteiligung greift nach h.M. nur dann in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) privater Konkurrenten ein, wenn es sich um „marktfremde“ Maßnahmen handelt, die über eine systemimmanente Verschärfung des Konkurrenzdrucks hinausgehen. Die gesetzlichen Vorgaben des § 37c SGB III sehen lediglich die Möglichkeit vor, dass der Staat durch Vertrag im Vergabebeweg zur Gründung einer PSA beiträgt, dass er sich ersatzweise an einer PSA beteiligt oder eine solche selbst gründet. Die Aussage des Gesetzes beschränkt sich somit darauf, dass der Staat sich an der Arbeitnehmerüberlassung beteiligen darf; dies reicht für die Annahme eines Eingriffs in die Berufsfreiheit jedoch nicht aus. Auch zur Annahme, dass der Staat diese Marktposition zu einem Verdrängungswettbewerb zu Lasten privater Konkurrenz missbrauchen wird, gibt die gesetzliche Regelung keinen Anlass. Sie verstößt daher nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

(13) Eine Verletzung der Berufsfreiheit privater Leiharbeitgeber kann sich im Einzelfall aus der Preisunterbietung durch PSA, genauer: ihrer Förderung durch die öffentliche Hand ergeben. PSA können dadurch in die Lage versetzt werden, ihre Leiharbeitnehmer trotz der gesetzlichen Bindung an das Gleichbehandlungsgebot oder einen Tarifvertrag günstiger anzubieten, als es nicht bezuschussten privaten Konkurrenten, die den gleichen Bindungen unterliegen, jemals möglich wäre. In diesem Fall tritt ein Verdrängungseffekt ein, der das Verdikt des sittenwidrigen Preisdumpings nach § 1 UWG rechtfertigt. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die durchschnittlichen Angebotspreise einer PSA unter den nach § 9 Nr. 2 AÜG zu bestimmenden durchschnittlichen Löhnen eines im gleichen Arbeitsamtsbezirk tätigen privaten Überlassungsbetriebes liegen.

(14) Der Verletzung des § 1 UWG korrespondiert auf verfassungsrechtlicher Ebene eine solche des Art. 12 Abs. 1 GG. Mit der Verfassungsbeschwerde kann sie jedoch

erst angegriffen werden, wenn auf Verletzung des § 1 UWG gestützte Klagen in allen Instanzen erfolglos geblieben sind. Beim Vorgehen gegen Einzelakte schlägt die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde insoweit durch, die bis auf weiteres daher unzulässig ist.

III. Zulässigkeit gegen § 9 Nr. 2 AÜG gerichteter Verfassungsbeschwerde der MVZ und ihrer Mitgliedsunternehmen

(15) Die Beschwerdeführer sind möglicherweise in eigenen Grundrechten betroffen und werden dies auch darlegen können. Insbesondere fehlt es nicht an der Unmittelbarkeit der Grundrechtsbetroffenheit. Das Gesetz drängt die Leiharbeitgeberverbände zum Abschluss von Tarifverträgen und wirkt auf deren Koalitionsfreiheit insoweit direkt gestaltend ein. Das Gleiche gilt für die Leiharbeitgeber: Ihre Arbeitsverträge werden von Gesetzes wegen für unwirksam erklärt, wenn sie den Vorgaben des § 9 Nr. 2 AÜG nicht entsprechen. Die Verpflichtung zur Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen folgt in solchen Fällen wiederum direkt aus dem Gesetz, ohne dass es noch eines dazwischen tretenden staatlichen Aktes bedürfte. Dies gilt auch dann, wenn mit Wirkung für den Leiharbeitgeber ein Tarifvertrag abgeschlossen worden ist, schon weil dies nichts an dem Umstand ändert, dass § 9 Nr. 2 AÜG den Arbeitgeber von vornherein der Möglichkeit beraubt, die Arbeitsbedingungen frei auszuhandeln. Der bei Zuwiderhandlung gegen § 9 Nr. 2 AÜG als mögliche Sanktion zu erwartende Widerruf der Überlassungserlaubnis ist kein die Unmittelbarkeit ausschließender vermittelnder Administrativakt: Für das betroffene Unternehmen führt ein bewusster Verstoß gegen das gesetzliche Verbot zur Erwirkung eines solchen Bescheids zur Gefährdung der Existenzgrundlage (auch mangels aufschiebender Wirkung eines dagegen gerichteten Widerspruchs) und ihm insofern nicht zuzumuten.

(16) Die Verfassungsbeschwerden scheitern nicht an der Gegenwärtigkeit der Betroffenheit. Das AÜG ist am 1.1.2003 in Kraft getreten, auch wenn § 9 Nr. 2 AÜG erst ab 2004 beachtlich ist. Die Vorwirkung in Form eines Drucks auf den Abschluss von Tarifverträgen ist jedoch bereits spürbar, so dass die in Betracht kommenden Beschwerdeführer bereits jetzt durch die gesetzliche Regelung beschwert sind.

(17) Gegen die gesetzliche Regelung des § 9 Nr. 2 AÜG steht der Rechtsweg nicht offen. Die allgemeine Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde steht der Zulässigkeit von Arbeitgebern erhobener Verfassungsbeschwerden ebenfalls nicht entgegen: Das „Provozieren“ eines Verwaltungsakts durch offenen Rechtsbruch zur Eröffnung des Instanzenzuges ist, wie dargelegt, jedenfalls dann nicht zumutbar, wenn, wie hier, dem Widerruf der Überlassungserlaubnis existenzgefährdende Wirkung beizumessen ist. Ein solches instanzgerichtliches Vorgehen wäre zudem aussichtslos, da die Instanzgerichte die begehrte Rechtsfolge schon kraft ihrer Bindung an § 9 Nr. 2 AÜG und der Beachtlichkeit allfälliger Tarifverträge nicht aussprechen dürften. Das Verwerfungsmonopol liegt hinsichtlich § 9 Nr. 2 AÜG beim Bundesverfassungsgericht.

(18) Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass § 9 Nr. 2 AÜG erst zum 1.1.2004 in Kraft treten wird, wäre die Verfassungsbeschwerde bereits vorher zulässig. Nicht nur darf die Unklarheit des § 19 AÜG nicht zu Lasten der Betroffenen gehen. Das BVerfG erkennt die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen gesetzliche Regelungen vor ihrem eigentlichen In-Kraft-Treten an, sofern sie – wie hier – hinreichende Vorwirkungen zeitigen. Nimmt man wie hier an, dass § 9 Nr. 2 AÜG bereits zum 1.1.2003 in Kraft getreten ist, wäre eine erst 2004 erhobene Beschwerde allerdings verfristet.

(19) Die Erfolgsaussichten eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz in Gestalt der Suspendierung des Vollzugs des § 9 Nr. 2 AÜG sind offen. Das Bundesverfassungsgericht orientiert sich insoweit an einer „Doppelhypothese“, indem es die Folgen, die sich ergeben, wenn der Vollzug des Gesetzes ausgesetzt wird, im Hauptsacheverfahren später aber für verfassungskonform erklärt wird, gegen jene abgewogen werden, die sich ergeben, wenn die Aussetzung nicht erfolgt, das Gesetz sich jedoch später als verfassungswidrig erweist. Dabei wird ein strenger Maßstab angewandt. Abwägungserheblich ist nicht zuletzt, wie sich die Suspendierung des § 9 Nr. 2 AÜG auf die Anwendung der abgeschlossenen Tarifverträge auswirkt. Je nach rechtlicher Grundposition sind die Arbeitgeber dann zur Suspendierung oder Kündigung der Tarifverträge berechtigt, womit das Ergebnis einer (wenn auch nicht paritätisch zustande gekommenen) koalitionsmäßigen Einigung negiert würde. Ohne einstweilige Anordnung bliebe es im Grundsatz bei der

stark belastenden Gleichbehandlungsregelung, die jedoch fast durchweg durch Tarifverträge eine gewisse Milderung erfahren hat. Wie das Verfassungsgericht diese Umstände gegeneinander gewichten wird, entzieht sich aus jetziger Sicht der Prognose.

Kontakt:

Bucerius Law School
Hochschule für Rechtswissenschaft
Jungiusstraße 6 / 20355 Hamburg
(040) 30 70 61 90
(040) 30 70 71 95
www.law-school.de
gregor.thuesing@law-school.de