

Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 23

Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung

7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
Ludwigsburg, 19. November 2010



ZAAR-Verlag, München 2011

Bibliografische Information der Deutschen
Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2011 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-17-6

Vorwort

Gesetzliche Lohnuntergrenzen, wie es sie in vielen Staaten innerhalb und außerhalb Europas gibt, haben viele Befürworter. Während in Frankreich ein allgemeiner Mindestlohn („SMIC“) eingeführt wurde, hat sich in Deutschland ein differenziertes, aber auch unübersichtliches System branchenbezogener Mindestentgelte etabliert: Rechtsverordnungen nach dem Arbeitnehmer-entsendegesetz (AEntG), die für Einzelbranchen Mindestlöhne festlegen, ergänzen und verdrängen die herkömmliche Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach dem Tarifvertragsgesetz. Durch mehr oder weniger willkürliche Erweiterungen des Anwendungsbereichs des AEntG werden ohne inhaltliches System Sondermindestentgeltregeln geschaffen – zum Beispiel im Pflegebereich oder künftig in der Arbeitnehmerüberlassung. Die Funktionalität dieser intransparenten Gesetzgebung ist unklar: Sollen die Arbeitnehmer vor Niedrigstlöhnen oder der Staat vor Transferleistungen geschützt oder sollen die Tarifparteien vor Wettbewerb bewahrt werden? Probleme der Diskriminierung von Arbeitnehmergruppen, Vollzugs- und Durchsetzungsprobleme kommen hinzu. Vor diesem Hintergrund ist das 7. Ludwigsburger Rechtsgespräch der Frage gewidmet, wohin die Mindestlohn-gesetzgebung treibt und wohin sie rechts- und wirtschaftspolitisch zu führen wäre.

München, November 2010

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Volker Rieble</i>	
Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne.....	17
Diskussion	42
 <i>Martina Benecke</i>	
Mindestlohn und Tarifkontrolle in der Zeitarbeit	49
Diskussion	67
 <i>Achim Seifert</i>	
Der salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC): rechtliche Gestaltung und Erfahrungen.....	75
 <i>Stefan Rixen</i>	
Staatliche Durchsetzung von Mindestlöhnen	103
Diskussion der Beiträge von Achim Seifert und Stephan Rixen	136
 <i>Georg Caspers</i>	
Mindestlohn und Tarifautonomie.....	147
Diskussion	164

Diskussionsteilnehmer	169
Sachregister	171

Autoren

Benecke, Martina, Dr. iur., ordentliche Professorin für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität Augsburg

Caspers, Georg, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Rieble, Volker, Dr. iur., ordentlicher Professor für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Rixen, Stephan, Dr. iur., ordentlicher Professor für Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht an der Universität Bayreuth

Seifert, Achim, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Abkürzungen

Abs.	Absatz, Absätze	AuR.....	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)	BAG	Bundesarbeitsgericht
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz	BAGE.....	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
AEEntG.....	Arbeitnehmerentsendegesetz	BAT.....	Bundesangestelltentarifvertrag
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BAT-O.....	Bundesangestelltentarifvertrag-Ost
a.F.	alte Fassung	BayLSG.....	Bayerisches Landessozialgericht
AFG	Arbeitsförderungs- gesetz	BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
AFRG.....	Arbeitsförderungsreformgesetz	BayVBl.....	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
AG	Amtsgericht	BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
AMP.....	Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister	BBiG	Berufsbildungsgesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	Bd.	Band, Bände
ArbG	Arbeitsgericht	BeckRS	Beck-Rechtsprechung
ArbSchG	Arbeitschutzgesetz	Begr.	Begründer/ Begründung
ArbZG.....	Arbeitszeitgesetz	BetrVG.....	Betriebsverfassungsgesetz
Art.	Artikel	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AÜG.....	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	BGBI.	Bundesgesetzblatt
Aufl.....	Auflage	BGH	Bundesgerichtshof

blz	Mitgliederzeitung der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, Berlin	CGT-FO	Confédération générale du travail – Force ouvrière
BMAS	Bundes- ministerium für Arbeit und Soziales	CGZP	Tarifgemeinschaft Christlicher Ge- werkschaften für Zeitarbeit und Personalservice- agenturen
BR-Drucks.	Bundesrats- Drucksache	DAG	Deutsche An- gestellten- Gewerkschaft
BSG	Bundes- sozialgericht	DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)
BT-Drucks.	Bundestags- Drucksache	DDR	Deutsche Demo- kratische Republik
BVerfG	Bundesverfas- sungsgericht	ders.	derselbe
BVerfGE	Entscheidungen des Bundes- verfassungs- gerichts	DGB	Deutscher Ge- werkschaftsbund
BVerfGG	Bundes- verfassungs- gerichtsgesetz	dies.	dieselbe/ dieselben
BVerwG	Bundesver- waltungsgericht	DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammer- tag
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesver- waltungsgerichts	Diss. jur.	Juristische Dis- sertation
BZA	Bundesverband Zeitarbeit	DJT	Deutscher Juristentag
ca.	circa	DM	Deutsche Mark
CFDT	Confédération Française démocratique du travail	DStR	Deutsches Steuer- recht (Zeitschrift)
CFTC	Confédération Française des tra- vailleurs chré- tiens	DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
CGT	Confédération générale du travail	EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
		EU	Europäische Union

EuGH.....	Europäischer Gerichtshof	iGZ.....	Interessenverband Deutsche Zeitarbeitsunternehmen
f., ff.	folgende	IHK.....	Industrie- und Handelskammer
FAZ.....	Frankfurter Allgemeine Zeitung	INSEE.....	Indice national des prix à la consommation
Fn.	Fußnote, Fußnoten	IWD	Institut der Deutschen Wirtschaft, Köln
FVG	Finanzverwaltungsgesetz	IWH.....	Institut für Wirtschaftsforschung, Halle
GewArch.....	Gewerbearchiv (Zeitschrift)	IZA.....	Institute for the Study of Labour, Bonn
GewO.....	Gewerbeordnung	JCP	JurisClasseur périodique, La Semaine juridique
GG	Grundgesetz	JCP (E)	JurisClasseur périodique, La Semaine juridique, édition entreprise
GPSG	Geräte- und Produktsicherheitsgesetz	JZ.....	Juristenzeitung
GüKG.....	Güterkraftverkehrsgesetz	KG	Kammergericht
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt	KRG	Korruptionsregistergesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	LAG	Landesarbeitsgericht
HAG.....	Heimarbeitsgesetz	LKA	Landes-kriminalamt
HandwO	Handwerksordnung	LSG.....	Landes-sozialgericht
Hrsg.....	Herausgeber	ME	Metall + Elektro (Zeitung)
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung	MiArbG.....	Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen
IAO	Internationale Arbeitsorganisation		
IAT	Institut für Arbeit und Technik, Gelsenkirchen		
ifo	Institut für Wirtschaftsforschung, München		
IG	Industriegewerkschaft		

NdsRpfl.....	Niedersächsische Rechtspflege (Zeitschrift)	OWiG	Gesetz über Ordnungswidrig- keiten
n.F.....	neue Fassung	PflegearbbV....	Pflegearbeits- bedingungen- verordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	PKW	Personen- kraftwagen
Nr.....	Nummer, Nummern	PostG.....	Postgesetz
NStE.....	Neue Ent- scheidungs- sammlung für Strafrecht	PSA.....	Personalservice- agenturen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht- Rechtsprechungs- report	Refa.....	Verband für Arbeitsstudien
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungs- recht	RGBL.....	Reichsgesetzblatt
NVwZ-RR.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungs- recht-Recht- sprechungsreport	Rn.....	Randnummer, Randnummern
NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	RV	Rahmentarif- vertrag
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs- report	RWI.....	Rheinisch- Westfälisches Institut für Wirt- schaftsforschung
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht	S.	siehe; Seite, Seiten
ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Trans- port und Verkehr	SchwarzArbG .	Gesetz zur Be- kämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Be- schäftigung
OLG.....	Oberlandes- gericht	SF	Sozialer Fort- schritt (Zeit- schrift)
OVG	Oberver- waltungsgericht	SG.....	Sozialgericht
		SGB	Sozialgesetzbuch
		Slg.	Amtliche Sammlung
		SMAG.....	Salaire Minimum Agricole Garanti
		SMIC	Salaire Minimum Inter- professionnel de Croissance

SMIG	Salaire Minimum Inter- professionnel Ga- ranti	wistra.....	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
SozR	Sozialrecht/Die Sozialgerichts- barkeit (Zeit- schrift)	WpHG	Wertpapier- handelsgesetz
StBp.....	Die steuerliche Betriebsprüfung (Zeitschrift)	WSI.....	Wirtschafts- und Sozialwissen- schaftliches Institut der Hans- Böckler-Stiftung
StGB	Strafgesetzbuch	ZAAR	Zentrum für Arbeits- beziehungen und Arbeitsrecht
StPO	Straf- prozessordnung	ZAF	Zeitschrift für ArbeitsmarktFors- chung
StraFO	Strafverteidiger Forum (Zeit- schrift)	ZfA.....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
SZ	Süddeutsche Zeitung	ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Ver- gaberecht
taz.....	Tageszeitung	ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Ver- brauchssteuern
Teilbd.	Teilband	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TKG	Tele- kommunikations- gesetz	ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
TV	Tarifvertrag	ZStW.....	Zeitschrift für die gesamte Straf- rechtswissen- schaft
TVG	Tarifvertrags- gesetz	ZTR.....	Zeitschrift für Tarifrecht
VBlBW	Verwal- tungsblätter für Baden-Württem- berg	ZVG	Zollverwaltungs- gesetz
vbw	Vereinigung der Bayerischen Wirt- schaft		
ver.di	Vereinte Dienst- leistungsgewerk- schaft		
VG	Verwaltungs- gericht		
vgl.....	vergleiche		
VO	Verordnung		
VwGO	Ver- waltungsgerichtso- rdnung		

Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne

Volker Rieble

Seite

I. Mindestlohnmodelle	18
II. Zentralfrage: Regelungszweck – und Regelungsalternativen	19
1. Ausbeutungsschutz	20
2. Schutz der sozialen Sicherungssysteme	21
III. Anwendungsprobleme	23
1. Wechselwirkungen mit der Tarifautonomie	23
a) Staatliche Mindestlöhne als Regelungskonkurrenz und Preissignal	23
b) Mindestlohnenttarife zulasten Dritter und tarifliche Richtigkeitsgewähr?	25
c) Mindestlohnkoppelungsgeschäfte	26
2. Geltungsbereich sektoraler Mindestlöhne	27
a) Komplizierte Geltungsbereichsanalyse	27
b) Tarifzuständigkeit als Zusatzproblem	30
c) Konsequenz: Rechtsunsicherheit kombiniert mit Straf- verfolgungsdruck	31
3. Diskriminierung durch sektorale Mindestlöhne	32
IV. Ökonomische Folgewirkungen	34
1. Mindestlohn und Arbeitslosigkeit	34
a) Marktwirkung von Preiserhöhungen	34
b) Ausgrenzungswirkung von Mindestlohn in Kombination mit Kündigungsschutz	38
V. Fazit	39
Diskussion	42

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung* (München 2011), S. 17-41

I. Mindestlohnmodelle

Wie hältst Du es mit dem Mindestlohn? Darauf gibt das deutsche Arbeitsrecht höchst unterschiedliche Antworten, die unterschiedlichem Modelldenken folgen

- Ganz klassisch und ordnungspolitisch gut begründbar ist die Absage an jeden staatlich festgesetzten Mindestlohn: Preise festzusetzen sei nicht Aufgabe des Staates, etwaigen sozialen Verwerfungen ist durch Transferleistungen zu begegnen – die dann aber auch schon wieder wie ein faktischer Mindestlohn wirken.
- Hinsichtlich der *Regelungsherkunft* lassen sich vom Staat selbst (wenn auch unter Mithilfe repräsentativer Kommissionen) festgesetzte Mindestentgelte von den allgemeinverbindlichen Mindestlohntarifen unterscheiden¹. Ersteres ist bislang nur praktisch geworden für die Pflege mit ihren Sondervorschriften im AEntG² und früher schon für die Heimarbeiter³. Dagegen ist das neue MiArbG nicht anders als das alte bislang nie zur Anwendung gelangt.
- Eng damit zusammen hängt die *Regelungsdifferenzierung*: Während die Allgemeinverbindlicherklärung von Entgelttarifen nach § 5 TVG dem klassischen Alles-oder-Nichts-Prinzip folgt, sind Mindestlöhne als „Zwischenlösung“ zwischen vollständiger Tarifgeltung oder Schutzlosigkeit konzipiert. Sie gewähren den Arbeitnehmern einen gewissen Mindestschutz, bleiben aber doch hinter den normalen Tarifentgelten zurück.
- Die *Geltungsreichweite* kann auf einzelne Berufe oder Branchen oder Wirtschaftszweige ausgerichtet sein, oder aber als allgemeiner Mindestlohn für alle Arbeitsverhältnisse und womöglich auch für arbeitnehmerähnliche Personen gelten, ganz unabhängig davon, in welchem Beruf oder welcher Branche der Betreffende tätig ist.
- Die *Geltungsintensität* schließlich kann ranggleich mit dem Tarifvertrag darauf zielen, die zu schlechte Bezahlung durch Arbeitsvertrag aufzuhalten, und sich der Mindestlohnregulierung gegenüber dem Tarifvertrag

¹ Zu Regelungsverfahren und Kompetenzen Löwisch, Die neue Mindestlohngesetzgebung, RdA 2009, 215, 222 f.; ders., Aufgaben der Rechtswissenschaften in der Arbeitsrechtspolitik, dargestellt am Beispiel der Mindestlohngesetzgebung, Festschrift Bauer, 2010, S. 693; Bieback, Die Gesetzentwürfe zur Festsetzung von Mindestlöhnen, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 359, 365; Andelewski, Staatliche Mindestentgeltregelungen, DStR 2008, 2114, 2114 ff.

² §§ 10 ff. AEntG; dazu Löwisch, RdA 2009, 215, 219. Seit 1.8. 2010 ist die Pflegearbeitsbedingungenverordnung vom 15.7. 2010 in Kraft.

³ Bieback, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, RdA 2000, 207, 207.

enthalten. So verfährt die klassische Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, weswegen es dann zur Tarifkonkurrenz zwischen dem autonomen und dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag kommen kann⁴. Der Mindestlohn kann aber auch – wie die Rechtsverordnung nach dem AEntG⁵ – dem Tarifvertrag vorgehen.

II. Zentralfrage: Regelungszweck – und Regelungsalternativen

Wozu aber dient ein Mindestlohn? Das ist die entscheidende, jüngst von Wank beleuchtete Vorfrage⁶, von der die geforderte funktionale Betrachtung abhängt. Im Kern geht es nur um eine Frage⁷: Zielt der Mindestlohn auf das Austauschverhältnis, so geht es ihm um den *Preis für geleistete Arbeit* – also um einen „Mindestwert“ der Arbeitsleistung⁸. Daneben steht der *Versorgungslohn*, der dem Arbeitnehmer einen Mindestlebensstandard sichert, also letztlich auf dessen Bedürftigkeit reagiert: Der Arbeitnehmer soll – wie man immer wieder hört – von seiner Arbeit leben können⁹. Die Werthaltigkeit seiner Arbeitsleistung spielt dann keine Rolle, ausschlaggebend ist allein der – typisierte – Bedarf. Der Arbeitgeber wird zum Unterhaltsschuldner¹⁰, wobei er freilich anders als im Familienrecht keine begrenzte Leistungsfähigkeit einwenden darf.

Für eine rechtlich-dogmatische Betrachtung ausblenden können wir sozialpolitische Wundertüten, nach denen Mindestlöhne das Allheilmittel für jedes Sozialgebrechen sind¹¹: von der Verteilungsgerechtigkeit in den Einkommen

4 Rieble/Klumpp, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 179 Rn. 25, § 186 Rn. 25 ff.

5 § 8 Abs. 2 AEntG, dazu Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl. 2011, § 8 AEntG Rn. 3 f. mit weiteren Nachweisen; Löwisch, RdA 2009, 215, 217; Willemsen/Sagan, Mindestlohn und Grundgesetz – Staatliche Lohnfestsetzung versus Tarifautonomie, NZA 2008, 1216, 1217; zur alten Rechtslage Klebeck, Grenzen staatlicher Mindestlohnartiferstreckung, NZA 2008, 446, 447 ff.

6 Wank, Mindestlöhne – Begründungen und Instrumente, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 898 ff.

7 Darauf weisen auch hin Bayreuther, Gesetzlicher Mindestlohn und sittenwidrige Arbeitsbedingungen, NJW 2007, 2022, 2025 und Waltermann, Mindestlohn oder Mindesteinkommen, NJW 2010, 801, 802.

8 In diesem Sinne etwa Bieback, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 359, 363.

9 So zum Beispiel Beschlüsse der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. Deutschen Juristentags 2010, II Mindestlohn (10) c), S. 9, abzurufen unter www.djt.de/djtmedia/files/68_djt_beschluesse.pdf; Bieback, RdA 2000, 207, 207 f.

10 Bayreuther, NJW 2007, 2022, 2025.

11 Zum Problem einer rechtlichen Bewertung des Mindestlohns Joussen, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen

über die Kaufkraftstärkung oder die Beitragsverschaffung für soziale Sicherungssysteme bis hin zur Abwendung drohender Altersarmut¹². Dahinter steht die Idee einer sozialen Planwirtschaft, die durch umfassende Regulierung für Wohlfahrt sorgt (DDR 2.0). Einer rechtlichen Analyse ist das nicht zugänglich.

1. Ausbeutungsschutz

Traditionell sollen Mindestlöhne vor Ausbeutung schützen, also davor, dass ein Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung und gemessen an deren „Wert“ zu wenig Vergütung erhält¹³. Mindestlöhne schützen insofern vor einem spezifischen Markt- und Vertragsversagen¹⁴. Sie haben im Kern dieselbe Funktion wie tarifliche Lohnfestsetzungen, die auch nur einen Mindestlohnsatz definieren, und eine gewisse Verwandtschaft zum Lohnwuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB¹⁵. Während aber der Lohnwucher als Schutzinstrument nur schwer handhabbar ist, weil repräsentative Entgelterhebungen die Ausnahme sind (es müsste einen örtlichen Lohnspiegel vergleichbar dem Mietspiegel geben und das auch noch aufgeschlüsselt nach unterschiedlichen Tätigkeiten in unterschiedlichen Branchen) und auch Tarifentgelte vielfach nicht mehr repräsentativ sind¹⁶, kann ein Mindestlohn eine inhaltlich klare Vorgabe machen¹⁷. Diesem traditionellen Konzept entsprechen dann auch sektoral unterschiedliche Mindestlöhne – weil die Arbeitswertigkeit nicht für alle gleich ist. Auf der anderen Seite kann es Lohngerechtigkeit durch Mindest-

empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?, JZ 2010, 812, 818 f.

- 12 *Bartsch*, Was bringt ein gesetzlicher Mindestlohn für Deutschland, Studie im Auftrag von ver.di, 2009, S. 67, abzurufen unter www.mindestlohn09.de/w/files/pdf/milo_studie_bartsch_julio9.pdf; NGG und ver.di, Arm trotz Arbeit? Deutschland braucht den gesetzlichen Mindestlohn, abzurufen unter www.initiative-mindestlohn.de/mitmachen/kampagnen_material/argumente_illustriert.pdf; *Kalina/Weinkopf*, Ein gesetzlicher Mindestlohn auch in Deutschland?!, IAT-Report 2006-6, S. 3, abzurufen unter <http://iat-info.iatge.de/iat-report/2006/report2006-06.pdf>; kritisch *Franz*, Der trügerische Charme des Mindestlohns, ZAF 4/2007, S. 431, 432 ff.
- 13 *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. B 77; *Wank*, Gedanken zur Lohngerechtigkeit, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 453, 453.
- 14 Auch *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2023 f.
- 15 *Waltermann* (Fn. 13), S. B 75 ff., 119.
- 16 Siehe aber für die Ausrichtung des Lohnwuchertatbestands am Tariflohn jüngst BAG 22.4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837; dazu *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2022 ff.
- 17 *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2024: „one size fits all“.

löhne nicht geben – weil es keine Erkenntnis über den gerechten Lohn gibt¹⁸. Mindestlöhne können nicht positiv Austauschgerechtigkeit schaffen, sie können nur negativ den Ausbeutungslohn beanstanden und kassieren – dann aber nicht nur gegenüber Marktversagen, sondern auch zulasten des Tarifversagens¹⁹. Tarifaufonomie garantiert keinen Freiraum zu tariflichen Hungerlöhnen²⁰.

2. Schutz der sozialen Sicherungssysteme

Der Paradigmenwechsel zum Versorgungslohn ist nicht ganz einfach. Der Arbeitgeber ist nicht Unterhaltsschuldner des Arbeitnehmers; das Arbeitsentgelt ist Gegenleistung für Arbeit und nicht Versorgung²¹ – weswegen auch Teilzeitkräfte trotz gleichem Unterhaltsbedarf weniger verdienen als Vollzeitler. Nur bei Ausbildungsvergütungen sieht das Berufsbildungsgesetz eine Pflicht des Arbeitgebers, den Auszubildenden zu alimentieren²². Mit dem Arbeitsverhältnis verspricht der Arbeitgeber auch keine Adoption auf Zeit. Erklären kann man diesen funktionalen Schwenk nur mit *Waltermann* durch den Schutz des Staates und seiner sozialen Sicherungssysteme vor Mitnahmeeffekten²³. In der Tat ist es traditionellerweise so, dass auch niedrige Arbeitsentgelte entsprechend den Bedürfnissen des Arbeitnehmers aufgestockt werden – entweder durch Ergänzungsunterhalt der Unterhaltspflichtigen (vor allem im Ausbildungsverhältnis) oder aber vom „aufstockenden“ Staat²⁴. Der geringe Lohn impliziert die sozialrechtliche Bedürftigkeit und regt Mitnahmeeffekte an; Arbeitgeber können auf mittelbare

18 Wank, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 453, 453. Das BGB kennt generell keinen *iustum pretium*, allgemein Säcker, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 1, Teilbd. 1, 5. Aufl. 2007, Einleitung BGB Rn. 36 f.

19 Bayreuther, NJW 2007, 2022, 2223 ff.; Wank, Festschrift Buchner, 2009, S. 899, 900 ff.; Fischer, Gesetzlicher Mindestlohn – Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit?, ZRP 2007, 20, 21 f.; zum Markt- und Tarifversagen schon Rieble/Klebeck, Gesetzlicher Mindestlohn?, ZIP 2006, 829, 830, 836.

20 Insoweit im Kern allgemeine Meinung BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971; Otto, Tarifizensur und Arbeitskampf, Festschrift Konzen, 2006, S. 663, 677; Rieble/Klebeck, ZIP 2006, 829, 836.

21 Bayreuther, NJW 2007, 2022, 2025.

22 Schlachter, in: ErfK (Fn. 5), § 17 BBiG Rn. 2.

23 Waltermann (Fn. 13), S. B 115.

24 Zu Aufstockungsleistungen Bieback, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 359, 363; Waltermann, NJW 2010, 801, 802 f.; ders., Mindestlohn, Mindesteinkommen, Mindestsicherung – Eine Bewertung aus der Sicht des deutschen Arbeits- und Sozialrechts, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 110, 114 f., 117 f.

Lohnsubventionen bauen²⁵. Arbeitsentgelt und Sozialleistung korrespondieren von vornherein miteinander²⁶.

Dass der Staat „im Prinzip“ zum Schutz seiner Sicherungssysteme Arbeitsverhältnisse verbieten kann, die eine entsprechende Bedürftigkeit auslösen, lässt sich kaum bestreiten²⁷. Ob ein „integratives“ Konzept der negativen Einkommenssteuer²⁸ besser funktioniert, weiß man nicht; die Entscheidung zwischen solchen Systemen wird jedenfalls verfassungsrechtlich nicht vorgegeben²⁹.

Akzeptiert man diese grundsätzliche Einsicht, dass Mindestlöhne die sozialen Sicherungssysteme vor Mitnahmeeffekten sichern dürfen, bleibt eine Frage offen: Welche Arbeitszeit mutet man dem Mindestlöhner zu – oder anders gewendet: Mit welchem Arbeitszeiteinsatz muss der Mindestlöhner sein Dasein fristen können? Hier wird bislang vorschnell mit den tariflichen Arbeitszeiten von 35 bis 37,5 Stunden operiert³⁰. Das leuchtet nicht recht ein, weil nicht nur dem Arbeitgeber, sondern auch dem bedürftigen Arbeitnehmer ein Opfer zum Schutz des Staates und seiner Sicherungssysteme zugemutet werden kann. Insofern ist es ohne weiteres vorstellbar, Arbeitnehmern bis zur gesetzlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden eine entsprechende Arbeitsanstrengung zuzumuten – oder das sozialrechtliche Zumutbarkeitsmaß etwa bei 44 Stunden enden zu lassen. Schon die 40-Stunden-Woche ist jedenfalls sozialrechtlich kein Leitbild. So oder so ergeben sich dann andere Mindestlohnstundensätze als bei den bisherigen Berechnungen. Und es bleibt ein hinreichender Anreiz für den Arbeitnehmer, sich anzustrengen, um aus dem Mindestlohnstatus herauszukommen, kurz: Eigenverantwortung für das eigene Dasein zu übernehmen.

25 Rieble/Klebeck, ZIP 2006, 829, 836; Waltermann, Wesentliche Aussagen des Gutachtens zur Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. Deutschen Juristentags Berlin 2010, NZA 2010, 860, 864.

26 Waltermann (Fn. 13), S. B 89 ff.

27 Willemssen/Sagan, NZA 2008, 1216, 1219; anderer Ansicht Forkel, Ein gesetzlicher Mindestlohn ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, ZRP 2010, 115, 116 f.: Mindestlohn als gegebenenfalls unzulässige Sonderabgabe.

28 Grundlegend Friedman, Kapitalismus und Freiheit, 3. Aufl. 2006, S. 227 ff.; Fn. 113.

29 Rieble/Klebeck, ZIP 2006, 829, 836.

30 Bispinck/Schäfer/Schulten, Argumente für einen gesetzlichen Mindestlohn, WSI-Mitteilungen 2004, 575, 576, abzurufen unter www.boeckler.de/pdf/wsimit_2004_10_bispinck_schaefer.pdf.

III. Anwendungsprobleme

1. Wechselwirkungen mit der Tarifautonomie

a) Staatliche Mindestlöhne als Regelungskonkurrenz und Preissignal

Staatliche Mindestlöhne machen autonome tarifliche Lohnsätze zu einem gewissen Maß überflüssig³¹. Ebenso die betroffenen Gewerkschaften. Für diejenigen Arbeitnehmer, die in den Genuss des Mindestlohns kommen, ist die Gewerkschaftsmitgliedschaft sinnarm³². Soweit der Staat auch noch die Durchsetzung der Mindestlöhne übernimmt, büßen Gewerkschaften ihre Rechtsschutzfunktion ein³³. Insofern geht es einmal um die verfassungsrechtliche Grundsatzfrage, welche Grenzen dem Staat gezogen sind, wenn er die Lohnsetzung und damit eine Kernaufgabe der Tarifparteien an sich zieht³⁴. Das ist Gegenstand nicht meines, sondern des Vortrags von *Georg Caspers*.

Neben der verfassungsrechtlichen Sichtung bleibt eine nicht unbedeutende Funktionalitätserwägung. Der Mindestlohn ist ein doppeltes Preissignal: Er bedeutet nicht nur die rechtliche Anweisung, ein unzureichendes Entgelt zu erhöhen, sondern zugleich ein Signal, dass höhere Löhne nicht erforderlich oder angezeigt sind. Der Mindestlohn signalisiert dem Arbeitgeber, dass er mit ihm genug getan hat. Warum soll ein Unternehmen gering qualifizierten Mitarbeitern mehr als den Mindestlohn bezahlen? Knappheitserwägungen spielen hier, anders als bei den Fachkräften, keine Rolle.

So gesehen kann ein Mindestlohn nicht bloß unzureichende Tariflöhne nach oben korrigieren, er delegitimiert zugleich höhere tarifliche Entgelte im

31 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 831; implizit *Fischer*, ZRP 2007, 20, 21; zur Normsetzungskonkurrenz *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216, 1221 f.; *Moll*, Staatliche Vergütungsregulierung zwischen Tarifautonomie und Grundrechtseingriff, RdA 2010, 321, 325.

32 Mit Bedenken bezüglich gewerkschaftlicher Organisationsfähigkeit *Kocher*, Mindestlöhne und Tarifautonomie – Festlegung allgemeiner Mindestentgelte durch Verbindlicherklärung nach AEntG, NZA 2007, 600, 601; *Büdenbender*, Die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz, RdA 2000, 193, 203 f.

33 Zur Durchsetzung und Kontrolle der Mindestlöhne nach AEntG und MiArbG: *Löwisch*, RdA 2009, 215, 217, 219; *Bosch/Weinkopf/Kalina*, Mindestlöhne in Deutschland, Expertise im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2009, S. 47 f.; zur Rechtsschutzfunktion *Löwisch/Rieble*, in: MünchArbR (Fn. 4), § 161 Rn. 20 ff.

34 Dazu unter anderem *Sittard*, Verfassungs- und europarechtliche Anmerkungen zu den Mindestlohnbeschlüssen des Deutschen Juristentags, NZA 2010, 1160, 1160 ff.; *Sodan/Zimmermann*, Tarifvorrangige Mindestlöhne versus Koalitionsfreiheit – Die Neufassungen des Mindestarbeitsbedingungengesetzes und des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, NJW 2009, 2001, 2003 ff.; *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216, 1216 ff.

selben Wirtschaftszweig³⁵. Ganz unabhängig von seiner unmittelbaren Regelungsfunktion gegenüber den autonom tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern entfaltet der Tarifvertrag typischerweise eine marktprägende Wirkung³⁶, so dass auch tariffreie Arbeitgeber sich an die Tarifentgelte „anlehnen“³⁷. Ein vom Tarifvertrag unabhängiger Mindestlohn kann diese Prägewirkung unterlaufen. Verfassungsrechtlich ist das kein Problem, weil die marktprägende Wirkung von Tarifverträgen gegenüber Tariffreien von der Tarifautonomie nicht umfasst ist³⁸. So gesehen konkurrieren zwei unterschiedliche kommunikative Signale: Die Tarifparteien der Branche signalisieren: Der Tariflohn ist angemessen. Der Staat dagegen – und im Fall der AEntG-Mindestlöhne mittelbar auch die Tarifparteien – sagen: Schon der allgemeine Mindestlohn reicht aus. Ein solches Lohngefälle löst Lohnsenkungsbestrebungen aus – sei es durch klassische Tariffucht, bei der sich der Arbeitgeber vom Mindestlohn einholen lässt, sei es durch Ausgliederung und Fremdvergabe³⁹. Eben zur Vermeidung eines solchen Gefälles galt früher das Alles-oder-Nichts-Prinzip: Die Allgemeinverbindlicherklärung des § 5 TVG bringt den Tarifvertrag „eins-zu-eins“ zur Anwendung⁴⁰.

Tariffucht in den Mindestlohn heißt einmal: Arbeitgeber können sich durch Lohnsenkungen oberhalb des Mindestlohns teilweise refinanzieren und damit die Mindestlohnmehrbelastung kompensieren: Wenn ich für 20 Mitarbeiter das Entgelt von 7,80 € auf den Mindestlohn von 8 € anheben muss, spricht doch einiges dafür, denjenigen, die 8,20 € erhalten, künftig nurmehr den Mindestlohn zuzugestehen. Insofern schafft der Mindestlohn einen Umverteilungsanreiz von unten nach ganz unten – und in der Folge einen Gegenanreiz, den Mindestlohn zu erhöhen, um diejenigen zu schützen, die Opfer seines Senkungssogs geworden sind⁴¹.

35 So auch *Fischer*, ZRP 2007, 20, 21.

36 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Grundlagen Rn. 1, 6; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1305 ff. mit weiteren Nachweisen; für Ordnungsfunktion *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 13 ff.

37 *Rieble/Klumpp*, in: *MünchArbR* (Fn. 4), § 178 Rn. 1; *Rieble*, Arbeitsmarkt (Fn. 36), Rn. 1719 f.; *Oetker*, in: *Wiedemann* (Fn. 36), § 3 Rn. 261.

38 *Rieble*, Arbeitsmarkt (Fn. 36), Rn. 1305 ff. mit weiteren Nachweisen.

39 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 839; allgemein zu negativen Beschäftigungseffekten von Mindestlöhnen in Deutschland *Thüsing*, in: *Thüsing* (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2010, Einleitung Rn. 73-76 mit weiteren Nachweisen.

40 *Löwisch/Rieble* (Fn. 36), § 5 Rn. 1 ff.; *Wank*, in: *Wiedemann* (Fn. 36), § 5 Rn. 147; *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 5), § 5 TVG Rn. 5 f.

41 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 830; anderer Ansicht *Bosch/Weinkopf/Kalina* (Fn. 33), S. 37: Die Löhne der Gruppen oberhalb des Mindestlohns erhöhen sich zwecks Wiederherstellung früherer Lohndifferenzen.

Bislang kaum berücksichtigt ist der Preis als Knappheitsinformation⁴²: Geringe Löhne in bestimmten Berufen signalisieren normalerweise ein Überangebot und damit, dass sich der Berufszugang nicht lohnt⁴³. Hohe Mindestlöhne können dieses Signal stören und Ahnungslose womöglich zu einer fehlerhaften Berufswahl verleiten. Aber das ist der notwendige „Preis“ eines jeden Mindestlohns, dass er Marktgesetze teilweise außer Kraft setzt und damit auch die dezentrale Information durch Preisfindung stört⁴⁴.

b) Mindestlohtarife zulasten Dritter und tarifliche Richtigkeitsgewähr?

Tarifliche Mindestlöhne nebst Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG schaffen aus Sicht des Tarifrechtlers eine merkwürdige Situation: Die Mindestlohtarifparteien vereinbaren mit dem Mindestlohn einen Tarifvertrag, der für die eigenen Mitglieder gar nicht gilt – für diese greift ja der höhere Tariflohn. Mit Tarifautonomie im tradierten Sinn hat das zunächst nichts zu tun, weil ein solcher Tarifvertrag von vornherein nur für Außen-seiter gelten soll⁴⁵. Für die Tarifparteien selbst und deren Mitglieder spielt der Mindestlohtarif nur mittelbar eine Rolle – insofern, als die Tarifparteien diesen dann auch tarifautonom nicht mehr unterschreiten können, etwa zur Rettung eines angeschlagenen Unternehmens⁴⁶. Tarifverträge mit unmittelbarer Wirkung nur gegenüber Dritten verfehlen die Tarifautonomie und sind auch von Art. 9 Abs. 3 GG nicht geschützt⁴⁷. Denn jene, für die der Mindestlohn gelten soll, sind an den Tarifverhandlungen nicht beteiligt⁴⁸. Und diejenigen, die verhandeln, haben allenfalls einen gewissen Konkurrenzschutz im Sinn – und manchmal nur diesen, wie die Posse um den Briefdienst-mindestlohn gezeigt hat⁴⁹.

Früher einmal hatte man darüber gestritten, ob Tarifverträge, die von vornherein nach Allgemeinverbindlichkeit streben, vom TVG gebilligt würden

42 Zum „Preis-Problem“ auch Wank, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 903.

43 Wank, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 901, 903.

44 Vgl. Wank, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 901: „Vom Markt her gesehen gibt es keine Mindestlöhne.“

45 Löwisch, Staatlicher Mindestlohn rechtlich gesehen – Zu den gesetzgeberischen Anstrengungen in Sachen Mindestlohn, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik 2008/4, S. 10; Klebeck, NZA 2008, 446, 449; Bieback, RdA 2000, 207, 213 f.

46 § 8 Abs. 2 AEntG, siehe Fn. 5; kritisch gegenüber Verdrängung mitgliedschaftlich legitimer Tarifverträge Rieble/Klumpp, in: MünchArbR (Fn. 4), § 186 Rn. 25 ff.

47 Rieble/Klebeck, ZIP 2006, 829, 831 f.

48 Vgl. zur Legitimation der Tarifgeltung aufgrund Mitgliedschaft und innerverbandlicher Beteiligung Rieble/Klumpp, in: MünchArbR (Fn. 4), § 163 Rn. 17, § 164 Rn. 5 ff.

49 Greiner, Das VG Berlin und der Post-Mindestlohn, BB 2008, 840, 842 f.

(Böttcher)⁵⁰. Heute anerkennt das AEntG Mindestlohntarifverträge, die überhaupt nur für Dritte gelten und bei denen allein der Staat darüber wachen kann, dass die Tarifparteien nicht ihre Interessen auf dem Rücken der Außenseiter austragen⁵¹. Immerhin gibt es ein mittelbares und schwaches Korrektiv: Je näher der Mindestlohn an den Tariflohn rückt, desto unattraktiver wird die Gewerkschaftsmitgliedschaft⁵². Schon deshalb haben Gewerkschaften ein gewisses Abstandsinteresse.

c) Mindestlohnkoppelungsgeschäfte

Bislang wenig bedacht sind die Wechselwirkungen von Mindestlohnverhandlungen mit den allgemeinen Tarifverhandlungen⁵³. Hier findet nämlich typischerweise eine Koppelung statt: Die Arbeitgeberseite „verkauft“ ihre Zustimmung zum Mindestlohntarifvertrag gegen eine Mäßigung im autonomen Tarifgeschäft. Das ist einerseits verständlich: Gewerkschaften können Mindestlohntarife typischerweise nicht durch Streiks durchsetzen – gerade weil sie für die eigenen tarifgebundenen Mitglieder doch gar nicht gelten. Ein Sympathiestreik der mindestlohn betroffenen Arbeitnehmer bei tariffreien Arbeitgebern ist schwerlich geeignet, die Mindestlohntarifverhandlungen zu beflügeln⁵⁴. Dementsprechend kann die Gewerkschaft Mindestlöhne vor allem dadurch erreichen, indem sie Zurückhaltung bei den Tariflöhnen verkauft.

Auf der anderen Seite besteht ein ökonomischer Zusammenhang: Normalerweise werden tarifliche Entgeltsteigerungen durchaus durch die potenzielle Außenseiterkonkurrenz begrenzt. Der Arbeitgeberverband kann darauf hinweisen, dass übermäßige Lohnerhöhungen Mitglieder oder Teile von deren wirtschaftlicher Betätigung in die Tariflosigkeit treiben. Und dementsprechend liegt es nicht fern, die Begrenzung jener Außenseiterunterbietungskonkurrenz gegen Tarifvernunft zu „verkaufen“. So sehr dies ökonomisch einleuchtet, so wenig ist das tarifpolitisch sachgerecht: Die Arbeitsbedingungen der unmittelbar tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer stehen in keinem Sachzusammenhang zu den außertariflichen Konkurrenten. Der Tarifvertrag hat nicht die Aufgabe, durch Gleichschaltung einheitliche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen – schon weil die Tarifparteien kein Mandat für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben⁵⁵.

⁵⁰ Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 67.

⁵¹ Kocher, NZA 2007, 600, 601 f.

⁵² Siehe schon Fn. 32.

⁵³ Büdenbender, RdA 2000, 193, 203; Kocher, NZA 2007, 600, 601 f. (jedoch mit Fokus auf Richtigkeitsgewähr der ausgehandelten Mindestlohntarifverträge).

⁵⁴ Zum Sympathiestreik BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055; Rieble, Das neue Arbeitskämpfrecht des BAG, BB 2008, 1506, 1506 ff.

⁵⁵ Rieble/Klumpp, in: MünchArbR (Fn. 4), § 162 Rn. 29; § 168 Rn. 1 ff.

Koppelungsgeschäfte dieser Art verraten die Tarifaufonomie und sprechen recht deutlich für einen allein vom Staat und ohne Rücksicht auf gruppen-egoistische Regelungswünsche der Tarifparteien festgesetzten Mindestlohn.

2. Geltungsreichweite sektoraler Mindestlöhne

a) Komplizierte Geltungsbereichsanalyse

Das derzeitige Modell sektoraler, also auf einen bestimmten Wirtschaftszweig oder Geltungsbereich bezogenen, Mindestlöhne führt zu erheblichen Problemen bei der Geltungsfeststellung.

Tarifverträge gelten nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG nur in ihrem Geltungsbereich, also dort, wo die Tarifparteien den Geltungsanspruch formulieren. Das gilt auch für die Rechtsverordnungen nach dem AEntG, soweit diese auf einem Mindestlohnvertrag aufsetzen⁵⁶. Allgemeinverbindlicherklärungen können den Geltungsbereich eines Tarifvertrags stets nur einschränken, aber niemals ausdehnen⁵⁷. Einen „originären“ staatlich verantworteten Geltungsbereich haben nur die Pflegemindestlöhne: Die „Pflegebranche“ ist mit ihrem fachlichen/betrieblichen Geltungsbereich in § 10 AEntG gesetzlich „definiert“⁵⁸. Und auch Mindestlöhne nach dem MiArbG müssten ihren „Wirtschaftszweig“ fachlich näher beschreiben⁵⁹.

Für die tariflich definierten Mindestlöhne muss die Geltung in einem überaus komplizierten und zwar vierstufigen Verfahren festgestellt werden:

- Zuerst enthält das AEntG selbst in § 6 Mindestlohn-Geltungsbeschränkungen und setzt insbesondere voraus, dass der Mindestlohnvertrag seinerseits Mischbetriebe und selbständige Betriebsabteilungen erfasst⁶⁰. Dabei ist die fachliche Definition nicht ganz klar. Sind Maschinenreinigungsleistungen im Sinne der Gebäudereinigungstarifverträge auch Gebäudereinigung im Sinne des AEntG? Das Gesetz kann nicht auf den Tarifvertrag verweisen und müsste selbst definieren, was „Gebäudereinigung“ ist. Mit herkömmlicher Juristentchnik würde man allenfalls jene Maschinen zum Gebäude rechnen, die dessen Bestand-

56 Löwisch, RdA 2009, 215, 216; Gussen, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (BeckOK), Edition 18 (Stand: 1.12. 2010), § 3 AEntG Rn. 8.

57 Allgemeine Meinung BAG 14.10. 1987 – 4 AZR 342/87, AP Nr. 88 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG 21.10. 2009 – 5 AZR 951/08, NZA 2010, 237; Löwisch/Rieble (Fn. 36), § 5 Rn. 15 ff., 29 ff.; Lakies, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2. Aufl. 2006, § 5 Rn. 167; Wank, in: Wiedemann (Fn. 36), § 5 Rn. 128.

58 Löwisch, RdA 2009, 215, 219.; Schlachter, in: ErfK (Fn. 5), § 10 AEntG Rn. 2.

59 Franzen, in: ErfK (Fn. 5), § 1 MiArbG Rn. 5 ff.

60 Schlachter, in: ErfK (Fn. 5), § 6 AEntG Rn. 3 ff.; Gussen, in: BeckOK (Fn. 56), § 6 AEntG Rn. 2 ff.

teil sind – also nicht die nur vorübergehend eingebrachten Produktionsmaschinen. Und was ist mit dem Reinigen von Verkehrsmitteln, welches das BAG in einer nur kühn zu nennenden Entscheidung den Gebäudereinigungstarifen zugeschlagen hat⁶¹? Ein übersehenes Problem: Manche Tarifverträge stellen in ihrem Geltungsbereich auf die fachliche Zuordnung der Einheit „Unternehmen“ ab; können solche Tarifverträge, denen die betriebliche Anknüpfung fehlt, nach dem AEntG überhaupt allgemeinverbindlich erklärt werden? Woher soll eigentlich ein Außenseiter wissen, was ein selbständiger Betriebsteil im tarifrechtlichen Sinn ist – im Unterschied etwa zum Betriebsteil des § 4 BetrVG⁶²?

- In einem zweiten Schritt müssen die im Bundesanzeiger bekannt gemachten Mindestlohnverordnungen analysiert werden, die zusätzliche Einschränkungen enthalten können. So nimmt der TV Mindestlohn Gebäude 2010 in § 1 Nr. 2 Satz 2 in Verbindung mit der Zweiten Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen in der Gebäudereinigung vom 3.3. 2010 Betriebe aus, „die überwiegend Reinigung von Verkehrs- und Freiflächen einschließlich des Winterdienstes durchführen, soweit dies durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung der Kommune übertragen ist; Entsprechendes gilt für die Stadtstaaten.“⁶³ Damit soll ersichtlich die Abgrenzung zum Abfallwirtschaftsmindestlohn geleistet werden.
- In einem dritten Schritt ist sodann der autonome Geltungsbereich des Mindestlohntarifvertrags zu ermitteln, der aber typischerweise aus anderen Tarifverträgen derselben Tarifparteien folgt – und insofern vom Verordnungsgeber mit bekannt gemacht worden ist. So folgt der Gebäudereinigungsmindestlohn etwa dem Rahmentarifvertrag Gebäudereinigung. Hier treten zusätzliche Probleme auf, weil die Tarifparteien typischerweise dynamische Verweisungen vorsehen, die aber in einer staatlichen Rechtsverordnung unzulässig sind⁶⁴. Das machen die Bekanntmachungen auch deutlich.

61 BAG 4.6. 1980 – 4 AZR 379/78, AP Nr. 32 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

62 BAG 25.1. 2005 – 9 AZR 44/04, NZA 2005, 1365; BAG 24.11. 2004 – 10 AZR 169/04, NZA 2005, 362 – jeweils für selbständige Betriebsabteilungen der Bautarife.

63 Abrufbar unter http://bundesrecht.juris.de/tvmindestlohngeb_ude_2010/BJNR503710010.html und www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/geb_udearbbv_2/gesamt.pdf.

64 BVerfG 25.2. 1988 – 2 BvL 26/84, BVerfGE 78, 32, 36; BVerfG 15.6. 1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 64; Ritgen, Entschließungs- und Inhaltsfreiheit des Verordnungsgebers bei Rechtsverordnungen nach § 1 III a AEntG, NZA 2005, 673, 675.

- Im vierten Schritt ist dann der Geltungsbereichskatalog der jeweiligen Branche zu analysieren. Dabei erfährt der Rechtsanwender Erstaunliches: Nicht nur die Maschinenreinigung sei Gebäudereinigung, sondern auch die Schädlingsbekämpfung⁶⁵.

Das alles ist vom fachlichen Zuordnungsverständnis her selbst für ausgefuchste Tarifrechtler recht schwierig, wird aber noch schwieriger für *Mischbetriebe*. Der Gesetzgeber selbst hat sich in § 6 AEntG auf die traditionelle betriebsbezogene Tarifgeltung verständigt. Ein Tarifvertrag soll danach in einem Betrieb immer nur ganz oder gar nicht gelten⁶⁶. Für branchengemischte Betriebe kommt es demnach auf das Überwiegen der jeweiligen Arbeitszeiten an⁶⁷. Eine Elektrowerkstatt mit Laden ist Einzelhandel, wenn an der Ladentheke mehr Mitarbeiter arbeiten, als in der Werkstatt⁶⁸. Erforderlich ist also eine eingehende Zeiterfassung. Die Rechtsprechung hat bislang keinen Bezugszeitraum geliefert – so dass überhaupt nicht klar ist, wie mit schwankenden Tätigkeitsumfängen umzugehen ist. Momentaufnahmen sind nicht zuverlässig. Schon eine Monatsbetrachtung könnte dazu führen, dass der betroffene Mischbetrieb zwischen den Geltungsbereichen verschiedener Tarifverträge „oszilliert“. Für eine stabile Tarifgeltung ist deshalb ein Bezugszeitraum von mindestens einem Jahr (Leitbild § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB) anzusetzen⁶⁹.

Überdies gibt es – gerade im Baugewerbe – komplizierte Sonderzuweisungen konkurrierender Branchen, bei den sogenannten „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“⁷⁰. Das alles überfordert die Rechtsanwender: Während der autonom tarifgebundene Arbeitgeber sich den Schwierigkeiten der Fest-

65 Anhang zu TV Mindestlohn Gebäude 2010 – Betrieblicher Geltungsbereich des RTV Gebäudereinigung Nr. 7.

66 *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 5), § 6 AEntG Rn. 3 ff.; *Gussen*, in: *BeckOK* (Fn. 56), § 6 AEntG Rn. 2 ff.

67 Allgemein: *von Hoyningen-Huene*, Die Anwendung des branchenfremden Tarifvertrags, *NZA* 1996, 617 ff.; *Wank*, in: *Wiedemann* (Fn. 36), § 4 Rn. 140, 150; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band I, 1997, S. 748; *Stein*, in: *Kempen/Zachert* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2006, § 4 Rn. 101; *Löwisch/Rieble* (Fn. 36), § 4 Rn. 82. Gerade für Mindestlöhne: *Hammacher*, Die Auswirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf Unternehmen der Metallindustrie, *BB* 1996, 1554, 1555.

68 BAG 25.11. 1987 – 4 AZR 361/87, *NZA* 1988, 317.

69 In diese Richtung bereits BAG 25.2. 1987 – 4 AZR 240/86, AP Nr. 81 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG 25.11. 1987 – 4 AZR 361/87 (Fn. 68); BAG 24.8. 1994 – 10 AZR 980/93, *NZA* 1995, 1116.

70 Zur „sowohl-als-auch-Tätigkeit“ BAG 24.11. 2004 – 10 AZR 169/04 (Fn. 62); BAG 12.12. 2007 – 10 AZR 995/06, *NZA-RR* 2009, 56; *Gussen*, in: *BeckOK* (Fn. 56), § 4 AEntG Rn. 6 ff.

stellung der Tarifgeltung selbst ausgeliefert hat, trifft das den Mindestlohnadressaten von Staats wegen⁷¹.

b) Tarifzuständigkeit als Zusatzproblem

Damit nicht genug: Tarifverträge können nur gelten, wenn beide Tarifparteien tarifzuständig sind⁷². Auch wenn also der Tarifvertrag einen eindeutigen Geltungsanspruch formuliert, scheitert dieser, wenn Gewerkschaft, Arbeitgeberverband oder die tarifschießende Handwerksinnung nicht tarifzuständig sind. Zwischen DGB-Gewerkschaften können Zuständigkeitskonkurrenzen überdies vom DGB-Schiedsgericht erfasst werden⁷³.

So ist die IG BAU nach ihrer Satzung zuständig für die „Gebäude-, Industrie- und Städtereinigung“, und damit auch für die Maschinenreinigung⁷⁴. Ist aber die Gebäudereinigerinnung nach den einschlägigen Ausbildungsordnungen für die Maschinenreinigung zuständig? Für die verwandte Maschinenwartung als elektrotechnischer Beruf ist jedenfalls nicht die IG BAU, sondern die IG Metall zuständig und auf Arbeitgeberseite das Elektrohandwerk. Speziell handwerksrechtliche Zusatzfragen erschweren die Tarifbeurteilung – von der Zuordnung einfacher Tätigkeiten zum Handwerk (Reinigung nach Hausfrauenart)⁷⁵ über die Frage, ob die Handwerksordnung überhaupt eine gesonderte Zuständigkeit für Betriebsabteilungen zulässt (§§ 1, 2 Nr. 3, 3 HandwO). Kaum nachvollziehbar ist die Vorstellung, der Gesetzgeber habe durch die Neufassung des § 4 Nr. 2 AEntG, der die Mindestlohnernächtigung

⁷¹ Löwisch, RdA 2009, 215, 216 ff.

⁷² BAG 19.11. 1985 – 1 ABR 37/83, NZA 1986, 480 mit der Wendung „Die Tarifzuständigkeit legt den Geschäftsbereich fest, innerhalb dessen eine tariffähige Partei Tarifverträge abschließen kann.“; BAG 24.7. 1990 – 1 ABR 46/89, NZA 1991, 21 und die Rechtsprechung zum DGB-Schiedsverfahren, etwa BAG 25.9. 1996 – 1 ABR 4/96, NZA 1997, 613 und BAG 18.7. 2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225: „Die Tarifzuständigkeit beider Tarifvertragsparteien ist notwendige Voraussetzung für den Abschluss eines wirksamen Tarifvertrags und dessen Geltung.“; Löwisch/Rieble (Fn. 36), § 2 Rn. 80 f., § 4 Rn. 63, § 4 Rn. 63; Oetker, in: Wiedemann (Fn. 36), § 2 Rn. 56 und schon Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/1, 7. Aufl. 1967, S. 445 ff.

⁷³ Löwisch/Rieble (Fn. 36), § 2 Rn. 95 ff.

⁷⁴ BAG 4.6. 1980 – 4 AZR 379/78 (Fn. 61).

⁷⁵ Einerseits Rieble, Handwerksmindestlohn als Rechtsproblem, DB 2009, 789; andererseits Schiefer/Galperin, Handwerksmindestlohn kein Rechtsproblem, DB 2009, 1238; Kluth, Die sachliche und personelle Reichweite des allgemeinverbindlichen Mindestlohntarifvertrages für die gewerblich Beschäftigten in der Gebäudereinigung, GewArch 2009, 329. Interessant ist dabei, dass die eindeutige Aussage des Gesetzentwurfs zur Handwerksnovelle (BT-Drucks. 15/1206, 33 = <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/012/1501206.pdf>), wonach einfache Tätigkeiten nicht in die Zuständigkeit von Kammer und Innung fallen sollen, argumentativ ignoriert wird. Nur das Ergebnis zählt.

nicht mehr auf das „Gebäudereinigerhandwerk“, sondern auf die „Gebäudereinigung“ als Tätigkeit bezieht, eine „gesetzliche Ermächtigung“ im Sinne einer Sondertarifzuständigkeit nur der Gebäudereinigern nur für Mindestlöhne bei Kleingewerbetreibenden geschaffen⁷⁶. Das aber hieße: Kleingewerbetreibende und Minderhandwerker sind zwar nicht gesetzliches Mitglied der Handwerkskammer (weil sie kein Handwerk und kein handwerksähnliches Gewerbe betreiben) und können auch nicht freiwillig Vollmitglied der Innung werden (§§ 18 Abs. 2, 52 Abs. 1, 58 HandwO), sondern allenfalls Gastmitglied nach § 59 HandwO. Sie könnten also an der tariflichen Willensbildung der Innung nicht mitwirken, würden aber dennoch von deren Tarifverträgen erfasst.

Für Mischbetriebe muss im Handwerk der strikte Vorrang zulassungs- oder meisterpflichtiger Handwerke beachtet werden, § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 HandwO: Wenn ein Reinigungsbetrieb mit seiner Tätigkeit auch einem Handwerk der Anlage A zur HandwO entspricht, etwa weil im Rahmen der Maschinenwartung nicht nur gereinigt, sondern auch Elektromaschinenbau betrieben wird, so sind Betriebstätigkeiten aus einem nicht zulassungspflichtigen Handwerk (hier Gebäudereinigung) kraft gesetzlicher Anordnung von vornherein „nicht wesentlich“⁷⁷. Auch können sich Innungszuständigkeiten wegen des Ausschließlichkeitsgebots in § 52 Abs. 1 Satz 3 HandwO nicht überlappen⁷⁸.

Welcher Rechtsanwender kann das noch begreifen? Jedenfalls wird man dem BMAS eine staatshaftungsrechtliche Amtspflicht auferlegen müssen, die Tarifzuständigkeit für jeden Mindestentgelttarif sorgfältig zu prüfen und etwaige Beschränkungen durch eine Regelung in der Rechtsverordnung selbst sichtbar zu machen. Die bisherige Praxis, die betroffenen Kleinunternehmen mit diesen Problemen, mit dieser extremen Anwendungsunschärfe allein zu lassen und dem Verfolgungsdruck der Finanzkontrolle Schwarzarbeit auszusetzen, ist mit rechtsstaatlichen Prinzipien kaum zu vereinbaren.

c) **Konsequenz: Rechtsunsicherheit kombiniert mit Strafverfolgungsdruck**

In der Konsequenz bedeutet diese erhebliche Unschärfe für die betroffenen Arbeitgeber ein großes Risiko: Die Nichtgewährung von Mindestentgelten ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG⁷⁹, bedrohlicher aber ist

⁷⁶ Ernstlich *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 328 f; ähnlich *Maier*, Tarif- und Arbeitsrecht in der Gebäudereinigung 2010/2011, 2010, S. 85 ff.

⁷⁷ *Honig/Knörr*, Handwerksordnung, 4. Aufl. 2008, § 1 Rn. 487.

⁷⁸ *Detterbeck*, Handwerksordnung, 4. Aufl. 2008, § 52 Rn. 17 ff.; *Honig/Knörr* (Fn. 77), § 52 Rn. 20 ff.

⁷⁹ *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 5), § 23 AEntG Rn. 2.

die Strafbarkeit nach § 266a StGB: Mit der Verkenntung des Mindestentgelts geht doch ganz typischerweise auch eine unzureichende Abführung der Sozialversicherungsbeiträge einher. Hier gilt es zu wiederholen: Die sozialversicherungsrechtliche Beitragsschuld folgt dem geschuldeten Entgelt; hier greift das Entstehungsprinzip und nicht das steuerrechtliche Zuflussprinzip⁸⁰. Wer also einem Mindestlohn unterfällt, der schuldet Beiträge nach Maßgabe des Mindestentgelts und macht sich, wenn er auch nur bedingt vorsätzlich weniger zahlt, strafbar⁸¹. Das wiederum hat zur Folge, dass die Finanzkontrolle Schwarzarbeit auch diese tarifrechtlichen Vorfragen prüfen muss – und nicht etwa die Tarifgeltung „schätzen“ darf. Dazu mehr im Vortrag von *Stephan Rixen*.

Ein einheitlicher Mindestlohn meidet all diese Schwierigkeiten. Er ist für alle Arbeitnehmer gleich, hängt nicht von konkreten tarifrechtlichen Geltungsvoraussetzungen ab (sondern nur von der Arbeitsleistung in Deutschland) und unterwirft die Arbeitgeber klaren Vorgaben und damit auch einem vorhersehbaren Verfolgungsrisiko.

3. Diskriminierung durch sektorale Mindestlöhne

Schließlich bleibt ein weiteres Problem: Sektorale Mindestlöhne diskriminieren – nach Branchen, nach Herkunft (abgesenkte Ostmindestlöhne) und vor allem mittelbar nach dem Geschlecht⁸². Letzteres wird ganz augenscheinlich, wenn man die Mindestlöhne in Frauenberufen sieht.

80 BSG 14.7. 2004 – B 12 KR 7/04 R, SozR 4-2400 § 22 Nr. 1; BSG 26.1. 2005 – B 12 KR 3/04 R, SozR 4-2400 § 14 Nr. 7; BGH 9.1. 2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, 969; BGH 16.5. 2000 – VI ZR 90/99, NJW 2000, 2993; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht (KassKomm), 67. Ergänzungslieferung 2010, § 22 SGB IV Rn. 5.

81 Zur Strafbarkeit nach § 266a StGB OLG Naumburg 1.12. 2010 – 2 Ss 141/10, nicht veröffentlicht; OLG Oldenburg 9.4. 2009 – SsBS 48/09, NdsRpfl 2009, 395.

82 *Rieble*, Diskriminierender Mindestlohn, FAZ vom 31.10. 2010, abzurufen unter www.faz.net/s/Rub58EBCDAAD2C04B7F941FA15200727E44/Doc~E08430D589C2346388A83D286D15AC426~ATpl~Ecommon~Scontent.html.

Branche	Mindestlohn (€/Std.)		Frauenanteil
	West	Ost	
Abfallwirtschaft	8,24	8,24	≈16%
Bauhauptgewerbe	10,80 - 12,90	9,25	≈13%
Bergbauspezialarbeiten	11,17 - 12,41	11,17 - 12,41	≈0,8 - 6%
Dachdecker	10,80	10,80	≈1,1%
Elektrohandwerk	9,60	8,20	≈5,2%
Gebäudereinigung	8,55 - 11,33	7,00 - 8,88	≈56,2/72,6/79%
Maler und Lackierer	9,50 - 11,50	9,50	≈6,4%
Wäschereidienstleistungen	7,65	6,50	≈81,3%
Pflegebranche	8,50	7,50	≈83 - 88%
Briefdienste (nichtig)	8,40 - 9,80	8,00 - 9,00	≈64,5%

Hohe Mindestentgelte von mehr als 10 € finden sich in Männerberufen: vom Dachdecker über das Bauhauptgewerbe bis zum Bergbau. Niedrige Mindestentgelte hingegen kennzeichnen Frauenberufe: von der Gebäudereinigung über die Wäschereien im Objektkundengeschäft bis hin zur Pflege. Etwas besser ging es den Frauen nur im vom BVerwG beanstandeten Briefzustellermindestlohn⁸³.

Unterschiedliche West- und Ostmindestlöhne lassen sich 20 Jahre nach der Wiedervereinigung ebenfalls nicht mehr rechtfertigen. Mögen hierfür auch zunächst die typischerweise geringere Produktivität der Unternehmen und die niedrigeren Lebenshaltungskosten maßgebend gewesen sein, so dass das BVerfG im Jahr 2000 den BAT-O „noch“ für sachgemäß halten konnte⁸⁴,

83 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718; Dohmen, Post-Mindestlohn ist rechtswidrig, SZ-Online vom 28.1. 2010, abzurufen unter www.sueddeutsche.de/wirtschaft/urteil-des-bundesverwaltungsgerichts-post-mindestlohn-ist-rechtswidrig-1.71209.

84 BVerfG 9.8. 2000 – 1 BvR 514/00, AP Nr. 16 zu § 1 BAT-O.

lässt sich solche Pauschalierung heute nicht mehr vertreten. Auch im Osten gibt es blühende *Cluster* und auch im Westen sind Problemregionen zu verzeichnen. Wenn Tarifparteien Entgelte regional differenzieren wollen, brauchen sie dafür – bei aller Einschätzungsprärogative – doch belastbare Daten. Erforderlich ist also (wie bei unterschiedlichen Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte) ein konkreter und nachvollziehbarer Anhaltspunkt für die unterschiedliche Belastbarkeit, der im Übrigen „schwache“ Regionen im Westen ebenso schlechterstellt. Damit ist sowohl den Tarifparteien aber auch dem Mindestlohn festsetzenden Staat der pauschale Entgeltabschlag als Instrument regionaler Wirtschaftsförderung genommen.

Aber auch die Branchendifferenzierung insgesamt ist vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes fragwürdig, wenn der veränderte Schutzzweck nunmehr auf den Lebensunterhalt und den Auszehrungsschutz der sozialen Sicherungssysteme gerichtet ist: Der Bauarbeiter braucht nicht mehr zum Leben als die Pflegekraft und bezieht auch keine höheren Sozialleistungen.

Während man bei den Ostabschlägen schon die Mindestlohntarife selbst für rechtswidrig halten kann, ist bei der sektoralen und auch frauendiskriminierenden Wirkung eine andere Sicht angebracht: Tarifparteien einer Branche tragen keine Verantwortung für Entgeltgleichheit zu anderen Branchen, für die sie gar nicht tarifzuständig sind⁸⁵. Tarifautonom kann deshalb ein Bauarbeiterentgelt selbstredend anders ausfallen als dasjenige für eine Wäschereimitarbeiterin. Die bislang rechtlich noch nicht aufgearbeitete Frage lautet indes: Darf der Staat solche autonomen Unterschiede zur Rechtfertigung für die von ihm zu verantwortenden Mindestentgeltunterschiede heranziehen? Oder gerät nicht das System einer Mindesttariflohnerstreckung insgesamt gleichheitswidrig⁸⁶?

IV. Ökonomische Folgewirkungen

1. Mindestlohn und Arbeitslosigkeit

a) Marktwirkung von Preiserhöhungen

Ob ein Mindestlohn zu zusätzlicher Arbeitslosigkeit führt, kann man nicht wissen. Unterschiedliche Studien aus unterschiedlichen Ländern besagen Unterschiedliches⁸⁷. Für Deutschland gibt es keine Modellstudie zur be-

85 EuGH 17.9.2002 – C 320-/00, Slg. 2002, I-7325 = NZA 2002, 1144 (Lawrence) zur notwendigen Identität der Regelsetzer für Anwendbarkeit des Lohngleichheitssatzes (Art. 141 EGV in der Fassung bis 30.11.2009).

86 Dazu demnächst Rieble, Entgeltgleichstellung der Frau, RdA 2011.

87 Rhein, Mindestlohn, Mindestsicherung und Mindesteinkommen in wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 92 f.; Dube/Lester/Reich, Minimum Wage Effects Across State Borders: Estimates Using Contiguous Counties, The Review of Economics and Statistics 2010, 945;

schäftigungsdämpfenden Wirkung von Mindestlöhnen – das ist auch schwer möglich, weil es hierzulande nur sektorale Mindestlöhne gibt und dies auch erst seit kurzem⁸⁸. Selbst für das Baugewerbe – in dem es Mindestlöhne schon seit 1997, also seit 13 Jahren, gibt – lässt sich nicht konkret sagen, inwieweit der Mindestlohn als solcher „verantwortlich“ für den doch erheblichen Beschäftigungsabbau in dieser Branche oder gar für den zunehmenden Fertighausbau ist⁸⁹. Immerhin haben die Tarifparteien des Baugewerbes den Mindestlohn West seit 2003 praktisch nicht mehr erhöht und 2005 sogar um 16 Cent gesenkt, auch mit Rücksicht auf die Beschäftigungswirkungen⁹⁰.

In der Ökonomie wird mitunter die Gleichgewichtsthese vertreten, wonach jeder Mindestlohn oberhalb des markträumenden Arbeitsentgelts zusätzliche Arbeitslosigkeit erzeuge⁹¹. Eben deswegen wird vor dem Mindestlohn gewarnt, weil er die für Geringqualifizierte erforderliche Lohnspreizung beschränke, ja den arbeitsmarktpolitischen Niedriglohnsektor beschneide⁹².

Card/Kruger, Minimum Wages and Employment: A Case Study of The Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania, *The American Economic Review* 2000, 1397.

- 88 Umfassende Studien zu den Auswirkungen von Mindestlöhnen in Deutschland können nur Simulationen gründen, weil es keinen allgemeinen Mindestlohn gibt: *Bauer/Kluve/Schaffner/Schmidt*, Fiscal Effects of Minimum Wages: An Analysis for Germany, *German Economic Review* 2009, 279; *Bachmann/Bauer/Kluve/Schaffner/Schmidt*, Mindestlöhne in Deutschland – Beschäftigungswirkungen und fiskalische Effekte, 2008 (RWI-Materialien Heft 43); *Bosch/Weinkopf/Kalina* (Fn. 33); *Bartsch*, Gesamtwirtschaftliche Wirkungen der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland auf der Basis der Konzeption der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di – Gutachten im Auftrag des ver.di Bundesvorstands, 2007; *ders.*, Mindestlohn (Fn. 12); *Müller/Steiner*, Would a Legal Minimum Wage Reduce Poverty? A Microsimulation Study for Germany, 2008 (IZA Discussion Paper Nr. 3491); *Rhein*, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 93.
- 89 *König/Möller*, Mindestlohneffekte des Entsendegesetzes? Eine Mikrodatenanalyse für die deutsche Bauwirtschaft, 2007 (IAB Discussion Paper Nr. 30); dazu: *Meier/Munz*, Beschäftigungseffekte von Mindestlöhnen unter Vernachlässigung der Hauptbetroffenen: Kommentar zu König und Möller, ifo Schnelldienst 15/2008, S. 32.
- 90 Tabelle für den Zeitraum 1.9. 2002 bis 1.7. 2011, abzurufen unter www.soka-bau.de/soka_bau/verfahren-_beitraege/verfahren_mindestlohn/.
- 91 *Mankiw*, Volkswirtschaftslehre, 3. Aufl. 2004, S. 424, 446; *Oschmiansky*, Arbeitsmarkttheorien und -konzepte, abzurufen unter www.bpb.de/themen/5KHHVR,0,Arbeitsmarkttheorien_und_konzepte.html; *Rhein*, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 92.
- 92 *Arentz/Eekhoff*, Mindestlöhne verringern die Beschäftigungschancen für Bezieher von Arbeitslosengeld II, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 2010, S. 26 ff.; *Franz*, ZAF 2007, 431; *Bachmann/Bauer/Kluve/Schaffner/Schmidt* (Fn. 88).

Das IAB hat immerhin 1997 die These vertreten, dass jeder Prozentpunkt der Lohnnebenkosten 100.000 Arbeitsplätze kostet⁹³; das kann für die Erhöhung von Lohnkosten nicht minder gelten!

Richtig ist gewiss, dass ein deutlich „zu hoher“ Mindestlohn die Arbeitsnachfrage dämpfen kann und insofern Beschäftigungslosigkeit erzeugen kann⁹⁴, so wie starke Tariflohnerhöhungen auch⁹⁵. Arbeitgeber sind nicht bereit, Arbeitnehmer zu beschäftigen, die aufgrund der Staatsintervention deutlich mehr kosten, als es ihrer Grenzproduktivität entspricht⁹⁶. Und ebenso haben in der Vergangenheit starke Tariflohnerhöhungen in den tarifgebundenen Großunternehmen durchaus für Beschäftigungsverlagerung ins Ausland, Arbeitsverdichtung und Rationalisierung gesorgt⁹⁷, aber eben auch zur Tarifflucht geführt⁹⁸. Exakte Zahlen liegen indes nicht vor. Umgekehrt wird den deutschen Tarifparteien immer wieder tarifpolitische Vernunft bescheinigt: Ihre Lohnzurückhaltung sei mitverantwortlich für das deutsche Beschäftigungswunder⁹⁹. Auch das weist zu der an sich selbstverständlichen Grundaussage, dass die Nachfrage auch vom Preis abhängt und dementsprechend Mindestlöhne als Preiserhöhung nachfragedämpfend wirken können. Gut gemeinte, also „soziale“ überproportionale Tarifierhöhungen in den unteren Entgeltgruppen der Industrie haben jene Tätigkeiten aus den Betrieben vertrieben; so finden sich in den meisten Metallbetrieben keine dort eingruppierten Mitarbeiter.

-
- 93 *Zika*, Die Senkung der Sozialversicherungsbeiträge, IAB-Werkstattbericht 07/1997.
 - 94 *Rhein*, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 92; *Arentz/Eekhoff* (Fn. 92), S. 26 ff.; *Franz*, ZAF 2007, 436, 436 ff.
 - 95 *Buchner*, Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?, NZA 2000, 905, 911, *Mankiw* (Fn. 91), S. 446, 669.
 - 96 *Mankiw* (Fn. 91), S. 420 ff.; *Henneberger/Haug*, Die Auswirkungen von Mindestlöhnen auf das Gleichgewicht am Arbeitsmarkt: Eine theoretische Analyse anhand der beiden Marktformen des Polypols und des Monopsons, 2010 (Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht in St. Gallen Nr. 121), S. 10; allgemein zur Grenzproduktivität *Landmann/Jerger*, Beschäftigungstheorie, 1999, S. 61 ff.
 - 97 *Möschel*, Tarifvertragsreform zwischen Ökonomie und Verfassung, BB, 2005, 490; *Fridrich*, Flüchten oder Standhalten?, ratio 2004 Nr. 2, S. 3, abzurufen unter: www.rkw-bw.de/pdf/ratio/ratio_2_2004.pdf.
 - 98 *Rieble/Klebeck*, Tariffucht ins Handwerk, BB 2008, 885; *Möschel*, BB 2005, 490; *Haisch*, Wirtschaft ohne Tarifbindung, 2008, S. 53.
 - 99 *Heuser*, Verdientes Wunder, Die Zeit vom 28.10. 2010, abzurufen unter www.zeit.de/2010/44/01-Deutschland-Wirtschaft-Konjunktur?page=2; *Plickert*, Die zwei Seiten des Exportmeisters, FAZ vom 3.8. 2010, abzurufen unter www.faz.net/-01f197; *Roth*, Schluss mit der Lohnzurückhaltung, Frankfurter Rundschau vom 8.9. 2010, abzurufen unter: www.fr-online.de/wirtschaft/schluss-mit-der-lohnzurueckhaltung/-/1472780/4629974/-/index.html.

Nur verläuft das Marktgeschehen dynamisch; einen Gleichgewichtspreis oder -lohn gibt es nicht. Niemand kann wissen, welcher Lohnsatz zu welcher Arbeitslosigkeit führt. Dazu bedürfte es nicht nur einer hinreichend sicheren Kausalbetrachtung der durch Preiserhöhung gedämpften Arbeitsnachfrage – auch das Angebotsverhalten müsste konkret vorhersagbar sein. Weil das Marktgeschehen aber ein komplexes Phänomen ist, verbieten sich entsprechende konkrete Vorhersagen: So kann es etwa sein, dass Lohn-erhöhungen in den untersten Entgeltstufen gegenfinanziert werden durch abgebremsten Lohnanstieg in anderen Entgeltsegmenten – das liegt mit Blick auf das Mindestlohnpreissignal sogar nahe¹⁰⁰. Manche Dienstleistungen können womöglich ins preiswertere Ausland verlagert werden, nicht jedoch die ortsgebundenen Dienstleistungen wie etwa Gebäudereinigung oder Wachdienste. Manche geringwertige Tätigkeit lässt sich wegrationalisieren. Der Reinigungsroboter indes ist noch nicht in Sicht.

Soweit die vom Mindestlohn erfassten Tätigkeiten unverzichtbar sind und insbesondere weder Tätigkeitsverlagerung noch anderweitige Substitution in Betracht kommen, wird der Mindestlohn zur betrieblichen Kostenerhöhung führen¹⁰¹. Ob diese schlussendlich von Verbrauchern bezahlt werden muss, hängt wiederum vom Markt ab. So könnte ein Mindestlohn in der Landwirtschaft dafür sorgen, dass deutsche landwirtschaftliche Produkte deutlich teurer werden und damit die Nachfrage etwa nach deutschem Spargel zurückgeht – und also weniger Spargelstecher gebraucht werden. Zuverlässig vorhersagen lässt sich das nicht!

Die auch hier immer wiederkehrende Kaufkrafttheorie setzt auf die Münchhausen-Methode: Der Mindestlohn solle doch durch seine Kaufkraftstärkung in den unteren Einkommensschichten sich gesamtwirtschaftlich selbst refinanzieren¹⁰². Das wurde auch gegenüber normalen Lohnerhöhungen immer wieder mantraartig behauptet¹⁰³, stimmt aber nicht¹⁰⁴. Länder mit über-

100 Zur Umverteilung Lesch, Beschäftigungs- und verteilungspolitische Aspekte von Mindestlöhnen, IW-Trends 4/2004, S. 13 ff.

101 vbw (Hrsg.), Mindestlöhne – Gefahr für den Arbeitsmarkt!, Argumentation 01/2006, S. 4, abzurufen unter: www.vbw-bayern.de/agv/vbw-Themen-Recht-Arbeitsrecht_und_Sozialrecht-Positionen_und_Argumente-Argumentationspapier_MindestloehneGefahr_fuer_den_Arbeitsmarkt--13294,ArticleID__149.htm.

102 Bartsch, Wirkungen (Fn. 88), S. 22 ff.

103 Flassbeck/Spiecker, Lohn der Arbeit, taz vom 3.2. 2006, abzurufen unter www.flassbeck.de/pdf/2006/-24.2.2006/tazlohn.pdf; Zinke, Sozial ist, was Kaufkraft schafft, blz Nr. 04-05/2010, abzurufen unter: www.gew-berlin.de/blz/20312.htm.

104 van Suntum, Die unsichtbare Hand, 3. Aufl. 2005, S. 106 ff.; Arbeitgeberverband Gesamtmetall, Die Kaufkrafttheorie – das falsche Rezept, ME Argumente Nr. 3/2005, unter www.gesamtmetall.de/gesamt-metall/meonline.nsf/id/3DA5FB747E8F5415C12570D50042049C?open&ccm=080070.

proportionalen Entgelterhöhungen wie etwa Griechenland schaffen diese Refinanzierung gerade nicht; umgekehrt hat Deutschland von seiner Lohnzurückhaltung profitiert¹⁰⁵.

b) Ausgrenzungswirkung von Mindestlohn in Kombination mit Kündigungsschutz

Das eigentliche Problem sehe ich eher in der Kombination von Mindestlohn und Kündigungsschutz: Aus Frankreich wissen wir – ohne dem Vortrag von *Achim Seifert* vorgreifen zu wollen –, dass die Verbindung von Mindestlohn und Kündigungsschutz ausgrenzende Wirkung hat: Schlecht Ausgebildete, Kranke und Behinderte, Langzeitarbeitslose und auch gerade Arabisch- oder Türkischstämmige finden schlechter Arbeit, wenn der Arbeitgeber Menschen mit geringer Produktivität nur schwer wieder los wird¹⁰⁶. Deren Einstellung zum Mindestlohn missrät dann zum wirtschaftlichen Risiko. Die Probezeit hilft wenig, weil sich die Betroffenen für sechs Monate durchaus anstrengen können. Die Kündigung von Leistungsschwachen ist zwar nach der BAG-Rechtsprechung im Prinzip möglich¹⁰⁷ – aber wie jede Kündigung riskant. Rechtsverfolgungskosten haben als Lohnnebenkosten gerade bei Arbeitnehmern mit geringer Produktivität besondere Abschreckungswirkung. Diese Ausgrenzung muss die Arbeitslosigkeit insgesamt nicht erhöhen – sie sperrt aber gerade den sozial besonders Schwachen den Marktzutritt.

Sektorale Mindestlöhne erlauben einerseits den Geringqualifizierten Ausweichbewegungen in mindestlohnfreie Branchen. Ein allgemeiner Mindestlohn dagegen kann solche Personen als „Produktivitätspeitsche“ dauerhaft vom Arbeitsmarkt verdrängen und macht dann staatliche Beschäftigungsmaßnahmen erforderlich:

¹⁰⁵ *Piper*, Deutsche Stärke und Last, SZ vom 21.3. 2010, abzurufen unter: www.sueddeutsche.de/geld/griechenland-krise-deutsche-staerke-und-last-1.20254; *Fischermann*, „Es ist mir fast peinlich“. Zwei linke deutsche Professoren streiten sich lautstark um Griechenland – und wissen, was passieren muss, Die Zeit vom 27.5. 2010, abzurufen unter: www.zeit.de/2010/22/Oekonom?page=1; IWD (Hrsg.), Arbeitsplätze beflügeln Kaufkraft, 2010 (Nr. 15), S. 4, abzurufen unter: www.iwkoeln.de/Portals/o/PDF/iwd_1510.pdf; *Heuser*, Die Zeit vom 28.10. 2010; *Plickert*, FAZ vom 3.8. 2010; *Roth*, Frankfurter Rundschau vom 8.9. 2010.

¹⁰⁶ *Rhein*, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 92 f.; IWH (Hrsg.), Ein Mindestlohn von 7,50 Euro je Stunde betrifft vor allem Arbeitsplätze im Dienstleistungssektor, Wirtschaft im Wandel 2008, S. 102 ff.; *Dercks*, DIHK Studie: Chancen nutzen, Hemmnisse beseitigen – Beschäftigung Geringqualifizierter in Deutschland, 2007 (IHK Dokument-Nr. 3711), abzurufen unter: www.karlsruhe.ihk.de/standortpolitik/Wirtschaftspolitik/Studien_zum_Arbeitsmarkt/715626/DIHK_Studie_Chancen_nutzen_Hemmnisse_beseitigen_Beschaeftigung.html.

¹⁰⁷ BAG 11.12. 2003 – 2 AZR 667/02, NJW 2004, 2545; BAG 3.6. 2004 – 2 AZR 386/03, NJW 2005, 90; *Berkowsky*, in: MünchArbR, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 115 Rn. 129.

- Ob ein dritter Arbeitsmarkt dann realitätsfrei Beschäftigungstherapie als Arbeit simuliert oder
 - ob der Staat über Arbeitsgelegenheiten (Ein-Euro-Jobs) den durch Mindestlöhne auf dem freien Arbeitsmarkt abgeschafften Niedriglohnsektor in eigener Verantwortung als Arbeitstherapie beibehält oder
 - ob die Beschäftigung für Problemgruppen doch wieder über Lohnsubventionen finanziert werden soll (die ja vom allgemeinen Mindestlohn gerade erübrigt werden sollen),
- das muss politisch entschieden werden. Jedenfalls trägt der Staat für diese Ausgrenzungswirkung die Verantwortung und muss dieser gerecht werden. Insofern ist immerhin darauf hinzuweisen, dass § 6 Abs. 7 Satz 2 AEntG für die Wäschereien gerade eine gesetzliche Mindestlohnausnahme macht, wenn der Betrieb eine Behindertenwerkstätte ist.

Von gewerblichen Unternehmen kann schwerlich erwartet werden, dass sie Arbeitnehmer zu Therapiezwecken beschäftigen – ohne dass dem Arbeitsentgelt eine hinreichend werthaltige Arbeitsleistung gegenübersteht. Unternehmen sind keine Beschäftigungsgesellschaften. Allerdings ist es durchaus denkbar, dass der Staat vergleichbar der Beschäftigungspflicht von Schwerbehinderten künftig eine Beschäftigungspflicht für Minderqualifizierte einführt. Ein Staatseingriff fordert dann den nächsten heraus. Und die Soziallasten steigen immer weiter. Alternativ bleibt solchen Geringqualifizierten nurmehr die Schwarzarbeit¹⁰⁸.

V. Fazit

Staatliche Lohnfestsetzung ist möglich, aber nicht frei von Nebenwirkungen. Die bisherige politische Linie hat zwar ordnungspolitisch an der prinzipiellen Staatsfreiheit der Lohnfindung festgehalten, aber pragmatisch sektorale Mindestlöhne zugelassen. Diese streben nach stetiger Geltungsausweitung, so dass das Prinzipielle verwässert wird und wir uns der Radio Eriwan-Antwort nähern. Spätestens wenn ein Mindestlohn für Zeitarbeit eingeführt wird, lässt sich das Grundprinzip nicht mehr halten: Wie will man Stammarbeitnehmern in Niedriglohnbereichen klarmachen, dass sie Niedriglöhne ertragen müssen, wohingegen die bei ihnen eingesetzten Leihkräfte einen Mindestlohnschutz genießen¹⁰⁹? Das ist auch vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes konzeptionell nicht mehr zu vermitteln.

¹⁰⁸ Instruktiv zur freiheitssichernden Funktion derselben: *Konrad Adam*, Lob der Schwarzarbeit, FAZ vom 16.9. 1995 (Bilder und Zeiten).

¹⁰⁹ So *Rolfs* auf dem 68. Deutschen Juristentag, zitiert in: *Baduras/Jahn*, Plädoyer für den gesetzlichen Mindestlohn, FAZ vom 23.9. 2010, abzurufen unter www.faz.net/-01i51i.

Ein gleicher und einheitlicher Mindestlohn für alle Berufe und alle Regionen in Deutschland meidet die Ungleichbehandlung, beendet Frauen- und Ossidiskriminierung, ist klar und pragmatisch zu handhaben. Er meidet manche tarifrechtliche Systemstörung und Vollzugsprobleme. Dass ein solcher Mindestlohn niedriger ausfallen muss als manche derzeitigen Mindestlöhne, ist durchweg sachgerecht. Eine Pflegekraft braucht nicht weniger zum Leben als ein Bauarbeiter. Und der Schutz der sozialen Sicherungssysteme vor mittelbarer Lohnsubvention kann ebenfalls nicht an unterschiedlichen Lohnhöhen ausgerichtet werden. Man sieht: Je stärker der Schutzzweck eines Mindestlohns verallgemeinert wird, desto weniger lassen sich branchenspezifische Mindestlöhne rechtfertigen. Der Beschluss des DJT, neben einem allgemeinen Mindestlohn dann noch die Branchenmindestlöhne beizubehalten¹¹⁰, ist Irrsinn.

Die bange Wahl zwischen Staat und Markt entscheidet sich meines Erachtens weniger am Ob eines solchen Mindestlohns als vielmehr an seiner Höhe und an Sicherungsmaßnahmen, die verhindern, dass politische Beliebigkeit und Wahlkämpfe sich der Mindestlohnfestsetzung bemächtigen. Dazu sind – neben einer gewissen institutionellen Unabhängigkeit des zur Festsetzung berufenen Gremiums – vor allem zwei materielle Schranken denkbar:

- Einmal lässt sich festlegen, dass der Mindestlohn nicht mehr als einen feststehenden Prozentsatz der Arbeitnehmer in Deutschland erfassen darf – dies vor allem zum Schutz der Tarifautonomie vor Austrocknung. Die richtige Zahl liegt irgendwo zwischen den ganz und gar unschädlichen etwa 3 % der Arbeitnehmer, die in Großbritannien vom Mindestlohn erfasst werden und den durchaus schon schädlichen etwa 16 % der vom SMIC erfassten Arbeitnehmer in Frankreich¹¹¹.
- Zweitens könnte eine feste Koppelung des Mindestlohns mit der sozialen Grundsicherung nicht nur das Lohnabstandsgebot wahren, sondern jede politisch gewollte Erhöhung des Mindestlohns auf Kosten der Arbeitgeber notwendig mit einer Erhöhung der Grundsicherung verbinden, so dass auch der Staat mehr zahlen muss und den Arbeitgebern nur zumuten kann, was ihn selbst trifft.

So oder so: Bevor der Staat mit immer neuen Branchen einen Flickenteppich unterschiedlichster sektoraler Mindestlöhne errichtet, ist ein allgemeiner

110 Beschluss 10d der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. Deutschen Juristentags 2010, S. 7, abzurufen unter www.djt.de/djtmedia/files/68_djt_beschluesse.pdf.

111 *Regnard*, Statistik kurz gefasst – Mindestlöhne 2007, S. 5, abzurufen unter http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/-/ITY_OFFPUB/KS-SF-07-071/DE/KS-SF-07-071-DE.PDF.

Mindestlohn besser – oder doch wenigstens: weniger schädlich¹¹². Ordnungspolitische Alternative ist und bleibt der Verzicht auf jeden Mindestlohn und dafür eine sozial- oder steuerrechtliche Flankierung für Geringverdiener nach dem amerikanischen Modell der *Earned Income Tax* (negative Einkommenssteuer)¹¹³. Dazu hatte sich immerhin der Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion seinerzeit in Leitsatz III 3: „Löhne und sonstige Arbeitsbedingungen werden nicht vom Staat, sondern durch freie Vereinbarungen von Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden und Arbeitgebern festgelegt“¹¹⁴ positioniert. Der derzeit beschrittene Mittelweg ist jedenfalls schlechter als beide ordnungspolitisch klaren Positionen.

112 *Eichhorst/Marx/Thode*, Atypische Beschäftigung und Niedriglohnarbeit, Bertelsmann Stiftung 2010, S. 8, 47, abzurufen unter www.bertelsmann-stiftung.de/bst/de/media/xcms_bst_dms_31250_31251_2.pdf.

113 *Friedman* (Fn. 28), S. 227 ff.; *Peter*, Der amerikanische Earned Income Tax Credit als Beispiel einer „make work pay“-Strategie, *IW-Trends* 3/2005, S. 2 ff., abzurufen unter www.iwkoeln.de/Portals/o/pdf/trends03_05_1.pdf; *Lesch*, *IW-Trends* 4/2004, S. 15.

114 Ähnlich aber bereits eingeschränkt das Lippenbekenntnis in § 1 Abs. 1 MiArbG: „Die Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen erfolgt grundsätzlich in freier Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien durch Tarifverträge.“

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank, lieber *Volker*, für das zutreffende Plädoyer zugunsten eines einheitlichen Mindestlohns. Man kann es vielleicht noch ergänzen um Überlegungen zur Institutionenökonomie und danach fragen, woher eigentlich die branchenbezogenen Mindestlöhne in Deutschland kommen. Sie sind eventuell auch darauf zurückzuführen, dass manche Branchen und ihre Verbände in der Politik etwas mehr Einfluss genießen als andere. Damit möchte ich die Diskussion eröffnen und um Wortmeldungen bitten.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Herr *Rieble*, ich bin sehr froh, dass am Ausgangspunkt Ihres Referats die Frage stand, wie wir denn überhaupt einen solchen Mindestlohn in irgendeiner Form legitimieren können. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, sind Sie ja weggegangen von einem Ansatz, der letztlich auf einer Konkretisierung von § 138 BGB beruhen würde, weil das in einen sektoralen Mindestlohn führen würde. Sie sind jetzt ausgegangen von der – wie Sie sagen – *Müntefering*-These, dass es darum geht, im Prinzip eine menschenwürdige Existenz zu gewährleisten. Nun kann man diesen Ansatz verfolgen. Für mich führt das dann allerdings zu einer Grundsatzfrage, zu der ich keine Antwort gehört habe, denn nach diesem Modell wird der private Arbeitgeber verpflichtet, über den Lohn eine Teilsozialleistung zu erbringen. Diese ist in den Lohn integriert, aber sie ist im Prinzip herauszurechnen. Da stellt sich für mich schlicht und ergreifend die Frage, woher eigentlich die Verantwortung des Arbeitgebers kommt, im Sinne einer Sonderlast für diese menschenwürdige Existenz der Arbeitnehmer zu sorgen. Wenn Sie das zu Ende denken, führt das letztlich dazu, dass Sie dann, wenn alle Arbeitgeber und Unternehmer sagen würden: „Nein, das machen wir nicht mehr, weil wir eigentlich keine Sozialleistungen erbringen wollten“, eine Pflicht zur Arbeitgeberstellung einführen müssten, damit Sie auf diese Art und Weise für den Großteil der Bevölkerung für eine menschenwürdige Existenz sorgen. Das ist *ad absurdum* argumentiert, ganz klar, aber das machen Sie auch und insofern passt das. Darauf hätte ich doch gern eine Antwort. Vielen Dank.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Um das zum Schluss aufzugreifen: Das habe ich schon vor fünf Jahren gesagt. Die Arbeitslosigkeit bekämpft man einfach dadurch, indem man jeden

Arbeitslosen verpflichtet, einen anderen einzustellen. Dann hätte man sofort keine Arbeitslosigkeit mehr. Insofern bin ich dem zynischen Denken durchaus gewachsen. Ich habe vorhin ganz bewusst gesagt, der Arbeitgeber ist natürlich gerade kein Unterhaltsschuldner, wenn er den Arbeitnehmer nicht gezeugt, nicht adoptiert und nicht verhelicht, verlebenspartnert oder sonst etwas hat. Es gibt kein familienrechtliches Band und auch kein Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis. Es geht um eine Rücksichtnahme auf Folgewirkungen in der sozialstaatlichen Unterhaltssubvention. Wir haben das im Privatrecht ganz vielfach, das können Sie bei Herrn *Westermann* in der AcP nachlesen, dass man Drittwirkungen, die außerhalb des Vertrags eintreten, innerhalb des Vertrags als Begrenzung nimmt. Natürlich dürfen Sie bis heute keine Unterhaltsvereinbarungen schließen, die zulasten der Armenkasse gehen. Das ist ganz normal, dass wir bei privatautonomen Rechtsgeschäften die Plünderung von Sozialkassen begrenzen wollen. Die einzige Ausnahme sind normalerweise nur die Tarifparteien. Denken wir nur an Kurzarbeitergeld oder denken wir an die frühere Rechtsprechung des BSG, wonach die Tarifparteien sogar erlauben konnten, dass man auf Ausbildungsunterhaltsspitzenbeträge verzichten konnte, um die eigene Kindergeldbedürftigkeit zu erzeugen. Eine Irrsinnsrechtsprechung des BSG, die der Bundesgesetzgeber korrigiert hat. Ich möchte in einer Gesellschaft Rechtsgeschäfte beanstanden, die dazu führen, dass ein Dritter bezahlen muss. Das können Sie dann Sozialbindung des Vertrags nennen, so wie es eine Sozialbindung des Eigentums gibt. Das ist zivilrechtsdogmatisch ziemlich gut erforscht. Sie können auch die Schrift von Herrn *Habersack* über Vertragsrecht und Drittinteressen dazu nehmen. Der Staat steht mit seinen Sozialleistungen nicht unabhängig neben denjenigen, die die Arbeitsvergütung regeln. Auch dann, wenn ich nach dem bisherigen System eine staatliche Grundsicherung habe, ist es doch so, dass die Vertragsparteien – Arbeitsvertragsparteien, Tarifparteien – diese in ihre Lohnfindung einkalkulieren. Wenn ich weiß, der Staat zahlt das Wohngeld, dann kann der Lohn niedriger ausfallen. Die Wechselwirkung ist einfach faktisch-ökonomisch, die Mitnahmeeffekte sind da. Dass ich diese Wechselwirkungen zum Anlass für eine Regelung nehme, um Mitnahmeeffekte zu vermeiden, auch das halte ich für völlig legitim. Die Legitimation kommt nicht etwa aus einer abstrakten Unterhaltspflicht des Arbeitgebers für alle von ihm Beschäftigten, sondern die Legitimation ist die staatlich-demokratische Legitimation, der Staat darf und will seine sozialen Sicherungssysteme vor Mitnahmeeffekten schützen. Sonst können Sie nur noch die Sozialleistungen abschaffen, damit die Leute, denen es schlecht geht, auch vom Staat keine Hilfe erhalten, damit Ihr Vertragsverhalten autonom elendiglich wird. Das wäre die Alternative. Auch sympathisch für diejenigen, die *teaparty*-mäßig vom Sozialstaat nicht viel halten, aber jedenfalls nicht unsere Verfassungsrealität. Wir haben doch inzwischen ein ganz umfassendes Vertragsrechtsregime, das Drittinteressen einbezieht. Wenn ich das recht sehe, kann ich im Zivilrecht keinen nennens-

werten legitimatorischen Widerstand entdecken, Herr *Lobinger*, es sei denn, Sie schreiben jetzt sofort etwas Neues.

Richard Giesen:

Man könnte vielleicht auch noch ergänzen, dass der Versorgungslohn aufgrund der empirischen Erkenntnisse der Vergangenheit doch in der Regel auch dasjenige war, was auch bei niedrig Qualifizierten dem Preis entspricht, den die Arbeit wert ist. Bisher gibt es einen daumenmäßigen Erfahrungssatz, nach dem man von dem leben kann, was auch niederwertige Arbeit wert ist. Erst dort, wo jemand schlecht ausgebildet ist, wo er wirklich erhebliche Integrationsprobleme hat hinsichtlich des Arbeitslebens, wird er vielleicht wirklich weniger leisten als dasjenige, das er zum Leben benötigt.

Volker Rieble:

Wobei man dazu sagen muss, es ist enorm schwierig, einen auch nur halbwegs nachvollziehbaren objektiven Wert von Arbeit festzulegen. Was Arbeit wert ist, lässt sich aus der Arbeit heraus nicht beurteilen. *Justum pretium* gibt es nicht. Der Arbeitswert kann nachfrage- und angebotsbedingt regional schwanken. In Stuttgart müssen sie natürlich für dieselbe Arbeit deutlich mehr bezahlen als Sie das etwa in Leer/Ostfriesland tun müssen. Die Insolvenz eines großen Arbeitgebers am Ort kann die Werthaltigkeit der Arbeit marktbezogen beeinträchtigen. Das alles kann kein Justizsystem simulieren. Wenn ein Justizsystem Preise simulieren könnte, dann hätte auch die Planwirtschaft des Kommunismus funktioniert. Das ist mit *von Hayek* deswegen nicht möglich, weil wir für die Feststellung der richtigen Preise so viele Informationen bräuchten, wie wir sie niemals haben werden. Da ist noch gar nicht die Rede davon, dass wir auch noch Abwägungskriterien bräuchten, die wir dann benutzen könnten. Wer jemals eine analytische Arbeitsbewertung nach Refa gesehen hat, über 53 Seiten, der weiß, was das für ein Unsinn ist. Deswegen ist es vielleicht doch eher richtig zu sagen: „Ich definiere eine allgemeine Unterschwelle und lasse alles andere dann einfach bleiben.“

Dr. Ulrich Tschöpe, Tschöpe/Schipp/Clemenz Fachanwälte für Arbeitsrecht, Gütersloh:

Selbst wenn man Ihre These teilt, vom Paradigmenwechsel hin zum Verbot der Begründung eines unterhaltsbedürftigen Arbeitsverhältnisses, das ist charmant. Dafür spricht Einiges. Bleibt aber noch die Frage nach der Antwort. Wie löst man jetzt das Problem? Bisher haben Sie noch keine Antwort geliefert, wie hoch denn der Mindestlohn tatsächlich sein muss. Sie haben etwas darum herumgeredet und haben davon gesprochen, wie

schwierig das alles ist. Ist die Lösung tatsächlich ein allgemeiner Mindestlohn? Oder muss man nicht doch eher die Frage sektoral noch einmal näher betrachten? Sie haben das bisher kritisch gesehen, weil Sie gesagt haben, es gäbe Auslegungsprobleme und ein paar andere Probleme, Koppelungsgeschäfte etc. Das kann man meines Erachtens lösen. Und wie sieht es, gerade eben angedeutet, aus, wenn man in die Region denkt? Gibt es möglicherweise die Lösung in einem regionalen Mindestlohn? Und die Kernfrage bleibt: wie hoch?

Volker Rieble:

Wie hoch, das hängt, wie schon gesagt, einerseits von dem ab, was man als Grundbedarf festlegen muss. Das ist eine politische Setzung. Wenn das BVerfG das nicht kann, dann kann ich das auch nicht. Das ist mir, ehrlich gesagt, persönlich auch Wurst, ob der Mindestlohn 6,50 €, 7,50 € oder 8,30 € beträgt. Ich zahle meiner Putzfrau in jedem Fall mehr als das. Bei mir auf der Einnahmenseite wird der Mindestlohn auch keine große Rolle spielen. Die Schwierigkeit, das festzulegen, ist also einerseits die Bedarfsorientierung. Das zweite, was ich gesagt habe, ist natürlich das Zeitopfer, das ich dem Arbeitnehmer abverlange. Was bislang völlig unberücksichtigt geblieben ist. Wie viele Stunden muss ein Mindestlöhner für den Bedarfslohn arbeiten? Das ist auch wieder eine normative Setzung.

Von regionalen Mindestlöhnen halte ich gar nichts. Wer in eine teurere Gegend Deutschlands zieht, der muss sich das eben leisten können. Es ist nicht so, dass der Staat eine München-Subvention geben muss oder eine Stuttgart-Subvention. Die sollen ruhig alle nach Berlin gehen. Es gibt viele Menschen, die ziehen um, wegen der Arbeit oder wegen der Nicht-Arbeit oder weil es irgendwo billiger ist, Landflucht, Stadtflucht. Wenn wir da anfangen, dann bekommen Sie zu viele Probleme. Ich bin auch gegen jede Staffelung von Ost- und West-Mindestlöhnen. Das ist aus meiner Sicht schon jetzt gleichheitswidrig. Das BVerfG hat 2000 gesagt, BAT ist gerade eben noch verfassungsgemäß. Kein Mensch kann mir erzählen, dass es heutzutage typisiert im Westen immer gut und im Osten immer schlecht ist. Das geht einfach nicht. Außerdem ist es auch letztlich ein Hohn, wenn ich sage: „Mindestlohn“. Dann ist der Mindestlohn eben ein Mindestlohn und damit *ein* Mindestlohn, der das unterste Maß für ganz Deutschland definiert über alle Branchen hinweg. Das finde ich glaubhaft; damit ist viel gewonnen. Dass dann der Bauarbeiter vielleicht etwas weniger bekommt, weil seine Bauergewerkschaft auf den allgemeinen Mindestlohn weniger Einfluss hat als auf den sektoralen, damit kann ich im Ergebnis leben. Ich glaube, dass wir einen massiven Gerechtigkeitszugewinn erlangen in der Abwehr von Diskriminierungsentgelten. Es gibt neuere Statistiken, die habe ich leider noch nicht so sichten können, dass ich sie Ihnen heute hätte vorstellen können,

wonach aber im untersten Entgeltbereich nahezu 80 % Frauen sind. Jetzt ist das zum Teil gerechtfertigt, weil bestimmte ältere Frauen eine deutlich schlechtere Berufsausbildung haben und damit selber schuld sind. Das ist das grandiose Versagen des sektoralen Systems, das die Männerberufe mit ihren kampfstarken mindestlohnträchtigen Gewerkschaften belohnt und damit letztlich die wahren Verlierer am Arbeitsmarkt völlig außen vor lässt. Ein klarer Schnitt für alles, das ist wie jede Pauschalierung ein bisschen ungerecht, aber es ist einfach, es ist handhabbar und es ist in seiner Klarheit im Rechtszugang eigentlich schon wieder sehr gerecht.

Thomas Lobinger:

Nur um Leerlauf zu vermeiden, weil sich sonst keiner gemeldet hat, Herr *Rieble*. Aber ich glaube, Sie machen es sich zu einfach, denn Ihre Argumentation verfängt ja nur dann, wenn wir tatsächlich nachweisen könnten, dass bei der Lohnfindung etwa die Sozialleistungen mit einkalkuliert werden. Dann kann man von mir aus von Trittbrettfahrerei sprechen. Dann bekommen wir das in der Tat hin. Im Übrigen haben Sie das Legitimationsproblem damit nicht erschlagen und Sie erschlagen es schon gar nicht mit einem Verweis auf Publikationen von Herrn *Westermann*.

Ich glaube auch, dass Ihr System, wie gerade Herr *Tschöpe* gesagt hat, meines Erachtens doch zu einem regional unterschiedlichen Mindestlohn kommen muss. Wenn Sie schon den Arbeitgeber zu Sozialleistungen verpflichten, dann müssen Sie ihn natürlich auch so binden wie den Staat. Und Sie werden doch niemanden, der in München Wohngeld beantragt, darauf verweisen, er könne ja auch nach Frankfurt an der Oder ziehen. Dort sei es ein bisschen billiger. Das tun Sie unter diesem Aspekt nicht. Also müssen Sie doch im Prinzip auch für den Mindestlohn dabei bleiben.

Die zweite Frage, die sich mir stellt, wäre: Führt Ihr System dann auch zu Grenzen, was die Ausstattung mit Sozialleistungen betrifft? Bei Ihnen hängt der Arbeitgeber an der Definition des Mindestbedarfs. Wenn der Staat nun auf einmal definiert, dass der Mindestbedarf ein bisschen höher sein müsste, dass wir den Leuten im Moment ein bisschen zu wenig geben, dann hängt der Arbeitgeber auch hieran. Ist dann irgendwann einmal eine Grenze erreicht, wenn wir mehr als eine reine Grundsicherung erreichen, wenn wir schon mittleren Lebensstandard etwa als unteren definieren und damit die Mindestlöhne immer steigen? Gibt es möglicherweise Begrenzungen für den Staat, was die Bemessung seiner Sozialleistung betrifft? Auch das sind ja alles Folgefragen, die vielleicht beantwortet werden sollten.

Volker Rieble:

Erstens nochmals: Der Arbeitgeber wird nicht sozialleistungs- oder unterhaltspflichtig. Der Staat verbietet Arbeitsverträge, die zur sozialen Bedürftigkeit führen, das ist der Unterschied. Einfach ein Verbot bestimmter Arbeitsvertragsinhalte wegen der Gemeinwohlwidrigkeit oder -schädlichkeit.

Zweitens: Ob der Staat regional unterschiedliche Sozialleistungen – etwa höheres Wohngeld in München, weil Wohnen da teurer ist – anbietet, ist seine Sache. Für ein Mindestlohnsystem brauche ich nicht auf individuelle Bedürftigkeiten abheben. Auch das kann ich unter Eigenopfer oder Eigenverantwortung desjenigen buchen, der irgendwo hinzieht, wo das Leben eben teurer ist. Es gibt übrigens auch wirklich ärmere Familien, die nicht sozialleistungsberechtigt sind, die 30 km außerhalb von München wohnen und jeden Tag pendeln und es als in hohem Maße ungerecht empfinden, dass diejenigen, die die Wohngeldberechtigungsschwelle gerade überwunden haben, hier in ihrer Trägheit besonders subventioniert werden. Deswegen würde ich dann vielleicht eher dazu neigen zu sagen: „Auch Wohngeld muss einheitlich typisiert werden. Auch da gibt es keine regionalen Unterschiede mehr.“ Aber das ist Sozialpolitik. Davon verstehe ich nichts.

Die Veröffentlichung von Herrn *Westermann* möchte ich hier nicht rezensieren. Sie finden dort jedenfalls das gesamte Schrifttum und die grundlegenden Erwägungen zur Frage, inwieweit ein Vertrag mit Rücksicht auf Dritttinteressen – die außerhalb der beiden Vertragsparteien steht, und zu denen dann natürlich auch das Gemeinwohl zählen kann – in der Lage ist, die vertragliche Anerkennung zu verweigern. Wenn Sie überlegen: Das gesamte Kartellrecht ist ein solches System; ich verweigere wettbewerbsbeschränkenden Absprachen zwischen zwei Parteien die Anerkennung und zwar allein aus dem Grund, weil Dritte in ihrer Marktfreiheit, Marktbetätigung und ihrem Wettbewerbsverhalten gestört werden. Das ist eine drittschützende vertragsrechtliche Autonomiebeschränkung, und das habe ich in der Rechtsordnung vielfach. Nehmen Sie den § 137 BGB. Das ist auch eine Beschränkung der Vertragsautonomie ganz brutal mit Rücksicht auf den Verkehrsschutz. Nehmen Sie den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten: Eine der großen Schweinereien der Vertragsrechtsordnung, bei dem einfach so einmal ein Nichteigentümer über Eigentum verfügen kann; das wird auch mit Blick auf Dritttinteressen letztlich vollzogen. Das ist ein verwobenes System. Die klassisch-privatautonome Schule, die ausschließlich auf die beiden Beteiligten eines Rechtsgeschäfts achtet, wird letztlich der Komplexität moderner Lebenswelt nicht gerecht.

Ihre letzte Frage: Was tun dagegen, dass es zu teuer wird? Das habe ich ja gesagt: Die Gefahr ist einfach, dass am Schluss der politische Wille den Mindestlohn in den Wahlkampf zieht. Da haben wir Beispiele aus anderen Staaten, dass das passiert. Wir müssen, glaube ich, erstens die Privatauto-

nomie und damit die Tarifaautonomie schützen. Ich kann mir gut vorstellen, dass man aus der Tarifaautonomie selbst einen gewissen maximalen Prozentsatz der Arbeitnehmer, die Mindestlohnberechtigt und damit von der Tarifaautonomie ausgeschaltet sind, definieren kann. Ein Land, in dem – ich überzeichne einmal – 30 % Mindestlohnempfänger sind, so dass nur noch 70 % der abhängig Beschäftigten Adressaten von autonomen Tariflöhnen sein können, da gibt es keine Tarifaautonomie mehr. Das ist zu wenig. Die Grenze ist am Schluss immer dezisionistisch, wie die Sittenwidrigkeitsgrenze – bei Darlehen durch den BGH ja auch. Wie gesagt, ich könnte mir gut vorstellen, mehr als 7 oder 8 % der erwerbstätigen und potenziell tarifgebundenen Bevölkerung darf der Staat als Obertarifpartei nicht für sich beanspruchen.

Und das andere: Sie können natürlich auch sagen, ein Mindestlohn, der darauf fußt, dass jeder Arbeitnehmer täglich dreimal im Restaurant essen gehen kann und ich ihm fünfmal Urlaub bezahle und dies und das und jenes, der gerät unverhältnismäßig, aber da gebe ich natürlich auch zu, dass die abstrakte juristische Erkenntnis mit der Wirklichkeit nichts zu tun hat, weil das ohnehin immer alles durchgewunken wird. Dementsprechend wäre es interessanter, solche verfahrensmäßigen Sicherungen einzubauen, insbesondere eine strikte Koppelung des Mindestlohns an den pauschalierten Hartz IV-Bedarfssatz, so dass der Staat immer dann, wenn er anderen Geld abverlangen will, selber draufzahlen muss. Das scheint mir eine vernünftige Selbstbegrenzung staatlicher Macht zu sein.

Richard Giesen:

Ich wollte selber noch etwas ergänzen: Ich möchte Herrn *Lobinger* in einem Punkt ein wenig Recht geben, das ist die Frage des einheitlichen Mindestlohns für ganz Deutschland. Ich denke, es hängt davon ab, wie homogen der Wirtschaftsraum in Deutschland ist. Wir haben demnächst einen europäischen Binnenmarkt auch was das Arbeitsleben anbetrifft oder den Arbeitsmarkt betrifft, und wenn man in Deutschland einmal die Situation haben sollte, von der Du, *Volker*, offenbar nicht ausgehst, dass wir keinen homogenen Wirtschaftsraum haben, sondern ein sehr starkes soziales Gefälle und ein sehr starkes Kostengefälle, dann müsste man sich meines Erachtens doch über einen regional unterschiedlichen Mindestlohn unter Einbeziehung von Bremen und nicht nur der neuen Bundesländer konkrete Gedanken machen.

Damit möchte ich aber abschließen, außer es hat sich hierdurch noch jemand zur Wortmeldung berufen gesehen und Dir, *Volker*, noch einmal danken und der neuen Referentin, der Kollegin *Benecke*, das Wort erteilen. Frau *Benecke* ist bekannt, publiziert zum Arbeitsrecht, zum Gesellschaftsrecht, zum Computerrecht, zum Bürgerlichen Recht, Professorin in Augsburg, bitte *Martina*. Vielen Dank für Deinen Vortrag.

Mindestlohn und Tarfkontrolle in der Zeitarbeit

Martina Benecke

Seite

I. Einführung	50
II. Hintergründe – etwas ausführlicher	50
1. Der gesetzliche Regelungsmechanismus	51
2. Entgeltregelungen in der Zeitarbeit – eine kurze Geschichte mit vielen Wendungen	52
3. Europarechtliche Fragen	54
III. Die Reform 2002/2003: Tariffreiheit und gesetzliche Entgelt- regelungen	55
1. Grundrechte der Zeitarbeitsunternehmen	55
2. Grundrechte anderer Betroffener	57
IV. Die Entwicklung der Folgezeit: Tarifverträge für die Zeitarbeit	58
1. Diskussion um die Tariffähigkeit der vertragsschließenden Gewerkschaft	58
2. Urteil des BAG vom 24.3. 2004	59
3. Urteil des LAG Hamburg vom 24.3. 2009	60
4. Zwischenfazit	61
V. Die letzte Entwicklung: Equal Pay und Mindestlohn im Tarif- vertrag	62
VI. Die Zukunft: Equal Pay, Mindestlohn und Tarifautonomie	63
1. Problematik des Equal Pay	63
2. Anforderungen an eine Neuregelung	64
VII. Fazit	65
Diskussion	67

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung (München 2011), S. 49-66

I. Einführung

Mindestlohn und Tarifkontrolle in der Zeitarbeit ist ein so hochaktuelles Thema, dass, hat die Wissenschaft eine bestimmte Richtung ausgemacht, die Praxis schon in die entgegengesetzte geht. So wurde 2002 das Ende der Zeitarbeit aufgrund der gesetzlichen Neuregelung befürchtet, ein „Tarifdiktat“ und ein „Weg in den Gewerkschaftsstaat“¹. 2008 konnte *Däubler* dagegen in einem Aufsatz die Frage stellen: „Totale Verdrängung von Equal Pay durch Leiharbeitsstarife?“² und es erschienen Tipps zur „Vermeidung des Gleichstellungsgrundsatzes in Mischbetrieben mit Zeitarbeit“³.

Waltermann konnte noch in einem Beitrag aus dem Mai-Heft der NZA „Fehlentwicklung in der Leiharbeit“ ausmachen und die gesetzlichen und tariflichen Gründe für ruinöse Lohnentwicklungen minutiös aufzählen⁴. Nun melden die Zeitungen am 1.10. 2010 einen Branchentarifvertrag in der Metallbranche, der Entgeltgleichheit für Zeitarbeitnehmer vorsieht⁵ und auch durchsetzen will, und wenige Tage später wird berichtet, dass die bislang rivalisierenden Arbeitgeberverbände BZA und AMP nach ihrer Fusion eine Lohnuntergrenze befürworten⁶. Wer ist hier für, wer gegen Mindestlöhne und welche Auswirkungen haben Tarifverträge, Tariffreiheit und Tarifkontrolle auf das Arbeitsentgelt in der Zeitarbeit?

II. Hintergründe – etwas ausführlicher

Zum Verständnis der eben dargestellten Entwicklung ist ein ausführlicherer Blick auf die Hintergründe erforderlich. Dabei sollen zunächst die Rechtslage und anschließend die Gründe für die eben skizzierten wechselhaften Entwicklungen dargelegt werden. Es folgt ein kurzer Blick auf das Europarecht und die europäischen Vorgaben für das Entgelt in der Zeitarbeit.

-
- 1 *Bauer/Krets*, Gesetze für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, NJW 2003, 537, 539; siehe auch *Rieble/Klebeck*, Lohngleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23; jeweils mit weiteren Nachweisen.
 - 2 *Däubler*, Totale Verdrängung von Equal Pay durch Leiharbeitsstarife?, DB 2008, 1914.
 - 3 *Nebeling/Gründel*, Vermeidung des Gleichstellungsgrundsatzes in Mischbetrieben mit Zeitarbeit, BB 2009, 2366.
 - 4 *Waltermann*, Fehlentwicklung in der Leiharbeit, NZA 2010, 482.
 - 5 „3,6 Prozent mehr Geld für westdeutsche Stahlarbeiter – Branchentarifvertrag umfasst auch gleiches Gehalt für Zeitarbeiter“ – FAZ Nr. 228 vom 1.10. 2010, S. 13.
 - 6 „Zeitarbeits-Mindestlohn wird wahrscheinlicher“ – FAZ Nr. 231 vom 5.10. 2010, S. 13; siehe auch den Kommentar „Mindestlohn mit Breitenwirkung“, S. 11 im selben Heft.

1. Der gesetzliche Regelungsmechanismus

Die Rechtslage in der Zeitarbeit ist – möglicherweise noch – eine besondere. Trotz eines entsprechenden Antrags von BZA und iGZ und der DGB-Gewerkschaften wurde die Zeitarbeit nicht in das AEntG aufgenommen⁷. Es bleibt bei der 2003 in Kraft getretenen Regelung im AÜG. Diese regelt nicht Mindestlöhne im eigentlichen Sinne, sondern sichert die Entlohnung der Zeitarbeitnehmer durch den Grundsatz der gleichen Vergütung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 AÜG erlaubnisrechtlich und in der Kernnorm in § 9 Nr. 2 AÜG individualrechtlich. Beide Regeln gelten nur „für die Zeit der Überlassung“, also nicht in verleihefreien Zeiträumen⁸. Auch wenn sich das aus ihrem Wortlaut nicht eindeutig ergibt, sind sie Diskriminierungsverbote: Bessere Arbeitsbedingungen für Leiharbeitnehmer als für die Stammbesellschaft sind (theoretisch) möglich⁹.

§ 9 AÜG knüpft etwas unübersichtlich an die „Unwirksamkeit“ bestimmter Regelungen an. Die Rechtsfolgen im Einzelnen regelt § 10 AÜG, dessen Abs. 4 die Anspruchsgrundlage betroffener Arbeitnehmer bildet: Der Arbeitnehmer kann „die für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen“. § 9 Nr. 2 AÜG macht von diesen Grundsätzen des „*Equal Pay*“ und des „*Equal Treatment*“ in einem Satz mit drei Semikola (!) allerdings wichtige Ausnahmen. Die erste betrifft zuvor arbeitslos gemeldete Leiharbeitnehmer; er sieht wieder eine Unterausnahme vor¹⁰.

Die zweite, hier interessierende Ausnahme enthält den bereits erwähnten Tarifvorbehalt. Im letzten Teilsatz heißt es ausdrücklich, dass eine Tarifbindung über Verweisungsklauseln genügt, wenn das Arbeitsverhältnis „im Geltungsbereich“ eines Tarifvertrags gilt, der Ausnahmen vom AÜG vorsieht.

7 Zum Antrag und der weiteren Entwicklung *Steuer*, Die Arbeitnehmerüberlassung als Mittel zur Förderung des Arbeitsmarktes in Deutschland, 2009, S. 363 f. Ausführlich zur Rechtslage in Sachen Mindestlöhne *Löwisch*, Die neue Mindestlohngesetzgebung, RdA 2009, 215 und *Sittard*, Neue Mindestlohngesetze in Deutschland, NZA 2009, 346. Zur Geltung von Mindestlöhnen nach dem AEntG für Zeitarbeitnehmer BAG 21.10. 2009 – 5 AZR 951/08, NZA 2010, 237 und LAG Hessen 14.7. 2009 – 7 Sa 2099/08, BeckRS 2010, 6717.

8 *Ulber*, Wirksamkeit tariflicher Regelungen zur Ungleichbehandlung von Leiharbeitnehmern, NZA 2009, 232, 233 f. mit Hinweis auf die Grenze des § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG.

9 Einzelheiten zum Verbot der Schlechterstellung, insbesondere zum Begriff der Vergleichbarkeit *Boemke/Lembke*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 9 AÜG Rn. 50 ff.; *Mengel*, in: Thüsing (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 23 ff.; *Ulber*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Aufl. 2006, § 9 Rn. 74.

10 Ausführlich *Boemke/Lembke* (Fn. 9), § 9 AÜG Rn. 77 ff.; *Ulber* (Fn. 9), § 9 Rn. 116 ff.

Der Umfang dieses Tarifvorbehalts ist umstritten; Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass abweichende Regelungen des Arbeitsentgelts möglich sind¹¹.

2. Entgeltregelungen in der Zeitarbeit – eine kurze Geschichte mit vielen Wendungen

Die hier zu untersuchenden Fragen sind nicht zu verstehen, ohne einen Blick auf die Geschichte der Zeitarbeit. Dabei genügen die vergangenen acht Jahre, in denen sich tatsächliche, tarifliche und gesetzliche Entwicklungen geradezu überschlagen haben. Das erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (sogenanntes Hartz I-Gesetz) brachte 2002 eine weitreichende Reform des AÜG und konkretisierte die zuvor durch das unklare sogenannte Job-AQTIV-Gesetz begonnenen Reformen¹². Mit dem Ziel einer Belebung und Flexibilisierung des Arbeitsmarkts hob der Gesetzgeber etliche vorher bestehende Grenzen der Zeitarbeit auf, deren wichtigste die vorher geltende Überlassungshöchstdauer war¹³. Die Leiharbeit sollte aus der „Schmuddelecke“ geholt werden¹⁴.

Zur Kompensation für die Arbeitnehmer sollte gleichzeitig das Vergütungsniveau erhöht werden. Daher wurde der Grundsatz der gleichen Vergütung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 AÜG und § 9 Nr. 2 AÜG aufgenommen; dort allerdings – auch „nach unten“ – tarifdispositiv ausgestaltet. Damit sollte gleichzeitig dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitern Rechnung getragen werden, der ebenfalls von den Grundsätzen des „*Equal Pay*“ und des „*Equal Treatment*“ ausging¹⁵. 2008 trat die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit¹⁶ in Kraft.

Gegen diese Neuregelung bestanden vonseiten der Zeitarbeitsunternehmen erhebliche Bedenken, die 2004 in eine Verfassungsbeschwerde mündeten.

11 Däubler, DB 2008, 1914; Ulber, NZA 2009, 232, 232 f.; jeweils mit Nachweisen zum Streitstand.

12 Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 10.12. 2001, BGBl. I 2001, S. 3443; zur geringen Bedeutung des Gesetzes Düwell/Dahl, Aktuelle Gesetzes- und Tariflage in der Arbeitnehmerüberlassung, DB 2009, 1070. Ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte Steuer (Fn. 7), S. 131 ff.

13 Diese war zuvor durch das Job-AQTIV-Gesetz von zwölf Monaten auf 24 Monate erhöht worden. Hierzu und zu den weiteren Neuerungen von 2002 Düwell/Dahl, DB 2009, 1070; Schüren, Die Verfassungsmäßigkeit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – ein Rückblick mit Ausblicken, RdA 2006, 303.

14 Boemke/Lembke (Fn. 9), § 9 AÜG Rn. 14.

15 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.11. 2002 über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern, KOM(2002) 701 endgültig (2002/0072 [COD]).

16 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11. 2008 über Leiharbeit (Amtsblatt EU 2008 L 327/9).

Diese wurde mit Eingriffen in die negative Koalitionsfreiheit der Verleiher und in die Vertragsfreiheit begründet. Trotz der nicht von der Hand zu weisenden Argumente der Literatur, auf die unten eingegangen werden soll, nahm das BVerfG die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an¹⁷.

Ein Grund für diese Entscheidung und ihre überaus knappe Begründung mag darin liegen, dass die Realität die Bedenken gegen die Neuregelung mittlerweile stark relativiert hatte. Hintergrund dieser Entwicklung war der Tarifvorbehalt, der intensiv genutzt wurde. Zwar ist der Organisationsgrad unter Zeitarbeitnehmern extrem gering, der Vorbehalt gilt aber auch, wenn der Tarifvertrag nur (formular-) arbeitsvertraglich in Bezug genommen wird¹⁸. Damit war der Weg geöffnet für Tarifverträge für die Zeitarbeitsbranche, in denen Entgelte vorgesehen waren, die bei 60 bis 80 % der Entgelte für vergleichbare Stammarbeitnehmer lagen¹⁹. Eine Vorreiterrolle kam dabei der Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) zu, die zunächst Haus-, später auch Verbandstarifverträge schloss. Die DGB-Gewerkschaften gaben ihren anfänglichen Widerstand gegen die Leiharbeit insgesamt und entsprechende Tarifverträge schnell auf.

Von *Equal Pay* in der Praxis also keine Rede. Die Kritik an der Neuregelung war damit schnell verstummt, allerdings stellten sich neue verfassungsrechtliche Fragen. Diese bezogen sich zunächst auf die Tariffähigkeit der CGZP, die das LAG Brandenburg im vergangenen Dezember ablehnte; die Entscheidung wurde vom BAG bestätigt²⁰. Fraglich ist aber auch, ob sich inhaltliche Grenzen für Tarifverträge stellen, die in erheblichem Maße zuungunsten der Arbeitgeber von der gesetzlichen Vorgabe abweichen.

Wenn auch diese Diskussion bereits wieder überholt scheint, so liegt der Grund nicht in der deutschen Gesetzes-, Tarif- und Wirtschaftslage, sondern im Europarecht: Mai 2011 tritt die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch für die osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten in Kraft, so dass die Furcht vor billiger Konkurrenz aus dem Osten die inländischen Zeitarbeitsunternehmen erfasst hat. Ein Grund für die Vorreiterrolle der Metallbranche mag darin liegen, dass Zeitarbeit dort eine wesentlich geringere Rolle spielt als beispielsweise in der Dienstleistungsbranche und im Einzelhandel²¹.

17 BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03, 2504/03 und 2582/03, BB 2005, 495; sehr kritisch dazu *Bayreuther*, Tarifpolitik im Spiegel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – Zum „equal-pay“-Beschluss des BVerfG, NZA 2005, 342.

18 Auch zu den Konsequenzen *Waltermann*, NZA 2010, 482, 483; zur Entwicklung auch *Düwell/Dahl*, DB 2009, 1070, 1071 ff.; *Schüren*, RdA 2006, 303, 305 f.

19 Zahlen bei *Waltermann*, NZA 2010, 482, 482 f.

20 LAG Berlin-Brandenburg 7.12. 2009 – 23 TaBV 1016/09, BB 2010, 1927; BAG 14.12. 2010 – 1 ABR 19/10, Pressemitteilung Nr. 93/10.

21 „Die Zeitarbeit hat bei uns nicht so die Bedeutung wie in den anderen Branchen“; Zitat aus FAZ Nr. 228 vom 1.10. 2010, S. 13.

Verfassungsrechtliche Fragen stellen sich hier wieder andersherum. Sie ergeben sich vor allem aus dem Vertrag der IG Metall, der mit den Metallarbeitgebern, also gerade nicht mit den Zeitarbeitsunternehmen, geschlossen wurde. Er sieht zur Durchsetzung eine „Einwirkungspflicht“ vor, die ebenfalls Betrachtung verdient.

3. Europarechtliche Fragen

Als Hintergrund für das Verhältnis von Mindestlohn und Tarifkontrolle ist ein kurzer Blick in das Europarecht erforderlich, der vor allem der Frage gilt, ob und inwieweit der deutsche Gesetzgeber verpflichtet war, die in § 9 Nr. 2 AÜG enthaltene Regelung zu erlassen. Die Regelung setzt Art. 5 der Richtlinie vom November 2008 über Zeitarbeit um²². Bemerkenswerterweise erwähnt Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2008/104/EG das Arbeitsentgelt nicht ausdrücklich, sondern spricht nur von Gleichbehandlung hinsichtlich der „wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen“. Die Ausnahmen in den Abs. 2 bis 4 erwähnen aber vor allem auch das Arbeitsentgelt, so dass nach „*Equal Treatment*“ auch „*Equal Pay*“ erfasst sein soll.

Das macht allerdings die Regelungskompetenz der EU fraglich. Die Richtlinie ist auf Art. 137 Abs. 2 EGV, den jetzigen Art. 153 Abs. 2 AEUV, gestützt. Art. 153 Abs. 5 AEUV sieht indes wortgleich mit der Vorgängervorschrift Art. 137 Abs. 5 EGV ausdrücklich vor, dass „dieser Artikel“ nicht für das Arbeitsentgelt gilt, außerdem für das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht. Selbst dann, wenn man den Begriff des Arbeitsentgelts enger auslegt als in der Gleichbehandlungsvorschrift Art. 157 AEUV, erfasst diese Ausnahme jedenfalls die nationale Lohnentwicklung, die den Mitgliedstaaten und ihren Tarifpartnern vorbehalten sein soll²³. Eine EU-Regelung, die die Lohnentwicklung einer wichtigen Branche vorgibt, ist damit kaum zu vereinbaren²⁴.

Selbst wenn man aber die Bindungswirkung der Richtlinie unterstellt, ist der deutsche Gesetzgeber jedenfalls nicht zu einer ausnahmslosen Gewährleistung des *Equal Pay* verpflichtet²⁵. So sieht Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104/EG eine gleiche Vergütung in verleihlosen Zeiten gerade nicht

²² Richtlinie 2008/104/EG (Fn. 16).

²³ Benecke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. I: AEUV/EUV, Art. 153 AEUV Rn. 101 (erscheint 2011) auch mit Hinweisen zum Streitstand.

²⁴ Ebenso Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23, 26 f.; Zweifel auch bei Mengel, in: Thüsing (Fn. 9), § 9 Rn. 22 und bei Boemke/Lembke (Fn. 9), § 9 AÜG Rn. 11, die aber darauf hinweisen, dass der deutsche Gesetzgeber dadurch nicht am Erlass eines entsprechenden Gesetzes gehindert ist (§ 9 AÜG Rn. 12).

²⁵ Zum Anpassungsbedarf im Übrigen Thüsing, Blick in das europäische und ausländische Arbeitsrecht, RdA 2009, 118 f.

vor²⁶ und Abs. 3 der Richtlinie erlaubt ausdrücklich die Tarifdispositivität der *Equal-Pay*-Regelungen. In der Literatur wird vereinzelt erwogen, ob Tarifverträge nun daraufhin überprüft werden müssten, ob sie nach Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2008/104/EG den Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer gewährleisten, was aber wegen der Angemessenheitsvermutung deutscher Tarifverträge nicht gesetzlich verankert werden müsste²⁷.

III. Die Reform 2002/2003: Tariffreiheit und gesetzliche Entgeltregelungen

Die gesetzliche Einführung des *Equal-Pay*-Grundsatzes und ihre Bestätigung durch das BVerfG²⁸ ist in der Literatur, ungeachtet der inzwischen durch die Realität „blutleer“ gewordenen Argumentation der Kritiker, überwiegend kritisch aufgenommen worden²⁹. In der Tat ist die Entscheidungsbeurteilung oberflächlich und in mehrfacher Hinsicht angreifbar. Aus den Vorgaben des BVerfG und den Argumenten der Kritiker kann ein verfassungsrechtlicher Rahmen für gesetzliche Entgeltregelungen und Mindestlohnregelungen bei der Zeitarbeit hergeleitet werden.

1. Grundrechte der Zeitarbeitsunternehmen

Das BVerfG beschäftigte sich in seinem Beschluss nur mit den Grundrechten der Zeitarbeitsunternehmen als Antragsteller. Die Kernaussage ist nicht zu kritisieren: „Art. 9 Abs. 3 GG verleiht den Tarifvertragsparteien in dem für tarifvertragliche Regelungen zugänglichen Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol, weshalb der Gesetzgeber befugt bleibt, das Arbeitsrecht zu regeln. Damit verbundene Beeinträchtigungen der Tarifautonomie sind verfassungsgemäß, wenn der Gesetzgeber mit ihnen den Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang aus-

26 Zu den Konsequenzen *Mengel*, in: Thüsing (Fn. 9), § 9 Rn. 22.

27 Thüsing, RdA 2009, 118.

28 BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03, 2504/03 und 2582/03 (Fn. 17).

29 Zitat *Schüren*, RdA 2006, 303, 305 f. mit weiteren Nachweisen. Zur Kritik siehe nur *Bayreuther*, NZA 2005, 342; *Boemke/Lembke* (Fn. 9), § 9 AÜG Rn. 94; *Hinsen*, Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention, BB 2010, 315, 317; *Mengel*, in: Thüsing (Fn. 9), § 9 Rn. 22; *Schüren*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2009, § 9 AÜG Rn. 103. Grundlegend zur Kritik an der Norm *Grobys/Schmidt/Brocker*, Verfassungsmäßigkeit von „Equal Pay?“, NZA 2003, 777; *Hümmerich/Holthausen/Weslau*, Arbeitsrechtliches im Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, NZA 2003, 7, 9 f.; *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23; *Waas*, Das Spannungsverhältnis von Tarifvertrag und Gesetz beim Grundsatz der Entgeltgleichheit im neuen AÜG, BB 2003, 2175. Gegen verfassungsrechtliche Bedenken *Ulber* (Fn. 9), § 9 Rn. 75, 130 ff.

gestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.“³⁰

a) Offen bleibt im Beschluss, ob die gesetzliche Regelung den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit in Gestalt der Tarifautonomie verletzt, da der Eingriff jedenfalls gerechtfertigt sei. Die Begründung betont jedoch, das Aushandeln von Tarifverträgen sei ein wesentlicher Zweck der Koalitionen und der Staat enthalte sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich einer Einflussnahme. Zu den der Regelungsbefugnis der Koalitionen überlassenen Materien gehörten insbesondere das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen³¹. Folgt man diesen Vorgaben, enthalten gesetzliche Entgeltregelungen einen Eingriff in den Schutzbereich, auch wenn sie in einer Bindung an „fremde“ Tarifverträge bestehen³².

Es ist also eine Rechtfertigung im Sinne der praktischen Konkordanz erforderlich. Hier ist der Beschluss des BVerfG ein Musterbild an Lieblosigkeit, indem lapidar auf die Grundrechte der Leiharbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG hingewiesen wird. Das Ziel, Massenarbeitslosigkeit zu bekämpfen, habe aufgrund des Sozialstaatsprinzips Verfassungsrang und die fragliche Regelung ermögliche zuvor Arbeitslosen, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verwirklichen³³. Hier ist bereits die Geeignetheit fraglich, da das Gesetz die Tätigkeit der Zeitarbeitsunternehmen als derjenigen, die die Arbeitsplätze gerade schaffen sollen, einschränkt. Paradoxerweise zeigt gerade die spätere Entwicklung, auf die die Beschlussgründe auch hinweisen³⁴, dass in gleicher Weise auch die Eignung für den Schutz der Zeitarbeitnehmer fraglich ist, da die bestehende gesetzliche Regelung sich als kaum geeignet für eine Verbesserung ihrer Situation erwiesen hat.

b) Bei der negativen Koalitionsfreiheit wird bereits ein Eingriff in den Schutzbereich abgelehnt. Die Verleihunternehmen würden weder zum Eintritt in tarifvertragsschließende Verbände gezwungen noch würde es ihnen unmöglich gemacht, sich anderweitig als Koalition zusammenzuschließen oder sich an einer solchen zu beteiligen. Mittelbarer Druck genüge nicht. Der Schutzbereich des Grundrechts wird dadurch extrem eng gezogen, wenn es nur vor staatlichen Maßnahmen schützt, die Zwang ausüben oder die Aus-

30 BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03, 2504/03 und 2582/03 (Fn. 17), unter 2 b der Orientierungssätze mit Nachweis auf BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 7/98, BVerfGE 103, 293, 306.

31 BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03, 2504/03 und 2582/03 (Fn. 17), Rn. 18 der Gründe.

32 Ausführlich *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23, 27 f.

33 BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03, 2504/03 und 2582/03 (Fn. 17), Rn. 25 der Gründe mit Hinweis auf BVerfG 27.4. 1999 – 1 BvR 2203/93 und 897/95, BVerfGE 100, 271, 284; BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 7/98 (Fn. 30), 307.

34 BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03, 2504/03 und 2582/03 (Fn. 17), Rn. 32.

übung des Grundrechts unmöglich machen – und das auch noch gerechtfertigt werden kann³⁵. Mit der sehr weiten Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG im Arbeitskampfrecht ist das kaum zu vereinbaren.

c) Demgegenüber ist die Berufsfreiheit der Verleihunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG das einzige Grundrecht, bei dem der Beschluss einen Eingriff in den Schutzbereich einräumt. Das gleiche Grundrecht stehe jedoch auch dem betroffenen (Leih-) Arbeitnehmer zu. Die Gründe enthalten vor allem Verweise auf den bereits zuvor betonten Ermessensspielraum des Gesetzgebers und die – wie erwähnt zweifelhafte – Rechtfertigung durch den Schutz der Arbeitnehmer³⁶. Zuletzt wird noch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG abgelehnt, da eine wesentliche Ungleichbehandlung der Zeitarbeitsbranche mit anderen Branchen nicht vorliege.

2. Grundrechte anderer Betroffener

Nur vereinzelt erörtert werden Eingriffe in die Grundrechte anderer Betroffener. So kann man darüber diskutieren, ob die gesetzlich vorgegebene Erstreckung der Arbeitsbedingungen der Entleiherbranchen gegen die Tarifautonomie der dortigen Arbeitgeber und der „Stamm-Arbeitnehmer“ verstößt³⁷. In der Tat ist die seit langem existierende Allgemeinverbindlicherklärung aus gutem Grund an engere Voraussetzungen gebunden. Problematischer ist jedoch immer die Lage desjenigen, dem etwas aufgezwungen wird als desjenigen, der sich unvermutet in eine Reihe mit anderen gestellt sieht.

Daher ist eher fraglich, ob die in der Gleichstellung liegende „Zwangsbeglückung“ den Interessen der Zeitarbeitnehmer so umfassend gerecht wird, wie der europäische und deutsche Gesetzgeber das offenbar vermuten. Zu weit geht es allerdings, daraus einen Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit der Leiharbeitnehmer zu konstruieren, da kein Anreiz zum Eintritt, vielmehr zum Austritt bestehe³⁸. Aus der positiven Koalitionsfreiheit folgt keine Pflicht, Anreize zum Eintritt in die Koalition zu schaffen. Wie bei ihren Arbeitgebern liegt daher auch bei den Zeitarbeitnehmern eher ein Eingriff in ihre negative Koalitionsfreiheit durch Erstreckung nahe.

35 Man stelle sich ein Gesetz vor, das den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG dahingehend einschränkt, dass Bürger zu einer bestimmten Meinung gezwungen oder ihnen das Äußern einer Meinung unmöglich gemacht wird.

36 Für eine Rechtfertigung „trotz erheblicher Bedenken“ *Grobys/Schmidt/Brocker*, NZA 2003, 777, 779 f.

37 *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23, 28 f.

38 In diese Richtung *Boemke/Lembke* (Fn. 9), § 9 AÜG Rn. 101 f.

IV. Die Entwicklung der Folgezeit: Tarifverträge für die Zeitarbeit

Wie man die Tarifverträge der CGZP, aber auch des DGB wirtschaftlich bewertet – es ist nicht zu leugnen, dass sie von dem in Gesetz und Richtlinie vorgegebenen Ziel, Zeitarbeitnehmer nicht schlechter zu entlohnen als Stammkräfte, weit entfernt sind³⁹. Es stellt sich daher die Frage, ob derartige tarifliche Vereinbarungen einer Kontrolle unterliegen oder ob das als Tarifzensur grundsätzlich abzulehnen ist⁴⁰?

1. Diskussion um die Tariffähigkeit der vertragsschließenden Gewerkschaft

Die Entwicklung der Folgezeit, also der Abschluss – vorsichtig ausgedrückt – moderater Tarifverträge für die Zeitarbeitsbranche wirft zahlreiche Rechtsprobleme auf, die sich um die Tariffähigkeit der vertragsschließenden Gewerkschaften drehen⁴¹. Nachdem das BAG in Bestätigung des LAG Berlin die Tariffähigkeit der CGZP abgelehnt hat⁴², wird gegenwärtig die Frage diskutiert, welche Folgen das für eine Nachwirkung der von dieser Gewerkschaft geschlossenen Tarifverträge hat⁴³.

Beide Fragen hängen mit der Legitimation und der Repräsentativität vertragsschließender Gewerkschaften und damit auch mittelbar mit dem Inhalt der geschlossenen Verträge zusammen – außerdem natürlich mit ihrer

39 Zahlen bei *Waltermann*, NZA 2010, 482, 482 f.

40 Auch bei Verweisungen in Formulararbeitsverträgen sind Tarifverträge nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB der AGB-Kontrolle grundsätzlich entzogen; zu Ausnahmen und Konsequenzen *Ulber*, NZA 2009, 232; kritisch dazu *Waltermann*, NZA 2010, 482, 485 ff.

41 Zu den Folgen für die Wirksamkeit der Tarifverträge *Buchner*, Leiharbeit: Ablösung der Verpflichtung zur Gewährung der im Entleiherbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen (§ 10 Abs. 4 AÜG) durch Tarifregelungen, DB 2004, 1042. Zu der Tariffähigkeit von CGZP und den vertragsschließenden DGB-Gewerkschaften *Boemke/Lembke* (Fn. 9), § 9 AÜG Rn. 124 ff. mit Nachweisen zur Rechtsprechung; *Franzen*, Tarifzuständigkeit und Tariffähigkeit im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, BB 2009, 1472; *Lembke*, Aktuelle Brennpunkte in der Zeitarbeit, BB 2010, 1533; *Schüren* (Fn. 29), § 9 AÜG Rn. 107 ff.; *ders.*, RdA 2006, 303, 306; *Ulber* (Fn. 9), § 9 Rn. 184 ff.; siehe auch *Waltermann*, NZA 2010, 482.

42 BAG 14.12. 2010 – 1 ABR 19/10 (Fn. 20); LAG Berlin-Brandenburg 7.12. 2009 – 23 TaBV 1016/09 (Fn. 20); bereits zuvor auch ArbG Berlin 1.4. 2009 – 35 BV 17008/08, NZA 2009, 740.

43 *Bayreuther*, Nachwirkung von Zeitarbeitstarifverträgen im Kontext des Equal Pay/Treatment Gebots des AÜG, BB 2010, 309; *Kocher*, Nachwirkung im Bereich tarifdispositiven Rechts am Beispiel von Tarifverträgen zu § 9 Nr. 2 AÜG; DB 2010, 900; *Rolfs/Witschen*, Zeitarbeit vor dem Aus?, DB 2010, 1180; *Sandmann/Marschall*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Loseblattsammlung, Stand November 2010, § 9 AÜG Rn. 22.

Wirksamkeit⁴⁴. Jedoch darf die Entscheidung über die Tariffähigkeit einer Koalition kein Mittel zur Inhaltskontrolle der von ihr abgeschlossenen Tarifverträge sein⁴⁵. Vielmehr kann umgekehrt der Abschluss von Tarifverträgen die Mächtigkeit indizieren – unabhängig von dem Inhalt der Verträge⁴⁶.

2. Urteil des BAG vom 24.3. 2004

Mit der Entgelthöhe und den Arbeitsbedingungen von Zeitarbeitsverträgen befassen sich einige Gerichtsurteile der letzten Jahre, von denen zwei konkrete Anhaltspunkte zu geben scheinen. So betont das BAG in seinem Urteil vom 24.3. 2004, das sich mit einem Tarifvertrag zur Zeitarbeit befasst, Tarifverträge müssten den in Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsanforderungen genügen⁴⁷. Das LAG Hamburg legt im Leitsatz seines Urteils vom 24.3. 2009 dar, Tarifverträge, deren Regelungsgehalt sich auf die Wiederherstellung einer Diskriminierung von Leiharbeitnehmern beschränke, widersprächen dem Zweck des § 9 Nr. 2 AÜG⁴⁸.

Das Urteil des BAG erging zu einem Sachverhalt, der noch nicht unter die Neufassung des AÜG fiel. Das Gericht betonte aber, dass das Urteil durch den *Equal Pay*-Grundsatz noch gestützt würde⁴⁹. Der Kläger war Mitarbeiter des Zeitarbeitsunternehmens Randstad. Laut arbeitsvertraglicher Bezugnahme galt für das Arbeitsverhältnis der mit den Gewerkschaften DAG und ÖTV geschlossene Tarifvertrag, aus dem sich für ihn ein Stundenlohn von zuletzt 12,38 DM ergab. Der Durchschnittsstundenlohn für vergleichbare Arbeitnehmer lag bei 23,35 DM. Im Urteil wird zunächst ein individualrechtlicher Entgeltergänzungsanspruch abgelehnt; danach wenden sich die Gründe der Wirksamkeit des Tarifvertrags zu.

Offen bleibt eine genaue Festlegung hinsichtlich des Kontrollmaßstabs des § 138 BGB, der nach einer verbreiteten Literaturmeinung auch für Tarifverträge gilt. Die Begründung lässt allerdings Skepsis erkennen, da § 138 BGB keine normativen Regelungen erfasse. Kontrollmaßstab seien daher die „in Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsanforderungen“. Dafür gelte die gleiche „Anstandsformel“ wie bei § 138 Abs. 1 BGB. Allerdings sei das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG zu beachten, aus dem für tariflich vereinbarte Löhne und Gehälter eine Richtig-

44 *Schüren*, RdA 2006, 303, 307 sieht keine verfassungsrechtlich relevante Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit, da die Tarifverträge der CGZP unwirksam seien.

45 Anders offenbar *Schüren*, Tariffähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239.

46 *Mengel*, in: Thüsing (Fn. 9), § 9 Rn. 46 zur CGZP.

47 BAG 24.3. 2005 – 5 AZR 303/03, BAGE 110, 79.

48 LAG Hamburg 24.3. 2009 – H 2 Sa 164/08, juris. Revision BAG 21.9. 2010 – 9 AZR 510/09, juris.

49 BAG 24.3. 2005 – 5 AZR 303/03 (Fn. 47), Rn. 47 f.

keitsgewähr folge. Ein tarifvertraglich vereinbartes Entgelt könne also nur dann als sittenwidrig beanstandet werden, wenn es unter Würdigung aller Umstände einen „Hungerlohn“ darstelle.

Was das ist, lässt die Begründung offen. Wegen der oben gezogenen Parallelen zu § 138 BGB könnte man an eine Parallele zu individualrechtlichen Entgeltvereinbarungen denken. Hier hat sich die 2/3-Faustformel als Daumenregel eingebürgert⁵⁰. Das Entgelt des Klägers, das nach dem Sachverhalt nur ca. 1/2 des Entgelts eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers betrug, fiel jedoch nicht darunter. Die Urteilsbegründung führt zunächst umfassend die Besonderheiten der Zeitarbeit aus: Ausübung des Weisungsrechts durch den Entleiher, unterschiedliche Arbeitsbedingungen bei verschiedenen Entleihern und das Beschäftigungsrisiko des Verleihers bei verleihfreien Zeiten⁵¹. Dem Kläger wird recht unbarmherzig ins Stammbuch geschrieben, die Bezahlung entspreche dem objektiven Wert seiner Arbeitsleistung. Recht knapp wird auch eine strukturelle Unterlegenheit der beiden Gewerkschaften abgelehnt, da es einer Gewerkschaft ja grundsätzlich freistehe, einen Tarifvertrag zu schließen.

Daraus kann geschlossen werden, dass ein Tarifvertrag, der den „elementaren Gerechtigkeitsanforderungen“ widerspricht, zwar theoretisch denkbar ist. In der Praxis scheint das BAG aber regelmäßig von einem Vorrang der Tarifautonomie und von der Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen auszugehen; selbst ein Entgelt von etwas über 50 % des Entgelts vergleichbarer Arbeitnehmer ist noch kein „Hungerlohn“. Bemerkenswert ist vor allem die Skepsis gegenüber der Gleichbehandlung von Zeit- und Stammarbeitnehmern, die aus der umfänglichen Begründung der Besonderheiten der Zeitarbeit folgt. Auch für den Gedanken der strukturellen Überlegenheit scheint das BAG wenig Raum zu sehen.

3. Urteil des LAG Hamburg vom 24.3. 2009

Das Urteil des LAG Hamburg von 2009 erging zur neuen Rechtslage⁵². Auch hier ging es um Entgeltansprüche eines Zeitarbeitnehmers im Sonderfall von Urlaubsvergütungen. Das Urteil ist inzwischen von der Revision aufgehoben worden, die sich allerdings auf eine urlaubsrechtliche Frage beschränkt und zu der Inhaltskontrolle von Tarifverträgen keine Stellung nimmt⁵³. Die Aus-

50 Zuletzt BAG 22.4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 gleichzeitig auch zu Ausnahmen. Ausführlich mit Nachweisen Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl. 2011, § 612 BGB Rn. 2 f. Diese Parallele zieht offenbar Ulber, NZA 2009, 232, 237 f.

51 Dazu auch Ulber, NZA 2009, 232, 236.

52 LAG Hamburg 24.3. 2009 – H 2 Sa 164/08 (Fn. 48).

53 Soweit die Pressemitteilung, Revision BAG 21.9. 2010 – 9 AZR 510/09 (Fn. 48).

sage im Leitsatz scheint den Finger in die Wunde zu legen: Können Tarifverträge wegen Verstoßes gegen den Zweck des § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam sein?

Die Urteilsbegründung setzt dogmatisch feinsinnig an. Sie sieht die Tarifdispositivität der Norm und dass im fraglichen Tarifvertrag von dieser Gebrauch gemacht wurde. Die Tarifautonomie finde aber eine Grenze darin, „Grundwertungen des Gesetzgebers aufzuheben oder Regelungen ohne angemessene Berücksichtigung der Interessen beider Seiten in ihr Gegenteil zu verkehren“⁵⁴. Da § 9 Nr. 2 AÜG ein Diskriminierungsverbot enthält, ist das der Fall, wenn sich der Regelungsgehalt auf die Wiederherstellung der Diskriminierung beschränkt. Nachdem durch diese Aussagen einiger Sprengstoff gesät wurde, folgt eine ziemlich knappe Kehrtwende. Auch nach der gesetzlichen Regelung müsse den Besonderheiten der Leiharbeit Rechnung getragen werden, was in dem fraglichen Tarifvertrag der Fall sei.

Das Urteil ist nicht in Papierform veröffentlicht worden und hat wohl auch deshalb wenig Aufmerksamkeit erregt. Dennoch ist die aufgeworfene Frage brisant: Kann ein Tarifvertrag, der gegen den Sinn und Zweck eines – wohl-gemerkt tarifdispositiven – Gesetzes verstößt, unwirksam sein? Wollte der Gesetzgeber die strikte Verfolgung seines Gesetzeszwecks, hätte er auf die Tarifdispositivität verzichten können. Die Problematik dieses Ansatzes zeigt sich auch in der Hilflosigkeit der Formel von der „Wiederherstellung der Diskriminierung“. Was soll das sein und warum fällt eine deutlich niedrigere Entlohnung nicht darunter? Gemeinsam ist beiden Urteilen, dass sie die „Besonderheiten der Zeitarbeit“ betonen und damit den gleichmacherischen Ansatz des Gesetzgebers fraglich machen.

4. Zwischenfazit

Trotz hehrer Formulierungen wie „elementare Gerechtigkeitsanforderungen“ und „Grundwertungen des Gesetzgebers“ – rechtliche Ansätze für eine Inhaltskontrolle von Tarifverträgen, die von der Tarifdispositivität der gesetzlichen Regelung Gebrauch machen, bestehen nur in Extremfällen. Ob man daraus mit *Waltermann* den Schluss ziehen kann, tarifdispositives Gesetzesrecht sei zur Ausgestaltung von Mindestarbeitsbedingungen fragwürdig⁵⁵, ist allerdings seinerseits fragwürdig. Die Kombination aus gesetzgeberischen Vorgaben und Tarifautonomie hat sich bewährt und kommt bei funktionierender Tarifautonomie auch regelmäßig zu ausgewogenen, interessengerechten Ergebnissen.

Zwar setzt das Funktionieren der Tarifautonomie die Legitimität der Tarifvertragsparteien voraus. Überlegungen zur Mächtigkeit müssen aber die Tarifautonomie auch kleinerer Gruppierungen bedenken. Das Kernproblem

54 BAG 21.9. 2010 – 9 AZR 510/09 (Fn. 48), Rn. 53.

55 *Waltermann*, NZA 2010, 482.

liegt nicht in der Rechtslage, sondern in dem geringen Organisationsgrad der Zeitarbeitnehmer und damit dem geringen Interesse der Gewerkschaften an ihnen. Genau diesem Kernproblem hat der Gesetzgeber aber einen Bären-dienst erwiesen, da mit Ansprüchen auf Gleichbehandlung die Motivation, sich gewerkschaftlich zu organisieren, kaum gegeben ist.

V. Die letzte Entwicklung: Equal Pay und Mindestlohn im Tarifvertrag

Die eingangs skizzierte jüngste Entwicklung zeigt die Flexibilität der Tarifautonomie: Kaum droht Konkurrenz aus dem Osten, interessieren sich die Tarifvertragsparteien selbst für den Schutz der einheimischen Zeitarbeitnehmer. Rechtliche Fragen wirft dabei vor allem die Tarifgestaltung der IG Metall auf. Diese Gewerkschaft betreibt bereits seit längerem eine Kampagne mit dem Titel „Gleiche Arbeit – gleiches Geld“⁵⁶, die allerdings etwas relativiert werden muss, da Zeitarbeit in der Metallbranche nur eine sehr geringe Rolle spielt; der Anteil liegt bei etwa 3 % der Beschäftigten. Insgesamt sind die Lohnkosten bei dieser rohstoffintensiven Branche vergleichsweise gering⁵⁷.

Im Einzelnen sieht der neue Tarifvertrag folgendermaßen aus: Die Entleihunternehmen aus der Metallbranche verpflichten sich schuldrechtlich zu einer „Einwirkung“ auf das Verleihunternehmen mit dem Ziel, den Zeitarbeitnehmern das gleiche Entgelt zu zahlen wie den Stammarbeitnehmern des Entleihunternehmens. Scheitert die Einwirkung, folgt daraus ein Anspruch der Zeitarbeitnehmer gegen die Entleiher auf „Schadensersatz“ – eher eine Vertragsstrafe, die die Nachteile der „fehlerhaften Vertragsgestaltung“ ausgleichen soll⁵⁸. Bereits erste Reaktionen auf die Neuregelung lassen etliche Probleme praktischer und juristischer Art erkennen. So wirft der Tarifvertrag kartellrechtliche Fragen auf⁵⁹. Tarifrechtlich ist unklar, in welchem Verhältnis die Neuregelung zu dem DGB-Zeitarbeitstarif steht, den die IG Metall mit abgeschlossen hat und der einen Grundlohn von 7,60 € vorsieht⁶⁰.

Das Hauptproblem liegt aber in der ganz neuen Gestaltung einer tarifvertraglichen „Einwirkungspflicht“. Das folgt daraus, dass in der Praxis kein Entleihunternehmen sich darauf einlassen wird, dem „Schadensersatzanspruch“ des Zeitarbeitnehmers ausgesetzt zu sein. Arbeitnehmerüber-

⁵⁶ Siehe <http://www.gleichearbeit-gleichesgeld.de/>.

⁵⁷ http://www.focus.de/finanzen/news/tarifabschluss-gleicher-lohn-fuer-alles-tahlarbeiter_aid_557453.html.

⁵⁸ Wolfgang Nettelstroth, Pressesprecher der IG Metall-Bezirksleitung Nordrhein-Westfalen, Pressemitteilung vom 30.9. 2010.

⁵⁹ Rieble, Stählerne Zeitarbeit, FAZ Nr. 235 vom 9./10.10. 2010, S. L 3.

⁶⁰ „Mindestlohn mit Breitenwirkung“, FAZ Nr. 231 vom 5.10. 2010, S. 11.

lassungsverträge werden also davon abhängig gemacht werden, dass das Verleihunternehmen den Tariflohn des Entleihers zahlt. Darin liegt faktisch die Übertragung eines Tarifabschlusses einer Branche auf eine andere, an andere Tarifverträge gebundene Branche. Folgten alle Entleihbranchen dem Vorbild der Metalltarifvertragsparteien, wären die eigenständigen Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche obsolet.

Diese Überlegung zeigt bereits die Schwere des Eingriffs in die Tariffreiheit der Zeitarbeitsbranche. Eine mitgliedschaftliche oder andere Legitimation besteht nicht. Das betrifft auch die Zeitarbeitnehmer, denen auf diese Weise ständig wechselnde Arbeitsbedingungen aufgezwungen werden, ohne dass sie darauf irgendeinen tariflichen oder individualrechtlichen Einfluss hätten.

VI. Die Zukunft: Equal Pay, Mindestlohn und Tarifautonomie

1. Problematik des Equal Pay

Die gegenwärtige Rechtslage mag vom BVerfG abgesegnet sein, befriedigend ist sie nicht. Hintergrund ist vor allem das Dogma, wonach Gleichbehandlung mit Stammarbeitnehmern – verbrämt als Diskriminierungsverbot – dem Schutz der Zeitarbeitnehmer dienen soll. Nur vereinzelt wird die Frage aufgeworfen, ob die Arbeitsbedingungen am Entleihbetrieb überhaupt für die Leiharbeitnehmer passen⁶¹. Demgegenüber wird in anderen Bereichen der „Flexicurity“-Debatte das Interesse der Arbeitnehmer an Kontinuität betont. Gerade in Branchen, in denen generell nicht viel verdient wird, ist Verlässlichkeit oft am wichtigsten.

So haben auch Zeitarbeitnehmer möglicherweise ein größeres Interesse daran, auch in verleihfreien Zeiten verlässlich bezahlt zu werden, als kurzfristig ein unerwartet hohes Einkommen zu haben. Zuletzt verhindert der gesetzliche Anspruch auf Gleichbehandlung die Motivation der Zeitarbeitnehmer zur gewerkschaftlichen Betätigung und vergrößert damit das Legitimationsproblem.

Das Handeln des Gesetzgebers ist inkonsequent. Zeitarbeit soll – europarechtlich abgesichert – gefördert und „entschmuddelt“ werden. Dann muss sie aber auch als eigene Branche anerkannt und ihre Tarifautonomie geschützt werden. Es steht dem Gesetzgeber frei, Zeitarbeit ähnlich stark zu regulieren wie vor 2002/2003. Wenn aber ihre Vorteile genutzt werden sollen, darf sie nicht wirtschaftlich so unattraktiv gemacht werden, dass potenzielle Entleiher Auftragsspitzen lieber mit befristeten Arbeitsverträgen abfangen.

61 Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23, 28.

2. Anforderungen an eine Neuregelung

a) Eine Neuregelung muss also so gestaltet sein, dass sie branchenspezifische Erfordernisse berücksichtigen kann. Eine Anerkennung der Zeitarbeitsbranche, die Verbesserung ihres Images und ihrer Effekte auf den Arbeitsmarkt ist nur dann möglich, wenn sich eine Tarifpolitik entwickeln kann, die auf die Besonderheiten der Zeitarbeit eingeht und einen vernünftigen Interessenausgleich entwickelt. Nur so kann auch das Engagement der Arbeitnehmer gefördert und damit langfristig das Legitimationsproblem gelöst werden. Zuletzt ist dringend Rechtssicherheit erforderlich, da das wirtschaftliche Risiko der Unwirksamkeit von Tarifverträgen und Bezugnahmeklauseln erheblich ist⁶².

Gegen eine branchenspezifische Regelung spricht auch nicht, dass Art. 5 der Richtlinie 2008/104/EG⁶³ vom Grundsatz der Gleichbehandlung, also nicht von einem Mindestlohn, ausgeht. Auch wenn gegen die europarechtliche Kompetenz für diese Richtlinie begründete Bedenken bestehen, ist das Abweichen von einer Richtlinie zumindest politisch problematisch. Abweichungen können aber auf die Ausnahmeermächtigung in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG gestützt werden, soweit sie die „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ gewährleisten.

b) Diese Regelung sollte auch tarifbasiert sein. Ein gesetzlicher Mindestlohn, der für die gesamte Wirtschaft gilt, löst die spezifischen Probleme der Zeitarbeit nicht. Überdies entsprechen die Basislöhne in den Tarifverträgen, die jedenfalls die DGB-Gewerkschaften mit der Zeitarbeitsbranche abgeschlossen haben, mit ca. 7,50 € auch den Vorschlägen für gesetzliche Mindestlöhne. Die tatsächliche Entwicklung zeigt daher, dass bei funktionierender Tarifaufonomie „Hungerlöhne“ langfristig nicht erhalten bleiben.

Überdies kann ein gesetzlicher Mindestlohn allenfalls eine Basis sein. Entsprechenden Regelungen sind enge verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. So beeinflussen sie die Tarifaufonomie, da die geschützte Partei – in diesem Fall die Gewerkschaft – damit bereits eine Basis erhält, auf die sie ihre Forderungen nur aufsatteln muss⁶⁴. Regelmäßig sind auch die Koalitionsfreiheit, die Berufsfreiheit und die individuelle Vertragsfreiheit betroffen.

c) Damit stellt sich zuletzt die Frage nach einer Aufnahme in das AEntG. Das AEntG gilt seit der Neuregelung von 2009 nicht nur für grenzüberschreitend entsandte, sondern auch für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer. Für die in § 4 AEntG aufgezählten Branchen besteht die Möglich-

62 Dazu *Schüren* (Fn. 29), § 9 AÜG Rn. 103, 104 ff.

63 Oben Fn. 16.

64 Ausführlicher *Hinsen*, BB 2010, 315, 318; zur aktuellen Debatte FAZ Nr. 231 vom 5.10. 2010, S. 13 (Bericht) und S. 11 (Kommentar).

keit, Tarifverträge unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 7 AEntG durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich zu erklären.

Die Forderung einer Aufnahme der Zeitarbeit ist seit 2008 nicht verstummt und wird von gewerkschaftlicher wie von Arbeitgeberseite erhoben⁶⁵. Politisch könnte diese Forderung spätestens im kommenden Jahr auch wieder aktuell werden. Die Aufnahme in das AEntG schützt die inländische Zeitarbeitsbranche vor der befürchteten Billigkonkurrenz durch eine gesetzliche Konstruktion, die europarechtlich abgesichert ist und daher nicht protektionistisch genannt werden darf⁶⁶.

Ideal ist diese Lösung freilich nicht. Jede gesetzliche Regelung von Arbeitsbedingungen greift in die Tarifautonomie ein und beeinflusst auch die negative Koalitionsfreiheit⁶⁷. Das gilt für die Regelungen der Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers erst recht. Problematisch ist vor allem die Koalitionsfreiheit anderweitig Tarifgebundener, die auch den Hintergrund der Auseinandersetzung um den Mindestlohn in der Dienstleistungsbranche bildet⁶⁸. Das Hauptbedenken gegenüber dieser Lösung ist aber ein praktisches: Das AEntG würde damit endgültig zu dem Gesetz des Mindestlohns. Die Nachteile dieses Gesetzes, von denen die unsystematische Aufzählung in § 4 und die unübersichtliche Regelung des § 7 nur zwei sind, würden damit auf eine weitere, wichtige Branche übertragen.

VII. Fazit

Die Debatte zu Mindestlöhnen in der Zeitarbeit geht seit einigen Jahren ideologisch überfrachtet von einem Extrem ins andere. Die Umgehung gesetzlicher Regelungen ist ebenso wenig eine Lösung wie eine unflexible Gleichbehandlung mit Stammarbeitnehmern. Erforderlich sind branchenspezifische Lösungen, die den Arbeitnehmern Verlässlichkeit bringen und den Arbeitgebern eine rechtssichere Basis. Die Aufnahme in das AEntG

65 Ver.di Pressemitteilung, beck-online, beclink 273752; *Hinsen* auf dem ZAAR-Kongress „Zukunft der Zeitarbeit“ am 8.5. 2009 in München; veröffentlichte Fassung *Hinsen*, BB 2010, 315, 319.

66 Zu der europarechtlichen Problematik des Arbeitnehmerentsenderechts *Benecke*, in: *Grabitz/Hilf* (Fn. 23), Rn. 60 f.

67 *Schlachter*, in: *ErfK* (Fn. 50), § 1 AEntG Rn. 12 mit weiteren Nachweisen. Zur parallelen Problematik des MiArbG *Löwisch*, RdA 2009, 215, 220. Ausführlich zu dem verfassungs- und europarechtlichen Rahmen für Mindestlohnregelungen *Habertzettl*, Varianten der Kodifizierung eines Mindestlohns und ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht, Diss. jur. (erscheint 2011).

68 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718; siehe aber BVerfG 10.6. 2009 – 1 BvR 1196/09, juris. Zur Vorgeschichte *Maier*, Verletzt die Tariferstreckung kraft Rechtsverordnung (§ 1 III a 1 AEntG) die positive Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) anderweitig Tarifgebundener?, NVwZ 2008, 746 einerseits; *Willemsen/Sagan*, Staatliche Lohnfestsetzung versus Tarifautonomie, NZA 2008, 1216 andererseits.

könnte einige der Probleme lösen, durch die Unzulänglichkeiten dieses Gesetzes aber auch neue schaffen.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Liebe *Martina*, vielen Dank für den wunderbaren und glasklaren Vortrag mit dem abschließenden deutlichen Statement. Wir dürfen die Diskussion eröffnen und die Mikrofone sind unterwegs. Herr *Smits*:

Gunter Smits, Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschland, Berlin:

Recht herzlichen Dank, Frau Professor *Benecke*. Ich bin jetzt derjenige, der die ersten Flächentarifverträge in der Zeitarbeit zu verantworten hat. Am 28.2.2003 haben wir den ersten Flächentarifvertrag damals mit der Interessengemeinschaft Nordbayerischer Zeitarbeitsunternehmen abgeschlossen und es hat dort selbstverständlich Orientierungen an dem gegeben, was im Vorfeld in der Zeitarbeit auch tatsächlich Entlohnung darstellte. Sie haben den Randstad-Tarifvertrag genannt, der damals noch in Kraft war und 12 DM für die einfache Hilfskraft vorgesehen hat und der das auch in den ersten sechs Wochen der Überlassung, der Beschäftigung in Zeitarbeitsunternehmen garantiert hat und nicht dort den entsprechenden Freiraum den Zeitarbeitsunternehmen gegeben hatte, der durch die Novelle des AÜG her geschaffen worden war. Wer aus der Arbeitslosigkeit gekommen war, hätte auch 4 €, 3 €, 2 € verdienen können. Da hat es keine Grenze nach unten gegeben. In den ersten sechs Wochen haben die Tarifverträge auch einen entsprechenden Schutz für den Helfer mit einer Lohnuntergrenze dargestellt. Wir haben damals 6,80 € abgeschlossen, also etwa 20 % über dem, was damals bei Randstad Deutschland für den einfachen Helfer eben dargestellt hat. Das heißt, offensichtlich muss es dort entsprechende Orientierungen gegeben haben, die erstens sich tatsächlich am Zeitarbeitsmarkt dargestellt haben und zweitens müssen die Gewerkschaften auch irgendwo ein entsprechendes Druckinstrument und ein entsprechendes Druckmittel gegenüber den Arbeitgebern gehabt haben, die ersten sechs Wochen der Befreiung vom Tarifvertrag durch deutlich bessere tarifvertragliche Regelungen eben zu erzwingen.

Zum zweiten, und das stört mich ganz massiv und stört uns ganz massiv in der Diskussion um die Zeitarbeit: Es ist bloß ein Drittel der Beschäftigungsverhältnisse insgesamt in der Zeitarbeit, die sich im Helfersegment orientieren. Die Tarifverträge, und zwar alle Tarifverträge, sehen Lohngitter vor und damit natürlich für die qualifizierten Fachkräfte deutlich bessere Entlohnung, als es bei der einfachen Hilfskraft der Fall ist. Und wenn ich das

dann mit vielen anderen Dienstleistungsflächentarifverträgen vergleiche, sowohl damals wie heute, dann muss man feststellen, dass sich die Zeitarbeitsvertragstarifverträge von damals und von heute gegenüber vielen anderen Dienstleistungsbranchentarifverträgen nicht verstecken müssen, auch nicht in der Entlohnung bei den qualifizierten Fachkräften: nämlich dem Mindestlohn Maler- und Lackiererhandwerk für die Fachkraft, er bekommt 11,13 € laut Mindestlohtarifvertrag, die Fachkraft in der Zeitarbeit vergleichbar würde 11,50 € bezahlt bekommen. Auch hier muss man ganz klar feststellen, das mit dem *equal pay* ist in der veröffentlichten Meinung etwas anderes als das, was es dann tatsächlich in den entsprechenden tarifvertraglichen Regelungen der Zeitarbeit auch darstellt. Und in der Hinsicht muss ich Ihnen zustimmen: Ja, die Zeitarbeit sollte als eigenständige Branche angesehen werden. Wovor ich aber warne, im tarifrechtlichen Sinne die Zeitarbeit als eigenständige Branche anzusehen, das ist, wenn es um die Frage der Tarifizuständigkeit der Gewerkschaften geht. Es hat bei der Gewerkschaft ver.di eben kein Metallarbeiter, der in der Metall- und Elektroindustrie als Zeitarbeitnehmer organisiert ist, zu suchen, sondern er gehört in die Christliche Gewerkschaft Metall oder in die IG Metall. Im Handel ist es umgekehrt. Also werden wir zu der Frage der Tarifizuständigkeit bezüglich des Branchenbegriffs der Zeitarbeit einen differenzierten Begriff zur bestehenden Rechtsprechung des BAG brauchen.

Professor Dr. Martina Benecke, Universität Augsburg:

Da kann ich eigentlich nicht viel dazu sagen, denn im Grunde haben Sie nur in ähnlicher Weise das ergänzt, was ich gesagt habe. Ich denke auch, dass die kurze Geschichte der Tarifautonomie in der Zeitarbeit schon zeigt, es hat am Anfang einige Tarifverträge gegeben, die vielleicht nicht optimal waren von der Entlohnung her, aber im Grunde, wenn man die Tarifautonomie machen lässt, funktioniert sie schon irgendwie. Die großen Differenzen, die es heute noch gibt, gibt es im Wesentlichen eigentlich in diesen Hochlohnbranchen, die Herr Rieble vorhin schon erwähnt hat, in diesen männlich dominierten Hochlohnbranchen. Beispielsweise in der Stahlindustrie, wenn dort Tariflöhne in Höhe von 25 € – oder was weiß ich, aus der Luft gegriffen – und dagegen ein Zeitarbeitstarif in Höhe von 12 € oder noch weniger gezahlt werden. Ich habe in dieser Zeit, aus der die ersten Zeitarbeitstarife stammen, für 10 DM Lateinnachhilfe gegeben. Das war jetzt ein bisschen brutto = netto, das ist verjährt. Da habe ich mich eigentlich auch ganz gut bezahlt gefühlt. Was echte Hungerlöhne anbetrifft: Echte Hungerlöhne sind heute auch in der Zeitarbeit schon die Ausnahme.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich wollte nur zum Sachverhalt etwas nachtragen: In § 2 der Satzung des Arbeitgeberverbands Stahl gibt es eine Klausel, die den meisten Menschen nicht bekannt ist. Dort steht nämlich: „Eine Einflussnahme des Verbands auf die Geschäftstätigkeit seiner Mitglieder ist ausgeschlossen.“ Die Geschäftstätigkeit der Mitglieder ist zum Beispiel, welche Zeitarbeitsunternehmen man zu welchen Konditionen beauftragt. Eins muss man noch sagen: Diese Lohngleichheit, die in der Pressemitteilung herumgeistert, ist nicht ganz richtig. In dem jedenfalls mir vorliegenden Tarifvertragsentwurfstext ist die Rede davon, ich zitiere das mal eben, „dass der Arbeitnehmer ein Vergleichsentgelt erhalten soll, das nicht genau das Tarifentgelt ist, sondern es bemisst sich nach der Einarbeitungsstufe der Entgeltgruppe der ausgeübten Tätigkeit die es in den Stahltarifen überhaupt nicht gibt“, und jetzt kommt der Klammerzusatz: „Bei Fehlen einer Einarbeitungsstufe nach der um eine Stufe abgesenkten Entgeltgruppe.“ Das heißt also jeweils eine Vergütungsgruppe weniger, und das ist im Kern das, was die montanmitbestimmten Stahlunternehmen heute schon auf Druck ihrer Betriebsräte und Aufsichtsratsmitglieder tun, so dass dieser „Tarifvertrag“ überhaupt keine Wirkung hat. Das nur als zusätzliche Information.

Martina Benecke:

Man muss dazu auch noch sagen: Er ist ja jetzt sehr umfangreich durch die Presse gegangen. Der politische Hintergrund, unter dem er abgeschlossen wurde, war eine massive Streikdrohung der Gewerkschaft. Die Streikkassen der IG Metall sind prall gefüllt. Sie hätten lange streiken können. Da haben die Arbeitgeber eben gesagt: „Für die paar Zeitarbeitnehmer, die wir beschäftigen, machen wir eben ein bisschen Tarifikosmetik mit hinein.“ Die Wahrscheinlichkeit, dass es auf andere Branchen übertragen wird, ist sicherlich eine äußerst geringe, aber damit natürlich die Werbewirksamkeit für die IG Metall eine ganz erhebliche. Ich habe auf der Homepage der IG Metall gefunden, dass aufgrund dieses Tarifvertrags mittlerweile – nach eigener Auskunft der IG Metall – 50.000 Zeitarbeitnehmer in die IG Metall eingetreten seien. Schöner Erfolg aus Sicht der IG Metall.

Volker Rieble:

Da kann man bezweifeln, ob das stimmt. Es treten Arbeitnehmer normalerweise nicht in eine Gewerkschaft ein, deren einzige tarifpolitische Funktion es ist, die Löhne abzusenken.

Ich wollte dazu nur eines sagen: Zwar sind die anderen Arbeitgeberverbände derzeit noch relativ abwehrbereit, was diese Zeitarbeitergleichstellung durch Tarifvertrag betrifft – die warten darauf, was das BMAS sich dann noch ausdenkt –, aber die IG Metall fängt jetzt schon an, bei einzelnen Unternehmen – etwa bei Daimler in Stuttgart – zu versuchen, Subunternehmen, insbesondere Industriedienstleister, nach demselben Muster zu verpflichten, ihren Arbeitskräften dasjenige zu bezahlen, was die IG Metall für richtig hält, nämlich den Einsatzlohn im Stammbetrieb, obwohl wir hier noch nicht einmal eine Arbeitnehmerüberlassung haben. Damit wird die Tarifautonomie für die Dienstleistungsunternehmen total ausgeschaltet. Die IG Metall hat das schon einmal gemacht für die Werkswäschereien. Wenn Sie einen Blauemann von Daimler tragen, der kommt in die Wäscherei und wird dort gewaschen. Seitdem es die Gewerkschaft Textil und Bekleidung nicht mehr gibt, ist die IG Metall dafür zuständig. So kam die IG Metall bei Daimler auf die Idee, dass nur noch solche Wäschereien mit dem Waschen von schmutziger Benz-Wäsche beauftragt werden dürfen, die ihrerseits textiltarifgebunden sind, also mit der IG Metall tarifieren.

Martina Benecke:

Bei Audi gibt es auch so etwas Ähnliches. Ist hier jemand von Audi? Schade. Ich kenne die Details nicht gut genug, um sie hier sagen zu können.

Richard Giesen:

Haben wir noch Wortmeldungen?

Harms Lefnaer, Bundesarbeitgeberverband Glas und Solar, München:

Wir diskutieren hier Mindestlohn aus historischer Perspektive, da wir irgendwann einmal in einen sektoralen Mindestlohn hineingeraten sind, der sich immer weiter ausdehnt. Wir diskutieren das Ganze unter dem Aspekt „Lohnfindung“, unter sozialen Aspekten oder anderem, nur nicht als das, was es aus meiner Wahrnehmung wirklich ist, nämlich als wettbewerbsbehinderndes Mittel. Aus diesen Aspekten haben auch Arbeitgeber bisher ausschließlich oder zu großen Teilen daran mitgewirkt, dass es diese Mindestlöhne gibt. Wir sollten uns hier grundsätzlich Gedanken darüber machen, was kann Mindestlohn denn wirklich für ein nachvollziehbares oder legitimes Ziel haben. Da knüpfe ich an Herrn *Rieble* an, der sagt: „Klar, wir können ein nachvollziehbares politisches Ziel definieren, indem wir Mindestlohn und definierte Existenzsicherung differenzieren und das Ziel setzen: ‚Arbeit fördern‘.“ Alle Aspekte, die politisch dann diskutiert werden in dieser

Differenzierung, sind nachvollziehbar. Arbeitslohnfindung über Mindestlohn, habe ich gelernt – auch heute wieder *Rieble* zitierend –, bringt nichts und führt auch zu nichts. Da sollten auch die Tarifvertragsparteien tätig bleiben und dann wieder gemäß Herrn *Rieble* heute: Wenn wir schon über Mindestlohn debattieren, dann sind wir hier schon bei einer Fehlentwicklung, dem sektoralen Mindestlohn, dann nehme ich die zweit-schlechteste Lösung und mache einen Gesamtmindestlohn aus politisch nachvollziehbaren Aspekten, weil ich die Diskussion – und so habe ich Herrn *Rieble* verstanden – Mindestlohn generell nicht mehr verhindern kann. Auch hier bei der heute zuletzt angesprochenen Branche, Leiharbeit, soll das ganze Thema auch nur aus Wettbewerbsaspekten in das Arbeitnehmerentsendegesetz aufgenommen werden: polnische Tarife, die deutsche Tarife untergraben. Wettbewerb darf nicht die Grundlage von Mindestlohnregelungen sein.

Martina Benecke:

Damit sind im Wesentlichen eigentlich Sie angesprochen, Herr *Rieble*. Jetzt muss ich die Angriffe auf Herrn *Rieble* verteidigen. Da habe ich mich jetzt nicht hinreichend eingearbeitet. Jeder Mindestlohn ist – vielleicht kann ich vor dem Hintergrund etwas sagen, weil ich da aus Zeitgründen etwas eingegrenzt habe – natürlich auch immer verfassungsrechtlich relevant aus dem Aspekt der Tariffreiheit und zwar vor folgender Überlegung: Wenn der Gesetzgeber etwas vorgibt, dann hat diejenige Tarifpartei, die da aufsatteln kann oder draufpfropfen, wie das einmal in einem FAZ-Kommentar lautete, von vornherein einen strukturellen Vorteil. Das heißt also, wenn wir von Mindestlöhnen sprechen, dann müssen wir wirklich immer von echten Mindestlöhnen sprechen, also von einer absoluten Basis. Wenn also ein Mindestlohn so hoch ist, dass er im zweistelligen Prozentbereich Arbeitnehmer erfasst, dann ist es kein Mindestlohn mehr. Das ist auf jeden Fall der Fall. Insoweit sind dem auch schon durch die Tarifautonomie des Grundgesetzes Grenzen gesetzt. Mit der Zeitarbeitsbranche da denke ich auch: Das Problem ist eigentlich wirklich, die Branche braucht wirklich einmal ein bisschen Ruhe. Es gibt seit Jahren wechselnde Vorgaben durch das BVerfG. Es gibt immer wieder Bedenken an diesen Vorgaben. Es gibt jetzt eben diese Tarifverträge, die für unwirksam erklärt worden sind, wenn auch noch nicht ganz rechtskräftig, mit der CGZP, und die Frage: Was gilt jetzt? Wirken die nach, wirken die nicht nach? Was die Branche bräuchte, wäre im Wesentlichen eigentlich Rechtssicherheit und Verlässlichkeit und gerade eben Rechtssicherheit, die erheblichen wirtschaftlichen Risiken, die mit unwirksamen Tarifverträgen verbunden wären. Das heißt also eine gesetzliche Regelung, die einmal festlegen würde, wo hier die Grenzen sind. Vielleicht wollen die Tarifvertragsparteien gar nicht unbedingt unter diesen Grenzen bleiben, sie wissen es nur nicht.

Gunter Smits:

Zu meinem Vorredner und der Frage, Wettbewerbsbegrenzung durch Einführung eines Mindestlohns im AEntG in der Zeitarbeit: Das AEntG ist in den vergangenen Jahren sicherlich in einer anderen Richtung ausgelegt worden, als es ursprünglich einmal im Baugewerbe gedacht gewesen ist. Denn als es Mitte der 1990er Jahre eingeführt worden ist, ging es tatsächlich um eine Entsendefrage insbesondere von spanischen und portugiesischen Bauarbeitnehmern auf deutsche Baustellen. Das war ein klares Entsendethema. In der Textilreinigung, muss ich ganz ehrlich sagen, kann ich das nicht erkennen, denn die Großwäscherei steht nicht auf dem deutschen Boden, sondern sie steht auf der anderen Seite der deutsch-polnischen Grenze, und dort wird die Wäsche aus den Berliner Hotels eben einfach hingekarrt und da werde ich mit dem AEntG und einem Mindestlohn auch nichts verändern können. Das ist alles schöne Kosmetik, aber das hilft bezüglich der eigentlichen Entsendefrage nicht. In der Zeitarbeit liegt das Ganze jetzt ein Stück weit anders und das, denke ich, sollten wir aus Mitteleuropa auch ganz anders in den Blick nehmen auch mit den großen Lohnunterschieden, die wir aus Ostmitteleuropa eben auch tatsächlich zu dem deutschen Arbeitsmarkt haben. Die Zeitarbeit als solches ist eben gerade auf die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf Arbeitsmärkte ausgerichtet. Wenn ich dann den deutschen Arbeitnehmer und die deutsche Arbeitnehmerin in die Konkurrenz setze zu einem polnischen oder einem ungarischen Arbeitnehmer mit den unterschiedlichen Löhnen, bei denen der Lohn auch genau das Element ist, womit die entsprechenden Gewinne der Unternehmen erwirtschaftet werden, dann bestehen hier gewaltige Risiken, wenn ich die deutsche Arbeitnehmerin und den deutschen Arbeitnehmer nicht schütze. Deshalb brauchen wir in der Richtung eine entsprechende Regelung, die diesen Schutz auch macht. Darüber kann man jetzt diskutieren, ob das AEntG das richtige ist oder das AÜG – Professor *Schlegel* hat dazu vorhin ausgeführt, dass sich das Bundesarbeitsministerium, die Bundesregierung, dort noch nicht auf den endgültigen Weg geeinigt haben. Ich hoffe, dass das bald der Fall sein wird. Aber hier hätten wir eine tatsächliche Rechtfertigung im Sinne der Entsendung tatsächlich zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer etwas zu machen.

Zu Ihrer letzten Bemerkung hinsichtlich der rechtswirksamen oder rechtsunwirksamen Tarifverträge: Die Tarifverträge der CGZP sind seit Anfang dieses Jahres als mehrgliedrige Tarifverträge abgeschlossen worden, das heißt, Gewerkschaften im Christlichen Gewerkschaftsbund Deutschlands haben diese mit abgeschlossen, so dass wir in der Tarifarbeit auch in Zukunft rechtssicher weiterarbeiten werden, völlig unabhängig davon, was das BAG am 14. Dezember entscheidet.

Martina Benecke:

Zwei unterschiedliche Rechtsentwicklungen haben da ganz gut zusammengepasst im Ergebnis.

Erklären Sie einmal einem Nichtjuristen, warum das eine AEntG und das andere AÜG heißt. Beides, das haben Sie ja vorhin schon angesprochen, ist das Schicken eines Arbeitnehmers anderswohin. Entsenden ist jetzt eigentlich grenzüberschreitend, jetzt aber nicht mehr und Überlassen ist eigentlich innerstädtisch, inländisch zu einem anderen Arbeitnehmer, aber das Problem stellt sich jetzt gerade wieder international. Praktisch wäre es schon, wenn man vor dem Hintergrund die Zeitarbeitsbranche als eigenständige Branche gesetzgeberisch akzeptieren würde, wenn man diese ganzen Sachverhalte – seien sie national, seien sie international – auf eine einheitliche und vernünftige gesetzliche Basis bringen könnte.

Richard Giesen:

Ein Plädoyer für das Arbeitsvertragsgesetz.

Martina Benecke:

Ja, wie immer.

Richard Giesen:

Haben wir noch Wortmeldungen? Dann darf ich mich ganz herzlich noch einmal bei Dir bedanken, *Martina*, für den Vortrag und die Diskussion.

Mit einer fünfminütigen Verfrühung können wir uns selbst in die Mittagspause entlassen, sind also recht gut in der Zeit, weshalb Sie mein lieber Kollege *Junker* heute Nachmittag um 13.40 Uhr begrüßen wird zum Vortrag von Herrn Kollegen *Seifert*, noch Universität Luxemburg. Alles Weitere am Nachmittag. Vielen Dank.

Der salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC): rechtliche Gestaltung und Erfahrungen

Achim Seifert

Seite

A. Problemaufriss	76
B. Zur Genese des französischen Mindestlohnsystems	77
C. Geltungsbereich der Mindestlohnvorschriften	81
D. Die Bestimmung der Höhe des Mindestlohns	82
I. Grundlagen	83
1. Die beiden Formen des SMIC	83
2. Berücksichtigungsfähige Entgeltbestandteile	84
II. Sicherung eines existenzsichernden Mindestlohns durch Indexierung	85
III. Teilhabe an der wirtschaftlichen Entwicklung	86
IV. Der sogenannte „Anschubser“ („coup de pouce“)	87
V. Abschläge vom SMIC	88
1. Minderjährige Arbeitnehmer	88
2. Auszubildende und Beschäftigte in Fortbildungsmaß- nahmen	89
3. Beschäftigte in der Familienhilfe	90
VI. Der SMIC in den französischen Überseegebieten	90
E. Die Durchsetzung des gesetzlichen Mindestlohns	91
I. Individuelle Rechtsdurchsetzung	91
II. Kollektivrechtliche Durchsetzungsmechanismen	92
III. Verwaltungskontrolle durch die Arbeitsinspektion	93
IV. Strafrechtliche Sanktionen	94
F. Effekte des SMIC	95
I. Wirtschaftliche Auswirkungen für die Unternehmen	95
II. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt	98
III. SMIC und Bekämpfung der Armut	100
G. Schluss	101

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung (München 2011), S. 75-102

A. Problemaufriss

Die Debatte um die Einführung eines Mindestlohns in der Bundesrepublik Deutschland markiert zweifelsohne einen Wendepunkt im deutschen Arbeitsrecht. Konnte der Staat noch bis vor einigen Jahren in die Verankerung eines ausreichenden Mindestlohns durch die Tarifvertragsparteien vertrauen, ist dieses Vertrauen gerade in den vergangenen Jahren durch eine zunehmende Erosion der Tarifautonomie immer mehr geschwunden und der Ruf nach einem staatlich festgelegten Mindestlohn lauter geworden. Die ersten Ansätze für diesen neuen Lohninterventionismus sind bereits erkennbar: Das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 22.4. 2009¹ sowie die Reform des AEntG vom 20.4. 2009², aber auch die seit einigen Jahren geführte politische Debatte über die Einführung eines einheitlichen gesetzlichen Mindestlohns legen hiervon klares Zeugnis ab.

Gerade weil es an einer „Mindestlohntradition“ in Deutschland fehlt, besteht ein Bedürfnis, sich mit den Erfahrungen anderer Länder mit einem staatlichen Mindestlohn auseinanderzusetzen. Der Blick schweift hier unweigerlich über den Rhein nach Frankreich und damit auf ein Land, das bereits seit ungefähr 60 Jahren einen allgemeinen staatlichen Mindestlohn kennt und für nicht wenige Länder innerhalb aber auch außerhalb von Europa zu einem wichtigen Bezugspunkt in der Mindestlohnfrage geworden ist³. Das französische Mindestlohnmodell geht in seinem Kern auf ein Gesetz vom 11.2. 1950 zurück, das im Jahre 1970 – nach den Ereignissen des Mai 1968 –

-
- 1 Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 22.4. 2009, BGBl. I, S. 818.
 - 2 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 20.4. 2009, BGBl. I, S. 799.
 - 3 In Europa gilt dies beispielsweise für den *salaire social minimum* im Großherzogtum Luxemburg (Art. L. 222-1 Code du travail luxembourgeois), für den spanischen *salario mínimo interprofesional* nach Art. 27 Estatuto de los Trabajadores und die portugiesische *retribuição mínima mensal garantida* (Art. 266 Código do trabalho). Außerhalb von Europa ist der Einfluss des französischen Mindestlohnmodells vor allem in den französisch geprägten Ländern Afrikas – wenn auch in unterschiedlicher Intensität – spürbar: Das gilt namentlich für den Algerischen *salaire national minimum garanti* (Art. 87 Loi n° 90-11 du 21 avril 1990 relative aux relations de travail), den Tunesischen *salaire minimum garanti* (Art. 134 ff. Code du travail tunisien [C. trav. tunis.]) und den *salaire minimum interprofessionnel garanti* in Mali (Art. 96 Code du travail malien [C. trav. mal.]). Auch hat das französische Modell nicht unwesentlich das IAO-Übereinkommen Nr. 131 (1970) über die Festsetzung von Mindestlöhnen beeinflusst; zu dem Übereinkommen statt vieler *Servais*, Normes Internationales du Travail, 2004, Rn. 631 ff.

erheblich reformiert wurde⁴. Eine rechtsvergleichende Betrachtung des auf eine lange Geschichte zurückblickenden französischen Mindestlohnsystems bietet sich somit für die deutsche Mindestlohndiskussion nicht nur an, sondern drängt sich geradezu auf.

Die folgenden Ausführungen haben zum Ziel, das französische Mindestlohnmodell möglichst unter Konzentrierung auf die derzeit in Deutschland geführte Mindestlohndebatte in den Blick zu nehmen. Dabei soll zunächst die Genese des französischen Mindestlohnsystems herausgearbeitet werden (B), da bereits die geschichtliche Entwicklung wichtige Unterschiede zwischen Deutschland und Frankreich zutage treten lässt. Im Anschluss daran sollen dann der Geltungsbereich der Vorschriften über den SMIC (C), die verschiedenen bestehenden Methoden zur Bestimmung der Höhe des Mindestlohns (D) sowie die zur Verfügung stehenden Durchsetzungsmechanismen (E) näher betrachtet werden. Schließlich soll die Perspektive von der normativen zur rechtstatsächlichen Ebene gewechselt werden, um nach den zentralen tatsächlichen Effekten des SMIC zu fragen (F).

B. Zur Genese des französischen Mindestlohnsystems

Die Geschichte des französischen Arbeitsrechts war bis an das Ende des 19. Jahrhunderts von den liberalen Grundprinzipien des Code civil geprägt: Es galt auch für den Arbeitsvertrag (*contrat de louage de services*)⁵ der Grundsatz der Vertragsfreiheit; der dieser Freiheit Grenzen ziehende *ordre public* (Art. 6 Code Civil) war auf nur wenige Ausnahmenvorschriften beschränkt⁶. Die in verschiedenen Branchen gegen Ende des 19. Jahrhunderts verbreitete Praxis der Lohndrückerei bei der Vergabe öffentlicher Aufträge veranlasste jedoch die französische Regierung unter *Alexandre Millerand*, mit ihrem Dekret vom 10.8.1899 über die öffentliche Auftragsvergabe⁷ mittelbar in den Arbeitsmarkt einzugreifen, indem sie öffentliche Auftraggeber verpflichtete, in ihre Verträge mit Warenlieferanten oder Dienstleistungserbringern „soziale Klauseln“ einzubeziehen, welche den Auftrag-

4 Zur Entstehung des französischen Mindestlohnsystems ausführlicher unten B mit weiteren Nachweisen.

5 Der *contrat de louage de services* ist in den Art. 1779 bis Art. 1782 Code civil normiert. Die Vorschriften bilden historisch den Ausgangspunkt des modernen französischen Arbeitsrechts.

6 Zu Inhalt und Umfang dieses sog. *ordre public classique* siehe statt vieler Carbonnier, *Droit civil – Les obligations*, Tome 4, 22. Aufl. 2000, Rn. 70 mit weiteren Nachweisen.

7 Décret sur les conditions de travail dans les marchés passés au nom de l'Etat, *Journal Officiel de la République Française (J.O.R.F.)* vom 3.8. 1899, S. 367; Décret sur les conditions de travail dans les marchés passés au nom des départements, *J.O.R.F.* vom 3.8. 1899, S. 368. Dazu Olszak, *Histoire du droit du travail*, 1999, S. 71 f. sowie Durand, *Traité de Droit du Travail*, Tome II, 1950, Rn. 333-334, der auch einzelne Vorläuferregelungen auf kommunaler Ebene beschreibt.

nehmern die Einhaltung des üblichen Lohns (*salaires normaux*) bei der Auftragsausführung zur vertraglichen Pflicht machte. Die Nachfragemacht des Staates wurde somit sozialpolitisch instrumentalisiert. Allerdings bewegten sich die Dekrete von 1899 noch innerhalb des liberalen Modells: Denn nach wie vor galt der im freien Spiel der Kräfte gebildete „übliche Lohn“ als wesentlicher Bezugspunkt und damit als angemessen, und zwar ohne Rücksicht darauf, dass dieser die grundlegenden Lebensbedürfnisse der Arbeitnehmer und ihrer Familien garantiert oder nicht.

Erst während des Ersten Weltkriegs – im Fahrwasser der *union sacrée*⁸ zwischen den politischen Parteien und Gruppierungen im Frankreich der Kriegszeit – ging der französische Gesetzgeber weiter und schuf für die Heimarbeiterinnen der kriegswichtigen Bekleidungsindustrie durch Gesetz vom 10.7. 1915 einen gesetzlichen Mindestlohn⁹. Dieser sektorale Mindestlohn wurde im Jahre 1928 auch auf Arbeiter dieses Wirtschaftszweigs ausgedehnt¹⁰. Der Pfad bereichsspezifischer Mindestlöhne wurde auch in der Folgezeit weiter beschritten. Aufgrund des *Matignon*-Abkommens von 1936 verabschiedete die Volksfront-Mehrheit des damaligen Ministerpräsidenten *Léon Blum* das Gesetz vom 24.6. 1936¹¹, das erstmals die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlichkeit von Kollektivverträgen durch ministerielle Entscheidung vorsah und somit auch die Erstreckung von kollektivvertraglichen Mindestlöhnen auf alle Arbeitsverhältnisse in einem bestimmten Wirtschaftszweig. Das im gleichen politischen Fahrwasser verabschiedete Gesetz vom 31.12. 1936¹² schuf die Möglichkeit einer Zwangsschlichtung und erlaubte die Festsetzung von Mindestlöhnen durch Schlichterspruch. Auch konnten die Schlichter die kollektivvertraglichen Mindestlöhne an gestiegene Lebenshaltungskosten anpassen; mit Gesetz vom 4.3. 1938¹³ wurde sogar erstmals eine Art (nicht automatischer) Indexierung kollektivvertraglicher Mindestlöhne geschaffen; nach Aussage von *Paul Durand*, einem der Gründerväter der französischen Arbeitsrechtswissenschaft, wurden nahezu alle Lohnerhöhungen zwischen 1936 und 1939 auf diese Weise durch Schlichterspruch festgesetzt¹⁴. Damit waren bereits gegen Ende der

-
- 8 Der Begriff wurde von *Philippe Poincaré* in einer Rede vom 4.8. 1914 vor der französischen *Chambre des Députés* geprägt und bezeichnete einen „Waffenstillstand“ zwischen den damaligen politischen Parteien Frankreichs. Die *union sacrée* ist somit der zeitgleich im Deutschen Reich verfolgten „Burgfriedenspolitik“ vergleichbar.
 - 9 Ausführlicher zu dieser Kriegsgesetzgebung *G. Lyon-Caen*, *Les Salaires*, in: *G.H. Camerlynck* (Hrsg.), *Traité de Droit du Travail*, Tome II, 1967, Rn. 16.
 - 10 Dazu *Olszak* (Fn. 7), S. 72.
 - 11 Dazu näher *G. Lyon-Caen*, in : *Camerlynck*, 1967 (Fn. 9), Rn. 17.
 - 12 *Loi budget général de 1937*, J.O.R.F. 1936, 3.
 - 13 *Loi sur les procédures de conciliation et d'arbitrage*, J.O.R.F. 1938, S. 2570. Dazu *Durand* (Fn. 7), Rn. 337.
 - 14 Vgl. *Durand* (Fn. 7), Rn. 337 unter b.

III. Republik die Grundlagen für eine bewegliche Lohnskala (*échelle mobile*) gelegt, wie sie in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg ausgebaut werden sollte (dazu unten D II).

Diese Tendenz zu einer staatlichen Einflussnahme auf die Festlegung der Löhne wurde zu Beginn des Zweiten Weltkriegs noch verstärkt. Zur Stabilisierung des Wirtschaftslebens ordnete die Regierung aufgrund eines Dekrets vom 10.11.1939 einen allgemeinen Preis- und Lohnstopp an¹⁵. Daran hielt im Grundsatz auch die Vichy-Regierung unter dem Marschall *Philippe Pétain* nach dem Zusammenbruch im Juni 1940 fest, wenngleich immer wieder Lohnanpassungen durch die Regierung während der Kriegszeit erfolgten. Die Charte du Travail, das von der Vichy-Regierung am 4.10.1941 geschaffene Arbeitsgesetzbuch, sah erstmals die Schaffung eines Mindestlohns (*salaire minimum vital*) durch Regierungsverordnung vor (Art. 54 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit Art. 55 Abs. 1 Charte du Travail). Der Bemessung des Mindestlohns wurde ein Arbeitnehmer ohne Unterhaltsverpflichtungen und ohne Berufsausbildung zugrunde gelegt¹⁶. Der staatliche Mindestlohn konnte nach dem Arbeitsort und den Lebenshaltungskosten variieren (vgl. Art. 54 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 Charte du Travail).

Mit der Befreiung Frankreichs im Sommer 1944 wurde die Charte du Travail abgeschafft. Damit ging jedoch noch keine Entstaatlichung der Arbeitsmärkte einher. Im Gegenteil: Die Wirtschafts- und Sozialordnung der unmittelbaren Nachkriegszeit trug noch in erheblichem Maße dirigistische Züge. Grundsätzlich galt noch der Lohnstopp von 1939 fort, wurde aber in Einzelfällen immer wieder zugunsten der Arbeitnehmer durch von der Regierung dekretierte Lohnerhöhungen durchbrochen. Bis 1950 wurden branchenspezifische Löhne durch Regierungsverordnung erlassen und angepasst („*arrêtés Parodi*“)¹⁷. Die Lohnfestsetzung im Wege der Kollektivverhandlungen war zu dieser Zeit noch vollständig ausgeschlossen: Art. 10 des

15 Dazu *G. Lyon-Caen*, in: Camerlynck, 1967 (Fn. 9), Rn. 18; siehe auch *Durand* (Fn. 7), Rn. 337 unter c.

16 Allerdings wurde der *salaire minimum vital* ergänzt um eine „*rémunération professionnelle*“, die der Berufsausbildung, dem ausgeübten Beruf und dem Beschäftigungsort des Arbeitnehmers Rechnung trug, um leistungsbezogene Entgeltbestandteile (zum Beispiel bei Akkordarbeit) sowie um Leistungen, welche die bestehenden Unterhaltsverpflichtungen des Arbeitnehmers ausgleichen sollten (vgl. Art. 54 Abs. 2 Nr. 2-4 Charte du Travail).

17 Benannt nach dem Gaullistischen Arbeitsminister *Alexandre Parodi* in der Zeit nach der Befreiung bis Ende 1945. Zu der Lohnpolitik von *Parodi* und seines Nachfolgers *Ambroise Croizat* ausführlich *Saglio*, *Les Arrêtés Parodi sur les salaires: un moment de la construction de la place de l'Etat dans le système français de relations professionnelles*, *Revue Travail et Emploi* 111 (2007), 53 ff. mit weiteren Nachweisen.

Gesetzes vom 23.9. 1946 verbat sogar ausdrücklich kollektivvertragliche Vorschriften über Löhne.

Mit dem Gesetz vom 11.2. 1950¹⁸ wurde der langjährige Preisstopp schließlich aufgehoben und erstmals seit dem Ende der III. Republik der Grundsatz der Kollektivvertragsfreiheit gesetzlich (wieder) verankert. Diese Rückkehr zum System freier Kollektivverhandlungen verdeckt indessen eine grundlegende Veränderung gegenüber dem System, wie es in den letzten Jahren der III. Republik bestanden hatte: Das Gesetz vom 11.2. 1950 sah nämlich auch die Festlegung eines branchenübergreifenden einheitlichen Mindestlohns, eines *salaire minimum interprofessionnel garanti* (SMIG), durch Regierungsdekret vor¹⁹; für den landwirtschaftlichen Bereich sollte ein eigener *salaire minimum agricole garanti* (SMAG) geschaffen werden²⁰. Auch wenn dieser normative Befund starke Ähnlichkeit mit der deutschen Entwicklung seit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11.1. 1952 aufwies, verlief die weitere Entwicklung der beiden Länder in der Mindestlohnfrage doch sehr unterschiedlich.

Während von der Ermächtigung des deutschen Gesetzes bis zum heutigen Tag kein Gebrauch gemacht worden ist, erfolgte die erste Festlegung des SMIG bereits im August 1950²¹. Die Regierung legte dabei keinen überall in gleicher Weise geltenden Mindestlohn fest, sondern sah Abschläge für Beschäftigte in verschiedenen geografischen Zonen vor: Insbesondere in ländlichen Regionen konnten die Abschläge bis zu 18 % betragen; der volle SMIG war somit letztlich vor allem der gesetzliche Mindestlohn für die Pariser Region und für Großstädte wie Marseille und Lyon. Die Regelung wurde durch das Gesetz vom 18.7. 1952²² ergänzt, das eine Indexierung des SMIG für den Fall eines allgemeinen Preisanstiegs in Höhe von 5 % einführte; im Jahr 1957 wurde dieser Schwellenwert auf 2 % reduziert²³. All dies konnte indessen nicht verhindern, dass sich während der fünfziger und sechziger Jahre des 20. Jahrhunderts die Schere zwischen gesetzlichem Mindestlohn

18 Loi n° 58-205 du 11.2. 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement de conflits collectifs de travail, J.O.R.F. 1950, S. 1688.

19 Ausführlich zum SMIG siehe G. Lyon-Caen in: Camerlynck, 1967 (Fn. 9), Rn. 22 ff. mit weiteren Nachweisen.

20 Der SMAG lag stets unterhalb des SMIG. Da der landwirtschaftliche Sektor im Frankreich der 1950er und 1960er Jahre noch ein größeres Gewicht hatte, besaß der SMAG eine nicht geringe praktische Bedeutung.

21 Décret n° 50-1029 du 23.8. 1950 portant fixation du salaire national minimum interprofessionnel garanti, J.O.R.F. 1950, S. 9061.

22 Loi n° 52-834 du 18.7. 1952 relative à la variation du salaire minimum national interprofessionnel garanti, en fonction du coût de la vie, J.O.R.F. 1952, S. 7226.

23 Loi n° 57-716 du 26.6. 1957 portant assainissement économique et financier, J.O.R.F. 1957, S. 6371.

und durchschnittlichem Lohn immer weiter öffnete. Es war mitunter diese soziale Entwicklung, die begünstigte, dass sich die Studentenrevolte im Mai 1968 zu einem mehrwöchigen Generalstreik und damit zu einem sozialen Großkonflikt ausweitete, der die Grundfesten des politischen Systems erschütterte. Die Revolte führte zum Abschluss der sogenannten *Grenelle*-Abkommen am 27.5. 1968 zwischen der Regierung *Georges Pompidou* und den Sozialpartnern. Das Abkommen sah neben der Einführung einer Gewerkschaftsvertretung auf Unternehmensebene (*section syndicale d'entreprise*) unter anderem auch die Anhebung des SMIG um 25 % vor.

Die Ereignisse des Mai 1968 ließen die Reformbedürftigkeit des Mindestlohnsystems deutlich zutage treten. Die allfällige Reform erfolgte durch das Gesetz vom 2.1. 1970²⁴, aufgrund dessen der heutige SMIC an die Stelle des bis dahin geltenden SMIG trat; der landwirtschaftliche SMAG wurde ersatzlos abgeschafft und ging im SMIC auf. Auch wurden die geografischen Zonen mit reduziertem Mindestlohn aufgehoben. Seitdem gilt somit der gesetzliche Mindestlohn für alle Teile Frankreichs und im Grundsatz auch für die Überseegebiete. Der so reformierte gesetzliche Mindestlohn wurde durch Gesetz vom 23.12. 1972 um einen monatlichen Mindestlohn (*rémunération mensuelle*) ergänzt²⁵.

C. Geltungsbereich der Mindestlohnvorschriften

Die Vorschriften über den SMIC gelten grundsätzlich für sämtliche Arbeitnehmer der Privatwirtschaft und des öffentlichen Dienstes (vgl. Art. L. 3231-1 in Verbindung mit Art. L. 3211-1 Code du travail). Das Gesetz nimmt grundsätzlich keine Wirtschaftszweige, Beschäftigtengruppen oder Unternehmen einer bestimmten Größenordnung (zum Beispiel Kleinunternehmen) vom Geltungsbereich der Mindestlohnvorschriften aus. Es bestehen lediglich Sonderbestimmungen hinsichtlich der Höhe des SMIC für einzelne Gruppen von Arbeitnehmern; so gilt beispielsweise für minderjährige Arbeitnehmer und Auszubildende ein besonderer Mindestlohtarif, der unter dem eigentlichen SMIC liegt²⁶.

Keine unmittelbare Anwendung finden die Vorschriften über den SMIC auf die Beschäftigungsverhältnisse der Beamten (*fonctionnaires*), denn diese

24 Loi n° 70-7 du 2.1. 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum de croissance, J.O.R.F. 1970, S. 141. Eingehender zu den Änderungen dieses Gesetzes G. *Lyon-Caen*, Les Salaires – Mise à jour 1973, in: Camerlynck (Hrsg.), *Traité de Droit du Travail*, 1973, Rn. 22 ff. mit weiteren Nachweisen.

25 Loi n° 72-1169 du 23.12. 1972 garantissant aux travailleurs salariés une rémunération mensuelle minimale, J.O.R.F. 1972, S. 13588. Zur monatlichen Mindestvergütung ausführlicher unten D I 1 mit weiteren Nachweisen.

26 Dazu unten D IV mit weiteren Nachweisen.

unterliegen dem öffentlichen Recht und infolgedessen nicht dem Code du travail. Allerdings heißt das nicht, dass der SMIC völlig ohne Bedeutung für Beamtenverhältnisse ist. Der Staatsrat (Conseil d'Etat), das oberste französische Verwaltungsgericht, hat bereits im Jahre 1982 entschieden, dass der SMIC einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt, der in Ermangelung einer Sondervorschrift für sämtliche Beschäftigungsverhältnisse Geltung beansprucht²⁷. Daraus ist indessen vom französischen Gesetzgeber nicht die Konsequenz gezogen worden, die Vorschriften des Code du travail über den SMIC auf Beamtenverhältnisse zu erstrecken. Stattdessen haben Beamte der unteren Besoldungsgruppen gegenüber ihrem Dienstherrn einen Anspruch auf Zahlung einer Differenzentschädigung (*indemnité différentielle*), wenn ihre monatliche Besoldung (*traitement*) unterhalb des SMIC liegt beziehungsweise infolge einer Erhöhung des SMIC von diesem „überholt“ wird²⁸.

D. Die Bestimmung der Höhe des Mindestlohns

Der SMIC hat vor allem die Aufgabe, Arbeitnehmern eine wirtschaftliche Existenzsicherung zu garantieren. Der französische Gesetzgeber hat damit den Auftrag von Abs. 10 der Präambel der Verfassung von 1946 umgesetzt, dem in Abhängigkeit Arbeitenden die notwendigen Bedingungen für seine Entwicklung zu sichern²⁹. Der Aufrechterhaltung dieser Existenzsicherungsfunktion dient die Indexierung des SMIC (II). Allerdings geht das französische Mindestlohnmodell über eine reine Existenzsicherung hinaus. Es verlangt außerdem, dass die Teilhabe der Geringverdiener an der wirtschaftlichen Entwicklung der Nation sichergestellt wird, um ein Ausein-

27 Conseil d'Etat (CE) 23.4.1982 – n° 36851, abzurufen unter www.legifrance.gouv.fr.

28 Rechtsgrundlage für die Gewährung dieser Differenzleistung ist das Décret n° 91-769 du 2.8. 1991 instituant une indemnité différentielle en faveur de certains personnels civils et militaires de l'Etat, des personnels des collectivités territoriales et des établissements publics d'hospitalisation, J.O.R.F. 1991, S.10573. Eine Indexierung der Beamtenbesoldung erfolgt auf der Grundlage des Décret n° 2008-539 du 6.6. 2008 relatif à l'instauration d'une indemnité dite de garantie individuelle du pouvoir d'achat, J.O.R.F. 2008, Text Nr. 34: Bleibt die Kaufkraftentwicklung gegenüber derjenigen von Arbeitnehmern zurück, besteht unter den Voraussetzungen des Dekrets ein Anspruch auf eine individuelle Kaufkraftgarantie (*indemnité de garantie individuelle du pouvoir d'achat*).

29 Seit der Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta (ESC) von 1961 durch Frankreich setzen die Vorschriften des Code du travail über den SMIC darüber hinaus auch das Recht auf einen angemessenen Lohn in Art. 4 Abs. 1 ESC um. Zu den sich im Einzelnen aus Art. 4 Abs. 1 ESC für die Signatarstaaten ergebenden Pflichten siehe die Spruchpraxis des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte, in: *Conseil de l'Europe*, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, 2008, Rn. 112 ff.

anderscheren von Mindestlohn und Durchschnittslohn (wie zu den Zeiten des alten SMIG) zu verhindern (III). Drittens verfügt die Regierung über ein lohnpolitisches Ermessen und kann durch einen „Anschubser“ den Mindestlohn noch weiter erhöhen (IV). Der SMIC gilt nicht in vollem Umfang für sämtliche Beschäftigtengruppen, sondern mutet einzelnen von ihnen Abschläge zu (V). Doch bevor diese einzelnen Stufen zur Bestimmung der Höhe des SMIC näher betrachtet werden, sind zunächst einige Grundlagenfragen zu klären (I), die gleichfalls einen Einfluss auf die Bestimmung des SMIC haben, namentlich die Formen, unter denen er in Erscheinung tritt, sowie die bei der Überprüfung, ob ein gezahltes Arbeitsentgelt dem Mindestlohn-niveau entspricht, zu berücksichtigenden Entgeltbestandteile.

I. Grundlagen

1. Die beiden Formen des SMIC

Der SMIC tritt in zweierlei Form auf. Zum einen ist er als gesetzlicher Mindeststundenlohn ausgestaltet und beträgt seit dem 1.1. 2011 9,00 € brutto³⁰; er liegt somit deutlich über den 8,50 €, die vom DGB für einen Mindestlohn in Deutschland gefordert werden³¹.

Für vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer – also für Beschäftigte, welche die gesetzliche Wochenarbeitszeit von 35 Stunden (Art. L. 3121-10 Code du travail) arbeiten – besteht der SMIC zum anderen auch in Gestalt einer monatlichen Mindestvergütung (*rémunération mensuelle minimale*), die dem Mindeststundenlohn multipliziert mit der Anzahl der gesetzlich festgelegten Arbeitsstunden im Monat entspricht (Art. L. 3232-3 Code du travail); seit dem 1.1. 2011 beläuft sie sich auf 1.365 € brutto. Sinkt die Zahl der Arbeitsstunden aus anderen Gründen als einer Suspendierung des Arbeitsverhältnisses (zum Beispiel infolge einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit)³² unter die gesetzliche Arbeitszeit ab, haben Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch auf Zahlung einer Zusatzbeihilfe (*allocation complémentaire*), wenn ihr Arbeitsentgelt infolge einer Arbeitszeitverkürzung unterhalb des monatlichen Mindestentgelts bleibt; dies gilt namentlich für Fälle der Kurzarbeit (*chômage technique*). Das Gesetz erhöht somit in diesen Fällen die Lohnkosten für Arbeitgeber. Allerdings haben die betroffenen Arbeitgeber gegenüber dem Staat einen

30 Vgl. Décret n° 2010-1584 du 17.12. 2010 portant relèvement du salaire minimum de croissance SMIC, J.O.R.F. 2010, S. 22321. Bis dahin betrug der SMIC 8,86 €.

31 So der Beschluss des 19. Ordentlichen DGB-Bundeskongresses vom 18.5. 2010; vgl. die Pressemitteilung des DGB gleichen Datums, abrufbar unter: <http://www.dgb.de/presse/++co++c5cf96f6-628f-11df-79f5-00188b4dc422>.

32 Zu den einzelnen Gründen, die eine Suspendierung des Arbeitsvertrags bewirken können, siehe den Überblick bei *Pélissier/Supiot/Jeamnaud*, Droit du travail, 24. Aufl. 2008, Rn. 393 ff. mit weiteren Nachweisen.

Anspruch auf teilweise Erstattung der durch die Zusatzbeihilfe entstandenen Mehrkosten (Art. L. 3232-8 Code du travail). Derzeit besteht der Erstattungsanspruch in Höhe von 50 % der verauslagten Zusatzbeihilfe (Art. R. 3232-3 Code du travail).

2. Berücksichtigungsfähige Entgeltbestandteile

Die Frage, welche geldwerten Vorteile, die der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber erhält, im Einzelnen bei der Prüfung, ob ein Arbeitgeber die Vorschriften über den SMIC einhält, zu berücksichtigen sind, hat eine Fülle von Rechtsprechung hervorgebracht; insoweit spricht man von der *assiette de vérification*. Nach der Grundregel des Art. D. 3231-6 Code du travail ist das Arbeitsentgelt für eine effektive Arbeitsstunde zugrunde zu legen. Dabei sind auch Formen der Naturalvergütung (zum Beispiel Essen, Bereitstellung einer Wohnung)³³ sowie die verschiedenen Zuschläge zu berücksichtigen. Allerdings schließt die Vorschrift ausdrücklich die Berücksichtigung von Überstundenzuschlägen und Transportbeihilfen aus; dies gilt auch für Kostenerstattungen, die wir als Aufwendungsersatz qualifizieren und vom Arbeitsentgelt unterscheiden würden.

Trotz dieser gesetzlichen Regelung hat der Begriff des Arbeitsentgelts für eine effektive Arbeitsstunde zu einer umfangreichen Rechtsprechung der chambre sociale der Cour de Cassation geführt³⁴. Zu berücksichtigen sollen danach alle geldwerten Vorteile sein, die als Gegenleistung der effektiv geleisteten Arbeit zu verstehen sind. Hierunter fallen nach der Rechtsprechung der Cour de cassation insbesondere Trinkgelder, Naturallohn, Urlaubsgratifikationen sowie Jahressonderzahlungen für den Monat, in dem sie ausbezahlt werden. Dagegen sollen Anwesenheits- sowie Betriebszugehörigkeitsprämien und Prämien für besondere Arbeitsbedingungen (zum Beispiel Erschwerniszulagen) grundsätzlich nicht einzurechnen sein.

Die gesetzliche Begrenzung der *assiette de vérification* hat somit zur Folge, dass es eine nicht geringe Anzahl von „Smicards“ gibt, deren Arbeitseinkommen infolge diverser anderer nicht in die Berechnung einzuziehender Entgeltbestandteile höher als der SMIC von 9,00 € liegt: Nach Schätzungen der französischen Statistikbehörde *Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)* haben im Jahre 2006 ca. 18,2 % aller „Smicards“ unter Einrechnung der nicht beim SMIC berücksichtigten Ent-

33 Die Einzelheiten sind in den Art. D.3231-8 ff. Code du travail geregelt.

34 Dazu im Überblick Pignarre, JurisClasseur, Fascicule (Fasc.) 26-15 Rn. 54 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

geltbestandteile ein tatsächliches Arbeitsentgelt des mindestens 1,3-fachen des SMIC erhalten³⁵.

II. Sicherung eines existenzsichernden Mindestlohns durch Indexierung

Es wurde bereits ausgeführt, dass der SMIC in erster Linie der Sicherung einer angemessenen wirtschaftlichen Existenz von Arbeitnehmern dient. Dreh- und Angelpunkt für die Festlegung dieser existenzsichernden Komponente des SMIC sind somit die Kriterien für ein solches Existenzminimum. Bereits bei der ersten Festlegung des SMIG im Jahre 1950 stellte sich dieses Problem. Die Regierung beauftragte hierzu die aufgrund des Gesetzes vom 11.2.1950 errichtete dreigliedrig zusammengesetzte *Commission supérieure des conventions collectives*, den typischen Verbrauch (*budget type*) eines Arbeiters zu bestimmen; da die Kommission sich über den genauen Inhalt des zugrunde zu legenden Warenkorbs nicht einigen konnte, musste die Regierung selbst diese Aufgabe übernehmen³⁶. Auch in der weiteren Entwicklung blieb der zugrunde zu legende Preisindex stets umstritten³⁷.

Um die Kaufkraft der Arbeitnehmer zu sichern, die den gesetzlichen Mindestlohn erhalten, sehen Art. L. 3231-4 ff. Code du travail ein Verfahren zur Indexierung desselben vor. Sie erfolgt auf der Grundlage der Entwicklung des nationalen Indexes der Verbraucherpreise (*indice national des prix à la consommation*), der von der nationalen französischen Statistikbehörde INSEE monatlich fortgeschrieben wird³⁸. Art. R. 3231-2 Code du travail bestimmt als maßgeblichen Preisindex den monatlichen Index der Verbrauchspreise außer Tabak für städtische Haushalte, deren Vorstand Arbeiter oder Angestellter (*indice mensuel des prix à la consommation hors tabac des ménages urbains dont le chef est ouvrier ou employé*) ist. Erhöht sich dieser Index um mindestens 2 % gegenüber dem Zeitpunkt, zu welchem der SMIC zuletzt erhöht worden ist, wird der SMIC um diesen Prozentsatz mit Wirkung zum ersten des Folgemonats, in dem der Index veröffentlicht wurde, erhöht (Art. L. 3231-5 Code du travail); die Anpassung des SMIC ist durch gemeinsamen Erlass (*arrêté*) von Arbeits-, Landwirtschafts-,

35 So die Zahlen der *Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques (DARES)*, Premières informations et synthèses – Les salariés rémunérés sur la base du SMIC en 2006, Mai 2009, Nr. 22.1, S. 8.

36 Vgl. *Ministère du travail et de la sécurité sociale*, Rapport au Président du Conseil des ministres, J.O.R.F. 1950, S. 9061.

37 Für die Auseinandersetzungen in den fünfziger Jahren des letzten Jahrhunderts unter der Geltung des SMIG siehe G. Lyon-Caen, in: Camerlynck, 1967 (Fn. 9), Rn. 37.

38 Zu den Einzelheiten siehe die Informationen auf der Website des INSEE, abrufbar unter: <http://www.insee.fr/fr/default.asp>.

Wirtschafts- und Finanzminister bekannt zu machen (Art. R. 3231-4 Code du travail). Die Indexierung beinhaltet somit einen Automatismus, welcher einer politischen Entscheidung der Regierung nicht zugänglich ist. Auch können in diesem Rahmen die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Mindestloohnerhöhung auf die Unternehmen, insbesondere auf kleine und mittlere Unternehmen, generell keine Berücksichtigung finden.

Hervorzuheben ist, dass die Indexierung nur den SMIC betrifft; andere Entgeltbestandteile sind nicht erfasst. Auch schließt das Gesetz ausdrücklich kollektivvertragliche Indexklauseln aus (Art. L. 3231-3 Code du travail). Lediglich im Großherzogtum Luxemburg erfasst die Lohnindexierung sämtliche Entgeltbestandteile (vgl. Art. L. 223-1 Code du travail luxembourgeois)³⁹.

III. Teilhabe an der wirtschaftlichen Entwicklung

Jenseits dieses Automatismus der Indexierung kann die Regierung allerdings auf die Höhe des gesetzlichen Mindestlohns Einfluss nehmen. Wie bereits ausgeführt, soll der SMIC auch die Teilhabe der Arbeitnehmer an der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes sicherstellen (vgl. Art. L. 3231-2 Nr. 2 Code du travail); insbesondere diese Funktion unterscheidet den SMIC von seinem Vorgänger, dem SMIG, der sich während der 1960er Jahre immer mehr von dem durchschnittlichen französischen Einkommen entfernte. Um diese Teilhabe der Arbeitnehmer an der wirtschaftlichen Entwicklung sicherzustellen, hat die Regierung jährlich mit Wirkung zum 1.1. eine Anpassung des SMIC durch Rechtsverordnung vorzunehmen (Art. L. 3231-6 Code du travail)⁴⁰.

39 Diese Indexierung sämtlicher Entgeltbestandteile ist politisch sehr umstritten: vgl. *Seifert/Schintgen*, Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung des Großherzogtums Luxemburg, in: Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon – eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts, 2010, S. 427, 466 f. mit weiteren Nachweisen. Soweit die Lohnindexierung der oberhalb des sozialen Mindestlohns liegenden Entgeltbestandteile auf Arbeitnehmer erstreckt wird, die von ihrem Arbeitgeber auf Luxemburgisches Staatsgebiet entsandt werden (vgl. Art. L.010-1 Abs. 1 Nr. 2 Code du travail luxembourgeois (C. trav. lux.) a.F.), verstößt dies gegen die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV (= ex-Art. 49 EGV): vgl. EuGH 19.6.2008 – C-319/06, Slg. 2008, I-4323 (Kommission/Luxemburg).

40 Die Pflicht zur Anpassung zum Jahresbeginn geht auf Art. 24 Abs. 3 loi n°2008-1258 du 3.12. 2008 en faveur des revenus du travail, J.O.R.F. 2008, S. 18488 zurück. Zuvor fand die Anpassung des SMIC zum 1.7. eines Jahres statt. Der Vorverlegung des Anpassungszeitpunkts liegt vor allem die Überlegung zugrunde, dass die regelmäßig im Frühjahr stattfindenden Kollektivverhandlungen die SMIC-Erhöhung als lohnpolitisches Rahmendatum einbeziehen können; vgl. Rapport du groupe d'experts, Salaire minimum interprofessionnel de croissance, Dezember 2009, S. 9 f.

Inhalt und Umfang solcher Mindestlohnanpassungen durch die Regierung sind zum Teil durch das Gesetz vorgegeben. Nach Art. L. 3231-8 Code du travail muss die Kaufkraftentwicklung des SMIC mindestens 50 % der Kaufkraftentwicklung des durchschnittlichen Arbeitsentgelts betragen. Darüber hinaus ist die lohnpolitische Befugnis der Regierung verfahrensförmig gebündelt. Der Erlass einer Mindestlohnverordnung zur Sicherstellung der Teilhabe an der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes kann nämlich nur nach Anhörung der Nationalen Kommission für Kollektivverhandlungen (*Commission nationale de la négociation collective*) erfolgen (Art. R. 3231-1 Code du travail). Die Kommission ist dreigliedrig zusammengesetzt⁴¹ und muss insbesondere in Fragen der Kollektivverhandlungen von der Regierung konsultiert werden (Art. L. 2271-1 Code du travail). Auch wenn die Regierung nicht an das Votum der Nationalen Kommission für Kollektivverhandlungen gebunden ist, dürften ihre Empfehlungen – sofern solche aufgestellt werden – doch jedenfalls eine gewisse faktische Wirkung entfalten: Denn die Regierung wird sich im Regelfall bei der Anhebung des SMIC nicht gegen die großen nationalen Gewerkschaftsbünde (CGT, CFDT, CGT-FO, CTC)⁴² und die insbesondere im MEDEF⁴³ zusammengeschlossenen Arbeitgeberverbände wenden wollen.

IV. Der sogenannte „Anschubser“ („*coup de pouce*“)

Über diese beiden Anpassungsformen hinaus kann der SMIC im Laufe eines Jahres durch Rechtsverordnung noch nach Art. L. 3231-10 Code du travail erhöht werden. In diesem Zusammenhang wird stets vom „Anschubser“ („*coup de pouce*“) gesprochen. Die Vorschrift räumt somit der Regierung einen weiten lohnpolitischen Spielraum ein. Dies mag insbesondere für eine nachfrageorientierte Wirtschaftspolitik von Bedeutung sein. So überrascht es wenig, dass der „*coup de pouce*“ immer wieder ein Vehikel für eine Keynesianistische Wirtschaftspolitik in Frankreich gewesen ist. Das gilt insbesondere für die Zeit von 1970 bis 1983 und von 1994 bis 1997. Seine Bedeutung sollte nicht unterschätzt werden: Immerhin gingen im Zeitraum zwischen 1970 und 2002 ca. 60 % des Kaufkraftgewinns beim SMIC auf

41 Zu den Einzelheiten der Zusammensetzung der Kommission siehe Art. L. 2272-2 in Verbindung mit Art. R. 2272-2 ff. Code du travail.

42 Zu den großen französischen Gewerkschaftsverbänden im Überblick *Landier/Labbé*, *Les organisations syndicales en France – Des origines aux évolutions actuelles*, 2. Aufl. 2004 mit weiteren Nachweisen.

43 Der MEDEF (*Mouvement des Entreprises en France*) ist der bedeutendste Arbeitgeberverband Frankreichs. Nähere Informationen unter: <http://www.medef.com/medef-corporate.html>.

solche „coups de pouce“ der Regierung zurück⁴⁴. Die bürgerliche Regierung von *François Fillon* hat von dieser Befugnis in den vergangenen drei Jahren jedoch keinen Gebrauch mehr gemacht.

Allerdings werden die Effekte dieser lohnpolitischen Befugnis der Regierung dadurch vermindert, dass die Kaufkraftsteigerung, die mit einem solchen „coup de pouce“ bewirkt wird, bei der Erhöhung des SMIC zur Teilhabe an der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes im Folgejahr in die Kalkulation einzubeziehen ist (Art. L. 3231-11 Code du travail). Es besteht somit ein Aufsaugungseffekt, der einen „Anschubser“ im Laufe der Zeit verpuffen lässt.

V. Abschlüsse vom SMIC

Grundsätzlich haben alle Arbeitnehmer Anspruch auf den vollen SMIC. In einzelnen Fällen sieht das Gesetz aber aus verschiedenen Gründen Abschlüsse vom SMIC vor. Die davon Betroffenen haben somit nur ein Recht auf einen SMIC „2. Klasse“.

1. Minderjährige Arbeitnehmer

Dies gilt vor allem für jüngere Arbeitnehmer. Arbeitnehmer, die älter als 17, aber jünger als 18 Jahre alt sind, müssen einen Abschlag vom SMIC in Höhe von 10 % und Arbeitnehmer, die noch nicht das 17. Lebensjahr vollendet haben, einen Abschlag von 20 % hinnehmen (Art. D. 3231-3 Code du travail). Allerdings werden die Abschlüsse vom Mindestlohn nicht vorgenommen, wenn der junge Arbeitnehmer mindestens über sechs Monate Berufspraxis in der Branche verfügt, in der er beschäftigt ist (Art. D. 3231-3 Code du travail). Mit diesem Abschlag soll der geringeren Berufserfahrung und dem üblicherweise geringeren Wert der Arbeitsleistung minderjähriger Arbeitnehmer Rechnung getragen werden. Es handelt sich um eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung dafür, dass die Arbeitsleistung eines minderjährigen Arbeitnehmers einen geringeren Wert als diejenige eines erwachsenen Kollegen aufweist⁴⁵. In der Praxis trifft dies insbesondere die „Ferienjobs“ von Schülern. Ob und inwieweit eine solche Differenzierung des gesetzlichen Mindestlohns nach dem Alter der Beschäftigten mit dem Verbot der Altersdiskriminierung zu vereinbaren ist, mag hier dahinstehen. Interessanterweise wird die Frage in der französischen Doktrin, soweit ersichtlich, bislang nicht thematisiert.

44 So die Angaben des *Conseil d'Analyse Economique (CAE)*, *Salaire minimum et bas revenus: comment concilier justice sociale et efficacité économique ?*, Rapport n° 87, 2008, S. 17 f.

45 So insbesondere *Pignarre*, *JurisClasseur*, Fasc. 26-15 (*Salaire et accessoires – Montant – Fixation par les pouvoirs publics*) Rn. 46.

Der französische Gesetzgeber wollte sogar noch weiter gehen. 1993 versuchte die bürgerliche Mehrheit unter der Regierung von *Edouard Balladur*, die hohe Jugendarbeitslosigkeit mit einem Abschlag von 20 % des SMIC für Arbeitnehmer unter 26 Jahren zu bekämpfen. Dieser „Eingliederungsvertrag“ (*contrat d’insertion professionnelle – CIP*), der unter dem Schlagwort „SMIC-jeunes“ politisch zur Diskussion stand, wurde durch das Gesetz vom 20.12.1993⁴⁶ eingeführt. Als die Durchführungsverordnung zu dem Gesetz festlegte, dass beim CIP nur 80 % des SMIC zu zahlen waren, erhob sich ein Sturm des Protests gegen die Regierung, an dessen Ende Letztere den CIP insgesamt zurückzog. Auch weitere Versuche, Arbeitsverträge jüngerer Arbeitnehmer aus beschäftigungspolitischen Gründen zu deregulieren, sind bislang gescheitert. Das gilt namentlich für den von der Regierung *de Villepin* im Frühjahr 2006 lancierten sogenannten „Erstanstellungsvertrag“ (*contrat première embauche*), der in Unternehmen mit mindestens 20 Beschäftigten mit Arbeitnehmern unter 26 Jahren für eine Dauer von zwei Jahren geschlossen werden konnte und für den die Vorschriften des gesetzlichen Kündigungsschutzes keine Anwendung finden sollten⁴⁷.

2. Auszubildende und Beschäftigte in Fortbildungsmaßnahmen

Auch Auszubildende (*apprentis*) müssen Abschläge beim SMIC hinnehmen. Beim Ausbildungsvertrag (*contrat d’apprentissage*) handelt es sich nach französischem Verständnis um einen Arbeitsvertrag, der wegen des mit ihm verbundenen Ausbildungszwecks den besonderen Vorschriften der Art. L. 6222-1 ff. Code du travail unterworfen ist, für den aber im Übrigen die allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln gelten⁴⁸. Der Auszubildende hat das Recht auf eine Vergütung in Höhe eines Anteils des SMIC, bei deren Festsetzung, die durch Dekret erfolgt, sein Lebensalter und sein Ausbildungsstand zu berücksichtigen sind (Art. L. 6222-27 Abs. 1 Code du travail). Die Ausbildungsvergütungen liegen derzeit zwischen 25 % und 78 % des SMIC (vgl. Art. D. 6222-26 Code du travail)⁴⁹. Entsprechendes gilt für Beschäftigte

46 Loi n° 93-1313 du 20.12. 1993 quinquennale relative au travail, à l’emploi et à la formation professionnelle, J.O.R.F. 2003, S. 17769.

47 Das Gesetz zur Chancengleichheit (*loi pour l’égalité de chances*), das die Einführung des Contrat première embauche (CPE) vorsah, war bereits von der französischen Nationalversammlung im Februar 2006 beschlossen. Wegen der starken Proteste gegen das Gesetz gab die Regierung am 7.4. 2006 schließlich bekannt, das Gesetz zurückzuziehen.

48 Cour de Cassation 16.10. 2002, D 2003, S. 576 mit Anmerkung *Verkindt; Radé*, Droit du travail, 4. Aufl. 2009, S. 33.

49 Im Jahr 2007 belief sich die Zahl der Auszubildenden in Frankreich auf ca. 401.000 Personen; siehe Rapport du groupe d’experts, Salaire minimum interprofessionnel de croissance, Dezember 2007, S. 22.

auf der Grundlage eines *contrat de professionnalisation* (Art. L. 6325-1 Code du travail): Damit werden in erster Linie Personen bis zum 25. Lebensjahr angesprochen, um ihnen die Beendigung ihrer früheren (nicht abgeschlossenen) Berufsausbildung zu ermöglichen. Auch in diesem Fall kann die Höhe der Vergütung je nach Lebensalter und Ausbildungsstand variieren (Art. L. 6325-8 Abs. 2 in Verbindung mit Art. D. 6325-14 ff. Code du travail).

3. Beschäftigte in der Familienhilfe

Schließlich müssen auch *assistants maternels*, *assistants familiaux* sowie *accueillants familiaux* Abschlüsse hinnehmen. Es handelt sich bei diesen Personen um Beschäftigte, die im Rahmen der Familienhilfe bei sich zu Hause Kinder aus schwierigen familiären Verhältnissen aufnehmen. Ihre Entlohnung bemisst sich nicht vollständig nach dem SMIC. Pro betreutes Kind haben sie Anspruch auf einen Anteil des SMIC (zum Beispiel bei *assistants maternels* 0,281 % des SMIC, Art. D. 423-9 Code de l'action sociale des des familles). Dieser Gruppe von Beschäftigten gehörten im Jahr 2007 immerhin ungefähr 285.000 Personen an⁵⁰.

VI. Der SMIC in den französischen Überseegebieten

Sonderregeln sieht der Code du Travail für die Festsetzung der SMIC in den Überseegebieten Frankreichs⁵¹ vor. Für jedes dieser Gebiete soll der SMIC jedes Jahr unter Berücksichtigung der örtlichen wirtschaftlichen Lage, wie sie sich insbesondere aus der Wirtschaftsbilanz des Gebietes ergibt, durch Dekret im Ministerrat festgelegt werden (Art. L. 3423-2 Code du travail). Wird der SMIC in der Metropole aufgrund von Art. L. 3231-4 und L. 3231-5 Code du travail angehoben, gilt dies automatisch auch für den SMIC in diesen Gebieten (Art. L. 3423-1 Code du travail). Darüber hinaus kann der SMIC für die Überseegebiete im Laufe des Jahres durch Rechtsverordnung (*règlement*) noch weiter angehoben werden: Insoweit besteht ein Regelungsermessen der französischen Regierung (Art. L. 3423-3 Code du travail). Obgleich Art. L. 3423-2 Code du travail die Möglichkeit eröffnet, besondere Mindestlöhne für die Überseegebiete festzulegen, ist der in diesen

⁵⁰ Siehe Rapport du groupe d'experts (Fn. 40), Dezember 2009, S. 23.

⁵¹ Die Überseegebiete Frankreichs unterteilen sich in Überseedepartements (*départements d'outre-mers – DOM*) (Art. 73 Verfassung) und Überseegemeinschaften (*collectivités d'outre-mers – COM*) (Art. 73 und 74 Verfassung) sowie in das einen eigenen Rechtsstatus besitzende (Art. 76 und 77 Verfassung) Neukaledonien. Überseedepartements sind derzeit Guadeloupe, Guyane, Martinique, Reunion und Mayotte (seit dem 1.1. 2011). Überseegemeinschaften sind Französisch Polynesien, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis-et-Futuna, Saint-Martin und Saint-Barthélemy. Zur Rechtsstellung der Überseegebiete im Überblick Thiellay, *Droit des outre-mers*, 2007, mit weiteren Nachweisen.

geltende SMIC an das Niveau der Metropole angeglichen und liegt somit derzeit bei 9,00 €.

E. Die Durchsetzung des gesetzlichen Mindestlohns

Auch im Hinblick auf die Durchsetzung des gesetzlichen Mindestlohns gibt es erhebliche Unterschiede zum deutschen Recht. Zu unterscheiden ist zwischen Klagemöglichkeiten der einzelnen Arbeitnehmer oder ihrer Gewerkschaften, der Verwaltungskontrolle durch die Arbeitsinspektion sowie strafrechtlichen Sanktionsmechanismen.

I. Individuelle Rechtsdurchsetzung

Ebenso wie alle anderen subjektiven Rechte kann der Arbeitnehmer auch seinen Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns gegenüber dem Arbeitgeber im Klagewege durchsetzen. Zuständig für solche Mindestlohnklagen sind in erster Instanz die *Conseils de prud'hommes* (Art. L. 1411-1 Abs. 2 *Code du travail*)⁵². Die Ansprüche können auch im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes (*procédure en référé*) verfolgt werden (Art. 484 ff. *Code de la procédure civile*): Die betroffenen Arbeitnehmer können auf diese Weise innerhalb von wenigen Wochen zu einem vollstreckbaren Titel kommen. In der Praxis der *Conseils de prud'hommes* haben solche Mindestlohnklagen jedoch nur eine geringe Bedeutung⁵³.

Über den Mindestlohn (beziehungsweise die Differenz zwischen tatsächlichem und gesetzlichem Mindestlohn) hinaus geben die gesetzlichen Vorschriften über Schwarzarbeit (*travail dissimulé*) Arbeitnehmern im Fall einer Beendigung ihres (verbotenen) Arbeitsverhältnisses ein Recht auf eine pauschale Entschädigung in Höhe von sechs Bruttomonatsgehältern (Art. L. 8223-1 *Code du travail*). Ein konkreter Schaden muss dem betroffenen Arbeitnehmer insoweit nicht entstanden sein. Insbesondere in Fällen von Arbeit, die weder den Steuerbehörden noch den Sozialversicherungsträgern gemeldet war, werden nicht selten zugleich auch Verstöße gegen die Mindestlohnvorschriften des *Code du travail* vorliegen, so dass der betroffene Arbeitnehmer neben dem gesetzlichen Mindestlohn auch noch eine Entschädigung beanspruchen kann.

52 Die *conseils de prud'hommes* sind aus einer gleichen Zahl von Arbeitnehmer- und von Arbeitgebervertretern zusammengesetzt (*principe de paritarisme*). Bei Stimmengleichheit entscheidet innerhalb eines *Conseil* ein Berufsrichter am *Tribunal d'instance* (Art. L. 1454-2 *Code du travail*).

53 So jedenfalls die Auskunft, die ich übereinstimmend von mehreren französischen Praktikern des Arbeitsrechts erhalten habe.

II. Kollektivrechtliche Durchsetzungsmechanismen

Auch das kollektive Arbeitsrecht hält Instrumente zur Durchsetzung des SMIC bereit. So haben die Personaldelegierten (*délégués du personnel*), die in Unternehmen mit elf oder mehr Beschäftigten von der Belegschaft zu wählen sind (Art. L. 2312-1 Code du travail), unter anderem auch die Aufgabe, alle individuellen und kollektiven Beschwerden hinsichtlich des Entgelts, der Anwendung des Code du travail, der anderen gesetzlichen Vorschriften zugunsten der Arbeitnehmer sowie hinsichtlich der im Unternehmen geltenden Kollektivverträge an den Arbeitgeber zu richten und die Arbeitsinspektion anzurufen, soweit deren Kontrollaufgabe betroffen ist (Art. L. 2313-1 Code du travail)⁵⁴. Die Personaldelegierten sind somit auch ein Instrument der internen Kontrolle für die Anwendung der gesetzlichen Mindestlohnvorschriften im Unternehmen. Der Unternehmensausschuss (*Comité d'entreprise*), der in Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern zu bilden ist (Art. L. 2322-1 Code du travail), hat hingegen keine solche Überwachungsaufgabe (vgl. Art. L. 2323-1 Code du travail)⁵⁵.

Eine Geltendmachung der Mindestlohnansprüche durch eine repräsentative Gewerkschaft⁵⁶ – etwa vergleichbar der Klagebefugnis der Länder nach § 25 HAG im Hinblick auf Mindestentgelte und Mindestvertragsbedingungen der Heimarbeiter oder nach § 14 a.F. MiArbG hinsichtlich der Mindestarbeitsbedingungen nach dem MiArbG – ist indessen ausgeschlossen. Zwar hat der französische Gesetzgeber repräsentativen Gewerkschaften in einzelnen Fällen eine Klagebefugnis zur Geltendmachung individueller Arbeitnehmer-

54 Beschwerden (*réclamations*) der Personaldelegierten können sich nur auf Anwendungsdefizite geltenden Rechts im Unternehmen beziehen und sind von Forderungen (*revendications*) gegenüber dem Arbeitgeber (zum Beispiel nach Lohnerhöhungen) zu unterscheiden: Cour de cassation, chambre criminelle (Cass. crim.) 25.5. 1982, Bulletin des Arrêts Chambre criminelle (Bull. crim.) 1982, Nr. 135; Cour de cassation, chambre sociale (Cass. soc.) 13.11. 1985, JCP E 1986, I, 15578, Nr. 8, obs. Teyssié; dazu im Überblick Jeansen, Travail Traité, JurisClasser, Fasc. 14-10 („Délégué du personnel“) Rn. 12.

55 Ausführlich zu den Aufgaben des Unternehmensausschusses Cohen, Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe: traité de la représentation du personnel, 9. Aufl. 2009; aus dem deutschen Schrifttum siehe insbesondere Körner, Formen der Arbeitnehmermitwirkung: das französische Comité d'entreprise: eine Länderstudie, 1999. Der Ausschuss für Hygiene, Sicherheit und Arbeitsbedingungen (*Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail*) hat zwar auch eine Kontrollfunktion, die sich dem Gesetz nach auf Arbeitsbedingungen insgesamt erstreckt (vgl. Art. L. 4612-1 Code du travail). Der Tätigkeitsschwerpunkt liegt jedoch ganz klar auf dem Gebiet des technischen Arbeitsschutzes; zu dem Ausschuss statt vieler Pélissier/Supiot/Jeammaud (Fn. 32), Rn. 667.

56 Der Begriff der gewerkschaftlichen Repräsentativität ist in Art. L. 2121-1 ff. Code du travail normiert. Zum Konzept der Repräsentativität im Überblick siehe Pélissier/Supiot/Jeammaud (Fn. 32), Rn. 828 ff. mit weiteren Nachweisen.

ansprüche eingeräumt (*action de substitution*)⁵⁷: Das gilt namentlich für die Durchsetzung von kollektivvertraglichen Rechten gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer (Art. L. 2262-9 Code du travail), von Rechten von Arbeitnehmern, die Opfer von Diskriminierungen geworden sind (Art. L. 1134-2 Code du travail), oder für die Durchführung von Kündigungsschutzklagen im Fall von Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen (Art. L. 1235-8 Code du travail). Bislang hat der französische Gesetzgeber jedoch den repräsentativen Gewerkschaften nicht die Befugnis eingeräumt, den Anspruch von organisierten oder nicht organisierten Arbeitnehmern auf den gesetzlichen Mindestlohn gerichtlich durchzusetzen.

Nur am Rande sei noch erwähnt, dass das französische Recht (theoretisch) auch eine streikweise Durchsetzung des gesetzlichen Mindestlohns zulässt. Nach der ständigen Rechtsprechung der Cour de cassation ist der Streik im Gegensatz zum deutschen Recht nicht auf Regelungsstreitigkeiten beschränkt, sondern kann auch als Instrument genutzt werden, um bestehende Rechte von Arbeitnehmern kampfwise durchzusetzen⁵⁸. Ein gesetzesbrüchiger Arbeitgeber kann somit durch einen Streik in die Rechtstreue zurückgezwungen werden. Allerdings spielen in der Praxis Streiks zur Durchsetzung des gesetzlichen Mindestlohns, soweit ersichtlich, keine Rolle. Im Vordergrund von Streiks zur Rechtsdurchsetzung stehen regelmäßig arbeitsschutzrechtliche Vorschriften.

III. Verwaltungskontrolle durch die Arbeitsinspektion

Einen großen Unterschied zum deutschen Recht bildet die Verwaltungskontrolle der Arbeitsbedingungen, die von der Arbeitsinspektion (*Inspection du travail*) durchgeführt wird. Es besteht in Frankreich ein umfassendes System der behördlichen Kontrolle der Arbeitsbedingungen. Die Arbeitsinspektion kontrolliert die Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Rechtsvorschriften (Art. L. 8112-1 Code du travail), also auch die Bestimmungen des Code du travail über den SMIC, und ist mit weitreichenden hoheitlichen Eingriffsbefugnissen ausgestattet. So kann sie Zugang zu den erforderlichen betrieblichen Unterlagen des Arbeitgebers verlangen (Art. L. 8113-4 Code du travail), um die Einhaltung der Mindestlohnvorschriften zu überprüfen. Werden Verstöße des Arbeitgebers festgestellt, haben die Arbeitsinspektoren hierüber ein Protokoll (*procès-verbal*) aufzunehmen, das prozessual (zum Beispiel in einem Strafprozess gegen den Arbeitgeber) eine widerlegliche Vermutung für einen Gesetzesverstoß des Arbeitgebers begründet (Art. L. 8113-7 Code du travail). Die Arbeitsinspektion kann indessen nicht individuelle Rechte der Arbeitnehmer

57 Dazu im Überblick *Pélissier/Supiot/Jeammaud* (Fn. 32), Rn. 845.

58 Cass. soc. 9.2. 1961, JCP 1961, II, 12186 bis; siehe auch *Pélissier/Supiot/Jeammaud* (Fn. 32), Rn. 1172 („grève et revendications juridiques“).

geltend machen. Es obliegt den Arbeitnehmern selbst, ihre Rechte vor den Conseils de prud'hommes einzuklagen.

Allerdings sollte die Bedeutung der Arbeitsinspektion für die betriebliche Praxis nicht überschätzt werden. Auch die hohe Zahl von Interventionen in Unternehmen – im Jahr 2008 wurden insgesamt 251.093 Mal Interventionen gezählt⁵⁹ – kann nicht die strukturellen Probleme der französischen Arbeitsinspektion verdecken, namentlich ihre unzureichende personelle Ausstattung⁶⁰: So kam im Jahr 2008 auf 9.390 Arbeitnehmer lediglich ein einziger Arbeitsinspektor⁶¹. Die Arbeitsinspektion verfügt somit nicht über ausreichend Ressourcen, um Verstößen gegen arbeitsrechtliche Vorschriften in allen Fällen effektiv nachgehen zu können.

IV. Strafrechtliche Sanktionen

In engem Zusammenhang zu der von den Arbeitsinspektoren durchgeführten Kontrolle der Einhaltung der SMIC-Vorschriften stehen die gesetzlich angeordneten strafrechtlichen Sanktionen. *Stricto sensu* bewirken strafrechtliche Sanktionen keine (direkte) Durchsetzung des gesetzlichen Mindestlohns. Wohl aber wird ihnen eine general- wie spezialpräventive (steuernde) Wirkung für die Arbeitsbeziehungen und damit eine positive Wirkung auf die Rechtstreue von Arbeitgebern im Mindestlohnbereich zugeschrieben. Da Verstöße in der Praxis oftmals von den Arbeitsinspektoren festgestellt und in einem Protokoll festgehalten werden, gehen Kontrollverfahren der Arbeitsinspektion nicht selten in Strafverfahren über und sind mit diesen eng verknüpft.

Zentrale strafrechtliche Sanktionsnorm ist Art. R. 3233-1 Code du travail, demzufolge Verstöße gegen die Mindestlohnvorschriften eine Ordnungswidrigkeit (*contravention*) der 5. Klasse sind, für die nach Art. 131-13 Nr. 5 Code pénal ein Bußgeldrahmen von bis zu 1.500 € gilt⁶². Das Bußgeld ergibt

59 Zu dieser Zahl siehe *Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville*, L'inspection du travail en France en 2008 – Rapport rédigé en application des articles 20 et 21 de la Convention N° 81 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), November 2009, S. 203, abrufbar unter: http://www.travail-emploi-sante.gouv.fr/IMG/pdf/Rap_WEB_BIT_2008_19_11_09.pdf. In welchem Umfang dabei Verstöße gegen den SMIC eine Rolle gespielt haben, ist in dem Jahresbericht nicht gesondert ausgewiesen.

60 Zur Kritik an der mangelnden Ausstattung der Arbeitsinspektionen und der sich daraus ergebenden mangelnden Kontrolleffizienz siehe insbesondere *Radé* (Fn. 48), S. 152.

61 Siehe *Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville* (Fn. 59), S. 21. Allerdings hat sich das Verhältnis von Zahl der Arbeitsinspektoren zur Zahl der zu schützenden Arbeitnehmer gegenüber 2007 (10.458) und 2006 (11.006) verbessert.

62 Dazu *Coeuret/Fortis*, Droit pénal du travail, 4. Auf. 2008, Rn. 388 ff.

sich aus der Anzahl der Arbeitnehmer, denen der SMIC nicht bezahlt worden ist, multipliziert mit (maximal 1.500 €). Das Strafrecht kann somit zu einer empfindlichen Sanktionierung von Verstößen gegen die Mindestlohnvorschriften führen. Im Wiederholungsfall bis zu einem Jahr nach Ablauf der Frist für die Verjährung der Ordnungswidrigkeit ist für Arbeitgeber, soweit es sich um natürliche Personen handelt, das Bußgeld auf 3.000 € festzusetzen (Art. R. 3233-1 Code du travail in Verbindung mit Art. 132-11 Code pénal); bei juristischen Personen erhöht sich das Bußgeld unter denselben Voraussetzungen auf das Zehnfache des Betrags, der als Bußgeld für die Ordnungswidrigkeit durch natürliche Personen vorgesehen ist (Art. R. 3233-1 Code du travail in Verbindung mit Art. 132-15 Code pénal). Liegt in dem Verstoß gegen die Mindestlohnvorschriften zugleich auch eine Verletzung der Vorschriften über die Schwarzarbeit (dazu oben E I), gelten die besonderen Strafbestimmungen des Art. L. 8224-1 ff. Code du Travail.

Anstelle eines Bußgelds oder zusätzlich zu diesem kann das zuständige Gericht eine Pflicht zum Ersatz des den betroffenen Arbeitnehmern entstandenen Schadens (*sanction-réparation*) verhängen (Art. 131-15-1 Code pénal): Die Art und Weise sowie die Frist, innerhalb welcher die Reparation zu erfolgen hat, werden vom zuständigen Gericht festgelegt (Art. 131-8-1 Code pénal). Voraussetzung hierfür ist natürlich, dass der Verstoß gegen die SMIC-Vorschriften einen Schaden verursacht hat oder dass die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch wegen Verletzung der Schwarzarbeitsvorschriften vorliegen (vgl. oben E I). Es handelt sich bei diesem gerichtlichen Verfahren um eine besondere Form des Adhäsionsverfahrens⁶³.

F. Effekte des SMIC

Von großem Interesse für die deutsche Diskussion um die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns ist die Frage der tatsächlichen Auswirkungen des SMIC. Dabei sollen im Folgenden die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Unternehmen (I), die Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt (II) sowie die Bedeutung des SMIC für die Bekämpfung der Armut (III) im Mittelpunkt stehen.

I. Wirtschaftliche Auswirkungen für die Unternehmen

Die mit dem SMIC und seinen Anpassungen verbundenen wirtschaftlichen Belastungen für Unternehmen sind immer wieder Gegenstand von Kritik gewesen. Dies gilt umso mehr, als die wirtschaftliche Belastung für die Unternehmen weder bei der automatischen Indexierung noch bei der Ermessensentscheidung der Regierung eine Rolle spielt. Der Staatsrat hat in

63 Auch das deutsche Recht lässt in begrenztem Umfang ein Adhäsionsverfahren zu: vgl. §§ 407 ff. StPO.

mehreren Entscheidungen ausdrücklich festgestellt, dass diese nicht als Argument für eine Anfechtung einer Mindestloohnerhöhung ins Feld geführt werden kann⁶⁴.

Auch haben die französischen Regierungsmehrheiten aller politischen Couleurs so gut wie nie erreicht, in Zeiten wirtschaftlicher Krise die Indexierung des SMIC auszusetzen oder doch zumindest abzuschwächen⁶⁵. Einen solchen Pragmatismus im Umgang mit dem gesetzlichen Mindestlohn hat beispielsweise das Großherzogtum Luxemburg mehrmals an den Tag gelegt: Dort ist der soziale Mindestlohn (*salaire social minimum*) gerade im Laufe der letzten Wirtschaftskrise vom Gesetzgeber zeitweise ausgesetzt worden („Modulierung“)⁶⁶. Allerdings werden die wirtschaftlichen Belastungen des SMIC für Unternehmen mit den Mitteln des Sozialversicherungsrechts nicht unwesentlich vermindert. Es findet somit eine teilweise Verlagerung der Kosten auf die Gemeinschaft der Sozialversicherten beziehungsweise auf den Staat statt.

Dies geschieht durch eine Reduzierung der Beitragspflicht des Arbeitgebers zur Sozialversicherung (*exonérations*). Insbesondere die Beschäftigung von Beziehern geringer Einkommen (vor allem von „*Smicards*“) wird mit Abschlägen bei der Beitragspflicht belohnt, wenn es sich um Angehörige von Risikogruppen des Arbeitsmarkts handelt oder sich die Arbeitsstätte in einer als förderungswürdig eingestuften (benachteiligten) Zone befindet. Mehr noch als in Deutschland wird in Frankreich das Sozialversicherungssystem für arbeitsmarktpolitische Zielsetzungen instrumentalisiert. Auch wenn sich diese „Subventionen“ nur auf Lohnnebenkosten beschränken, dämpfen sie doch die effektiven Kosten, die für Arbeitgeber mit der Zahlung des SMIC an Beschäftigte verbunden sind, zum Teil beträchtlich. Immerhin hat der Arbeitgeber im Vergleich zum Arbeitnehmer den weitaus größeren Anteil an den Sozialversicherungsbeiträgen zu tragen; im Durchschnitt beläuft sich sein Anteil auf ca. 43 % des Bruttolohns.

64 Siehe *Pignarre*, *JurisClasseur* Fasc. 26-15, Rn. 12 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

65 Zwar ordnete Art. 4 Abs. 1 Loi n° 82-660 du 30.7. 1982 sur les prix et les revenus, J.O.R.F. 1982, S. 2463 für die Zeit vom 1.6. bis zum 31.10. 1982 ein Einfrieren der Löhne an, nahm in seinem Abs. 2 Nr. 2 jedoch Erhöhungen des SMIC aufgrund der Indexierung ausdrücklich aus.

66 Die Aussetzung der gleitenden Lohnskala („*échelle mobile*“) erfolgte durch das Gesetz vom 27.6. 2006 über die Anpassung bestimmter Modalitäten bei der Anwendung der gleitenden Lohnskala (*Loi adaptant certaines modalités d'application de l'échelle mobile des salaires et des traitements etc.*), *Mémorial A* Nr. 114, S. 2040; dazu *Seifert/Schintgen*, in: *Iliopoulou-Stranga* (Fn. 39), S. 427, 443.

So sieht das Gesetz vom 17.1. 2003⁶⁷ Abschlüsse bei der Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung von Beiträgen zur Sozialversicherung für Arbeitnehmer mit geringen Löhnen vor, die in den Arbeitsmarkt wiedereingegliedert werden⁶⁸. Arbeitgeber, die Langzeitarbeitslose beschäftigen, haben ebenfalls Anspruch auf eine Reduzierung der von ihnen zu erbringenden Beiträge zur Sozialversicherung: Das gilt namentlich für die Beschäftigung aufgrund eines Vertrags zur Begleitung in die Beschäftigung (*contrat d'accompagnement dans l'emploi*) (Art. L. 5134-31 Code du travail)⁶⁹ oder eines Zukunftsvertrags (*contrat d'avenir*) (Art. L. 5134-51 in Verbindung mit Art. L. 5134-31 Code du travail); in diesen Fällen ist das Arbeitsentgelt bis zur Höhe des SMIC nicht sozialversicherungspflichtig. Darüber hinaus zahlen Arbeitgeber, die Arbeitnehmer in sogenannten städtischen Freizonen (*zones franches urbaines*) beschäftigen⁷⁰, bis zum 50. Arbeitnehmer und für eine Dauer von bis zu fünf Jahren keine Sozialversicherungsbeiträge für Arbeitsentgelte bis zu einer Höhe des SMIC + 40 %⁷¹. Schließlich gewährt Art. L. 241-10 Code de la sécurité sociale Abschlüsse bei den Sozialversicherungsbeiträgen zugunsten von Personen, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Haushaltshilfe (*aide à domicile*) beschäftigen (zum Beispiel zur Pflege eines pflegebedürftigen Angehörigen oder eines behinderten Kindes).

Insgesamt werden den reduzierten Beitragspflichten zur Sozialversicherung positive Beschäftigungseffekte zugeschrieben⁷². Auch schlagen infolgedessen Erhöhungen des SMIC nicht voll auf die Höhe der Arbeitskosten durch⁷³. Die arbeitsmarktpolitische Indienstnahme des Sozialversicherungssystems ist allerdings nicht unumstritten, trägt sie doch letztlich zu einer Verschlechterung der Finanzkraft der Sozialversicherungsträger bei⁷⁴. Der

67 Loi n° 2003-47 du 17.1. 2003 relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, J.O.R.F. 1994, S. 1080.

68 Art. 9 ff. Loi n° 2003-47 (Fn. 67). Im Überblick hierzu *Dupeyroux/Borgetto/Lafore*, Droit de la sécurité sociale, 16. Aufl. 2008, Rn. 1149.

69 Ausführlich zu dieser Vertragsform *Verkindt*, Le contrat d'accompagnement dans l'emploi, Droit social 2005, 440 ff.

70 Es handelt sich hierbei um wirtschaftlich und sozial benachteiligte Zonen.

71 Zu den Einzelheiten siehe *Kerbourec'h*, Aides à l'emploi – Aides géographiques, JurisClasseur, Traité Travail, Fasc. 40-16; für einen knappen Überblick siehe *Dupeyroux/Borgetto/Lafore* (Fn. 68), Rn. 1152.

72 So insbesondere CAE, Rapport n° 79, 2008, S. 16 f. sowie S. 51 f.; ebenso Rapport du groupe d'expert, Salaire minimum interprofessionnel de croissance, Rapport d'experts – Juni 2009, S. 27 ff.

73 Dazu *Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts (CSERC)*, Le SMIC, 1999, S. 87.

74 Statt vieler *Dupeyroux/Borgetto/Lafore* (Fn. 68), Rn. 1155 f. mit weiteren Nachweisen. So führt nach Berechnungen eine Erhöhung des SMIC um 1 % zu Kosten wegen reduzierter Beitragspflichten von Arbeitgebern in Höhe von ungefähr 1,7 Milliarden Euro; dazu *CSERC* (Fn. 73), S. 88.

Gesetzgeber hat mit dem Gesetz vom 25.7. 1994 über die Sozialversicherung dem zu begegnen versucht, indem er für jedweden Abschlag eine Ausgleichspflicht des Staates aus dem öffentlichen Haushalt anordnet⁷⁵. Dies ändert indessen nichts an der allgemeinen Tendenz einer zunehmenden Verstaatlichung des Sozialversicherungssystems in Frankreich („*budgetarisation de la sécurité sociale*“), das sich zunehmend aus dem allgemeinen Staatshaushalt finanziert⁷⁶.

II. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt

Die Auswirkungen des SMIC auf den Arbeitsmarkt sind immer wieder empirisch untersucht worden⁷⁷. Insoweit kann auf einen soliden Bestand sozialwissenschaftlicher Untersuchungen zurückgegriffen werden.

Es besteht weitgehende Übereinstimmung darüber, dass der SMIC in bestimmten Fällen zu negativen Beschäftigungseffekten führt⁷⁸. Liegt der Mindestlohn oberhalb der Arbeitsproduktivität des von dem „*Smicard*“ ausgefüllten Arbeitsplatzes, begünstigt dies einen Arbeitsplatzabbau. In welcher Größenordnung sich dieser durch den SMIC herbeigeführte Arbeitsplatzabbau vollzieht, entzieht sich allerdings einer genaueren Bestimmung.

Auch sind die Auswirkungen des SMIC auf die verschiedenen Gruppen des Arbeitsmarkts eingehend untersucht worden⁷⁹. Fächert man die „*Smicards*“ nach Altersklassen auf, so fällt auf, dass das Risiko junger Arbeitnehmer (bis 25 Jahren), den SMIC zu erhalten, fast drei Mal so hoch ist, wie das der über 40-Jährigen (34,5 % gegenüber 12,1 %) ⁸⁰. Der SMIC ist oftmals das Einstiegsgehalt am Beginn einer Berufskarriere. Er betrifft somit besonders stark die jungen Arbeitnehmer. Teilweise ist er als Hemmnis für junge Arbeitnehmer beim Zutritt zum Arbeitsmarkt begriffen worden, was erklärt, warum es immer wieder politische Vorstöße gab, einen besonderen „*SMIC jeunes*“ einzuführen⁸¹.

75 Loi n° 94-637 du 25.7. 1994 relative à la sécurité sociale, J.O.R.F. 1994, S. 10815, mit dem Art. L. 131-7 Code de la sécurité sociale eingeführt wurde.

76 Dazu gehört auch der sogenannte verallgemeinerte Sozialbeitrag (*contribution sociale généralisée – CSG*), die im Jahre 1990 von der sozialistischen Regierung unter Michel Rocard eingeführt und eine Sondersteuer zur Finanzierung der Sozialversicherung darstellt. Zur CSG im Überblick statt vieler Laborde, Droit de la sécurité sociale, 2005, Rn. 1008 ff.

77 Eingehend CSERC (Fn. 73), S. 59 ff. mit weiteren Nachweisen; vgl. auch CAE, Rapport n° 79, 2008, S. 21 ff.

78 Siehe CSERC (Fn. 73), S. 89 ff. mit weiteren Nachweisen auf andere empirische Studien zum SMIC; vgl. auch CAE, Rapport n° 79, 2008, S. 21 ff.

79 Dazu DARES (Fn. 35), Nr. 22.1, S. 4. Siehe auch Rapport du groupe d'experts (Fn. 72), Juni 2009, S. 14 f.

80 Dazu DARES (Fn. 35), Nr. 22.1, S. 4.

81 Zu den Einzelheiten des „*SMIC jeune*“ siehe oben D mit weiteren Nachweisen.

Auch sind weibliche Arbeitnehmer fast doppelt so stark vom SMIC betroffen wie ihre männlichen Kollegen: Gegenüber 19,6 % der Arbeitnehmerinnen waren im Jahr 2006 lediglich 11 % der männlichen Arbeitnehmer auf den SMIC gesetzt⁸². Es besteht somit eine starke Diskrepanz nach den Geschlechtern, obgleich schon seit langen Jahren eine gesetzliche Verhandlungspflicht der Kollektivvertragsparteien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern besteht⁸³.

Schließlich sind auch die in atypischen Arbeitsverhältnissen beschäftigten Arbeitnehmer überproportional vom SMIC betroffen. Jeder vierte befristet Beschäftigte erhält den SMIC. 33,5 % der Teilzeitbeschäftigten sind „*Smicards*“, während in der Gruppe der Vollzeitbeschäftigten nur 11 % den SMIC erhalten⁸⁴.

Wie hoch der Anteil von Arbeitnehmern mit einem Migrationshintergrund an den „*Smicards*“ ist, lässt sich nicht genau sagen. Statistiken dürfen in Frankreich nur über die Zahl der Ausländer sowie über Ausländer, die eingebürgert worden sind, und deren Herkunft erstellt werden. Dagegen verstößt es gegen französisches Verfassungsrecht, auch die ethnische Herkunft von Personen statistisch zu erfassen: Nach der Rechtsprechung des Verfassungsrats (*conseil constitutionnel*) widerspricht dies dem Grundsatz der Republik (Art. 1 der Verfassung)⁸⁵. Der Anteil von Beschäftigten, die aus Familien stammen, welche vor ein oder zwei Generationen nach Frankreich eingewandert sind (insoweit spricht man von den „*beurs*“), an den „*Smicards*“ insgesamt, lässt sich daher nicht ermitteln. Es ist aber zu vermuten, dass der Anteil von Beschäftigten mit Migrationshintergrund überproportional hoch ist.

82 Zu diesen Zahlen *DARES* (Fn. 35), Nr. 22.1, S. 4 f. sowie das Schaubild auf S. 6.

83 Eine jährliche Verhandlungspflicht ergibt sich für Kollektivverhandlungen auf Branchen- oder Berufsebene aus Art. L. 2241-1 Code du travail und für die Unternehmensebene aus Art. L. 2242-5 Code du travail. Das sogenannte „*gender wage gap*“ betrug im Jahre 2005 in Frankreich 12 %; siehe die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Rat der Regionen, Bekämpfung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles, KOM(2007) 424 endgültig vom 18.7. 2007, S. 22.

84 Vgl. *DARES* (Fn. 35), Nr. 22.1, S. 3 f. sowie Schaubild Nr. 1 (S. 2).

85 So hat der *conseil constitutionnel* in seiner Entscheidung vom 15.11. 2007 (no. 2007-557, abzurufen unter conseil-constitutionnel.fr) Art. 63 Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, der die Erstellung von Statistiken über den „rassischen und ethnischen Ursprung von Personen“ erlaubte, unter anderem auch wegen Verstoßes gegen Art. 1 der Verfassung für verfassungswidrig erklärt.

III. SMIC und Bekämpfung der Armut

Mit der Schaffung eines gesetzlichen Mindestlohns wird in Deutschland vor allem die Hoffnung verbunden, das in den letzten Jahren an Bedeutung zunehmende Phänomen des *working poor* wirksam bekämpfen zu können. Deshalb mag ein Blick auf den Beitrag des SMIC zur Bekämpfung der Armut in Frankreich von besonderem Interesse für die deutsche Diskussion sein.

Dabei ist festzustellen, dass sich der SMIC trotz einer Erhöhung seiner Kaufkraft seit 1950 um ungefähr 170 %⁸⁶ nicht als wirkungsvolles Instrument im Kampf gegen die Armut erwiesen hat. Zwar sichert der SMIC vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern im Regelfall ein ausreichendes Mindesteinkommen; dies gilt umso mehr, als nicht wenige „*Smicards*“ wegen der Nichteinrechnung von Betriebsangehörigkeitsprämien und Überstundenzuschlägen nicht selten eine höhere Arbeitsvergütung als den reinen SMIC erhalten⁸⁷.

Wenn der SMIC bislang gleichwohl nicht ein ausreichendes Instrument im Kampf gegen die Armut ist⁸⁸, liegt dies vor allem am sozialen Wandel, der sich auf den Arbeitsmärkten in den letzten Jahrzehnten vollzogen hat, insbesondere an der Zunahme von atypischen Beschäftigungsformen: Das große Problem sind die Teilzeitbeschäftigten, die mit ihrem Arbeitseinkommen weit unter dem monatlichen SMIC liegen. Das Phänomen der *working poor* beziehungsweise der *travailleurs pauvres* ist deshalb auch in Frankreich verbreitet⁸⁹. Der SMIC kann für sich genommen dieses Armutsproblem nicht lösen. Er ist aber insoweit im Zusammenhang mit anderen (sozialrechtlichen) Instrumenten zu sehen, die eine Aufstockung des SMIC in bestimmten Fällen vorsehen. Von zentraler Bedeutung sind hier die verschiedenen Formen eines Mindesteinkommens, die der französische Gesetzgeber im Laufe der letzten zwei Jahrzehnte geschaffen hat. Die erste Etappe in dieser Entwicklung bildete das Gesetz vom 1.12. 1988⁹⁰, mit dem ein Mindesteinkommen zur Eingliederung (*revenu minimum d'insertion – RMI*)

86 Siehe Rapport du groupe d'experts (Fn. 72), Juni 2009, S. 10.

87 Vgl. Rapport du groupe d'experts (Fn. 72), Juni 2009, S. 19: Danach sollen ca. 90 % aller *Smicards* regelmäßig Zuschläge in Höhe von 10 % ihrer Gesamtvergütung erhalten. Zu den bei der Berechnung der Höhe des Arbeitsentgelts nicht einzubeziehenden Prämien siehe oben D I.

88 Ausführlich hierzu CAE, Rapport n° 79, 2008, S. 37 ff.; CSERC (Fn. 73), S. 107 ff. vgl. auch Rapport du groupe d'experts (Fn. 72), Juni 2009, S. 21.

89 Einen aktuellen Überblick zu diesem Phänomen geben insbesondere die Beiträge in Auvergnon (Hrsg.), *Droit social et travailleurs pauvres*, 2011 (im Erscheinen); vgl. auch Damon, *Travailleurs pauvres: de quoi parle-t-on?*, in: *Droit social* 2009, 292 ff. mit weiteren Nachweisen.

90 Loi n° 88-1088 du 1.12. 1988 instituant le revenu minimum d'insertion (RMI), J.O.R.F. 1988, S. 15119.

geschaffen wurde⁹¹. Faktisch verpuffte jedoch die Wirkung des RMI bei arbeitenden Personen weitgehend, da bereits sehr geringfügige Einkommen aus Arbeit auf den RMI anzurechnen waren und die Schwelle zum vollständigen Anspruchsverlust nicht hoch angesetzt war. Auf dieses Defizit soll das mit dem Gesetz vom 1.12. 2008 geschaffene aktive Solidaritätseinkommen (*revenu de solidarité active* – RSA) eine Antwort geben, das im Jahre 2009 an die Stelle des RMI trat⁹². Die Neuregelung ist bei der Anerkennung einer Kumulierung von Arbeitseinkommen und Transferleistung weitaus großzügiger und will auf diese Weise die Anreize für eine Wiedereingliederung ins Arbeitsleben verstärken⁹³.

G. Schluss

Das französische Mindestlohnsystem blickt in seinen wesentlichen Zügen auf eine inzwischen mehr als sechzigjährige Geschichte zurück und ist für nicht wenige Länder richtungweisend geworden. Auch wenn es sich immer wieder politischer Kritik wegen der mit ihm verbundenen Effekte ausgesetzt sieht, ist doch der SMIC nach wie vor im Grundsatz politisch weitgehend unangefochten.

Der SMIC ist als einheitlicher branchenübergreifender Mindestlohn konzipiert und besteht als Stundenlohn (seit dem 1.1. 2011: 9,00 €) sowie als monatliche Mindestvergütung (seit dem 1.1. 2011: 1.365 €). Der Code du travail sieht für die Festsetzung der Höhe des SMIC drei verschiedene Verfahren vor, die aufeinander aufbauen und sich ergänzen. Jeglicher politischer Einflussnahme entzogen ist die Indexierung des Mindestlohns, mit der dessen Kaufkraft erhalten werden soll. Die Teilhabe an der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes eröffnet der Regierung zwar einen politischen Freiraum, der allerdings wiederum der Höhe nach begrenzt ist. Der „Anschubser“ (*„coup de pouce“*) indessen gibt der Regierung die Möglichkeit, eine eigenständige Lohnpolitik zu betreiben, wovon in der Vergangenheit von den Regierungen unterschiedlich Gebrauch gemacht worden ist; die derzeit im Amt befindliche bürgerliche Regierung von *François Fillon* hat von diesem lohnpolitischen Instrument jedoch bislang noch keinen Gebrauch gemacht. Abschläge vom SMIC müssen insbesondere minderjährige Arbeitnehmer sowie Auszubildende hinnehmen.

Die Durchsetzung des SMIC erfolgt außer im Wege der Individualklage der betroffenen Arbeitnehmer vor allem mit den Mitteln der Verwaltungs-

91 Ausführlich zum RMI *Badel*, Le droit social à l'épreuve du revenu minimum d'insertion, Thèse de doctorat Université de Bordeaux IV – Montesquieu, 1996.

92 Es wurde eingeführt mit der Loi n° 2007-1223 du 21.8. 2007 *revenu de solidarité active* (RSA), J.O.R.F. 2007, S. 13945.

93 Dazu im Überblick *Verkindt*, Le travailleur pauvre en France, in: Auvergnon (Fn. 89).

kontrolle durch die Arbeitsinspektion und mit strafrechtlichen Sanktionen. Allerdings ist die Kontrolle durch die Arbeitsinspektionen mangels ausreichender personeller Ausstattung oftmals nicht effektiv. Kollektivrechtliche Durchsetzungsmechanismen sind demgegenüber nur von sehr untergeordneter Bedeutung.

Für die deutsche Diskussion von besonderem Interesse dürften auch die tatsächlichen Wirkungen des SMIC sein. Die mit dem hohen Niveau des SMIC verbundene, zum Teil sehr starke wirtschaftliche Belastung der Unternehmen wird zwar nicht durch „Sondertarife“ und „Abschläge“ beim SMIC berücksichtigt (zum Beispiel für Kleinunternehmen oder für Unternehmen in wirtschaftlichen Notlagen), doch hat sich in den vergangenen zwei Jahrzehnten ein enges Geflecht von Abschlägen bei den Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung entwickelt, das eine nicht unbeträchtliche Entlastung der Unternehmen bei den Lohnkosten der „*Smicards*“ bewirkt. Die mindestlohninduzierte Kostenlast wird somit in nicht geringem Umfang auf die Sozialversicherung verschoben. Ein weiterer Effekt des SMIC sind die negativen Beschäftigungseffekte, die er im Niedriglohnbereich trotz der Kostenentlastung der sozialversicherungsrechtlichen *exonérations* in zahlreichen Fällen entfaltet. Schließlich hat sich gezeigt, dass der SMIC kein ausreichendes Instrument im Kampf gegen die Armut ist; auch Frankreich kennt zunehmend das Phänomen der *working poor*. Zur Bewältigung des Armutsproblems hat der französische Gesetzgeber in den vergangenen Jahren auf sozialrechtliche Instrumente (zum Beispiel *Revenu de solidarité active*) sowie auf das Steuerrecht (zum Beispiel Beschäftigungsprämie) zurückgegriffen, um das Einkommen dieser Beschäftigten aufzustocken.

Staatliche Durchsetzung des Mindestlohns

Stephan Rixen

Seite

I. Einleitung	104
II. Instrumente der staatlichen Durchsetzung des Mindestlohns	107
1. Behördliches Aufsichtsverfahren	107
2. Bußgeldverfahren	113
a) Bußgelder als finanziell relevante Sanktionen	113
b) Was ist fahrlässig? Sorgfaltsstandards und Verbots- irrtümer	114
c) Beispiel: Einsatz von Nachunternehmern	115
3. Vergabesperre	117
III. Risiken und (Neben-) Wirkungen der staatlichen Durchsetzung des Mindestlohns	119
1. Unbestimmtheit als Programm: konstitutive Unschärfe der Normtexte als Chance zur Ausweitung der Kontrolle	119
2. Kumulation der Verfolgungs- und Sanktionseffekte	120
3. Der Zoll als Bundespolizei – das unbekannte Wesen?	123
a) Eine deutsche „Guardia di Finanza“ – jenseits des Grundgesetzes?	123
b) Ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz zur „Verpolizeilichung“ des Zolls?	125
aa) Eng auszulegende Ausnahme- Gesetzgebungskompetenzen	125
bb) Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG)	128
cc) Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)	131
dd) Waren- und Zahlungsverkehr mit dem Auslande einschließlich des Zoll- und Grenzschatzes (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG)	131
c) Zulässige Errichtung von Zoll-Unterbehörden gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG?	133
IV. Resümee und Ausblick	134
Diskussion der Beiträge Achim Seifert/Stephan Rixen	136

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung (München 2011), S. 103-135

I. Einleitung

Die staatliche Durchsetzung des Mindestlohns ist ein Sonderfall der staatlichen Wirtschaftsaufsicht¹. Wirtschaftsaufsicht beziehungsweise -überwachung² ist keine Erfindung des modernen Wohlfahrtsstaates. Sie reicht zurück in die Zeiten der „guten Policy“, in denen der absolutistische Herrscher sich kraft seines „*ius supremae inspectionis*“³ auch für das ökonomische Wohl seiner Untertanen zuständig glaubte⁴. Diese „ökonomische Polizei“⁵ blieb unter rechtsstaatlichen Vorzeichen mit reduziertem Gestaltungsanspruch als Gewerbepolizei⁶ erhalten⁷. Die GewO, die ab Mitte des

- 1 Unter „Wirtschaftsaufsicht“ wird die staatliche Aufsicht über alle Wirtschaftssubjekte (Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen) verstanden, welche die selbstverantwortliche Teilnahme am Wirtschaftsverkehr in Einklang mit den dafür geltenden Rechtsregeln halten soll (Kahl, Die Staatsaufsicht, 2000, S. 362; Hecker, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht, 2007, S. 9 ff.; Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005, S. 3 ff.).
- 2 Zur Überwachung als „Schlüsselbegriff des Verwaltungsrechts“ Huber, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 45 Rn. 1 ff., siehe dort auch Rn. 47 ff. zum öffentlichen Wirtschaftsrecht; zum Begriff „Wirtschaftsüberwachung“ als Synonym für oder in Abgrenzung von „Wirtschaftsaufsicht“ Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 21.
- 3 Vgl. Ehlers, Ziele der Wirtschaftsaufsicht, 1997, S. 3; zur „guten Policy“ Landwehr, Die Rhetorik der „Guten Policy“, Zeitschrift für Historische Forschung 30 (2003), 251 ff.; Th. Simon, „Gute Policy“. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, 2004; ferner Rixen, Vom Polizeirecht über das Gewerberecht zurück zum Policyrecht?, DVBl 2007, 221, 228 mit weiteren Nachweisen.
- 4 Zur *longue durée* der wohlfahrtsstaatlichen Tradition vgl. Maier, Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, Taschenbuchausgabe 1966, Ausgabe 1986, S. 293 f.; siehe hierzu auch Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 16. Aufl. 2008, S. 206 (§ 29 I 4).
- 5 Burckhardt, Wirtschaft (Neuzeit), in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 7, 1992, S. 550, 569.
- 6 Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3. Aufl. 2008, Rn. 207; siehe dort auch Rn. 209.
- 7 Zur Entwicklung Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis. Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeilicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel, 1992, S. 16 ff.; siehe außerdem Stolleis, Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, 2001, S. 253 ff.; ders., Zur Entstehung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 1 ff.; C. Zacher, Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland. Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassung in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik, 2002.

19. Jahrhunderts zunächst in Preußen⁸, dann im Norddeutschen Bund⁹, schließlich im gesamten Deutschen Reich gilt¹⁰, steht für diese rechtsstaatlich modernisierte ökonomische Polizei. Sie interessiert sich mit dem Aufkommen der „sozialen Frage“ mehr und mehr auch für die Erwerbsarbeit. Das Gewerbepolizeirecht wird zum arbeiterbezogenen Gewerbepolizeirecht¹¹ und damit zur „Urzelle des modernen Arbeitsrechts“¹². Gerade die Handlungsformen des öffentlichen Rechts, namentlich des Polizei- und Ordnungsrechts, werden somit schon früh genutzt, um den Arbeitsschutz effektiv zu machen¹³.

-
- 8 Allgemeine Preußische Gewerbeordnung vom 17.1.1845 (Preußische Gesetzesammlung (Preuß. GS) 1845, S. 41); siehe zuvor das Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe (sogenanntes Gewerbepolizeigesetz) vom 7.9.1811 (Preuß. GS 1811, S. 263).
 - 9 Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21.6.1869 (Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245).
 - 10 Die Gewerbeordnung (GewO) wurde sukzessiv in den übrigen Staaten des 1871 verfassten Deutschen Reiches eingeführt, siehe etwa die Bekanntmachung, betreffend die Redaktion der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 1.7.1883 (RGBl. 1883, S. 177), und die Neubekanntmachung der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 26.7.1900 (RGBl. 1900, S. 871).
 - 11 Auch vor diesem rechts(dogmen)geschichtlichen Hintergrund ist der „ordnungsrechtliche Charakter des Arbeitsschutzrechts“ (*Kollmer*, Arbeitsstättenverordnung, Kommentar, 3. Aufl. 2009, Einführung Rn. 5) unbestritten; zum öffentlich-rechtlichen Charakter des Arbeits(zeit)schutzrechts siehe nur *Baeck/Deutsch*, Arbeitszeitgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Einführung Rn. 48 f.
 - 12 BVerfG 18.11.2003 – 1 BvR 302/96, BVerfGE 109, 64, 88. – Die GewO entpuppt sich als früher „Kern des Arbeitsrechts“, so *Rudloff*, Einleitung, in: Henning/Tennstedt (Hrsg.), Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914, II. Abteilung: Von der Kaiserlichen Sozialbotschaft bis zu den Februarerlassen Wilhelms II. (1881-1890), 4. Bd.: Arbeiterrecht, 2008, S. XV (XVII ff.).
 - 13 Wichtige juristische Bücher aus der Frühzeit der entstehenden Disziplinen handeln Wirtschaftsverwaltungs- und (öffentliches) Arbeitsrecht zusammen ab, siehe insbesondere *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht. Institutionen des öffentlichen Arbeits- und Unternehmensrechts, 1932. Auch später noch heißt es bei *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1953, S. 48: „Das Wirtschaftsverwaltungsrecht gliedert sich in öffentliches Wirtschaftsorganisationsrecht, in öffentliches Recht der Wirtschaftstätigkeit, in öffentliches Recht der Wirtschaftsverfüugungsmacht sowie in Sozial- und Arbeitsverwaltungsrecht.“ Eines der ersten und bis heute meinungsprägenden Lehrbücher zum Arbeitsrecht hat *Erwin Jacobi* verfasst, ein Fachvertreter des öffentlichen Rechts, *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, dazu *Picker*, Arbeitsrecht als Privatrecht – Zur Leitidee der frühen Arbeitsrechtsdogmatik bei Philipp Lotmar und Erwin Jacobi, Festschrift Richardi, 2007, S. 141 ff.; ausführlich zu Person und Werk *Otto*, Von der Eigenkirche zum Volkseigenen Betrieb: Erwin Jacobi (1884-1965), 2008.

Diese – auf die Ebene der Gefahrenvorsorge vorverlagerte¹⁴ – Logik der Gefahrenabwehr bildet auch die Basis für die staatliche Durchsetzung des Mindestlohns. Sie wird mit dem AEntG¹⁵ und mit dem MiArbG¹⁶ als funktionalem Annex des AEntG auf die Spitze getrieben: Der Arbeitgeber erweist sich als abstrakte Gefahr, die jederzeit in eine konkrete Gefahr umschlagen kann, in eine konkrete Gefahr für die „Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen“, eine Gefahr für die Erhaltung möglichst vieler sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse oder eine Gefahr für die „Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie“. Das sind die Ziele, die das AEntG in seinem § 1 Sätze 1 und 2 zu Schutzgütern erhebt, die mit den unterschiedlichen Instrumenten des Gesetzes gegen den Arbeitgeber als latentes Dauerrisiko, als potenziellen oder manifesten Störer¹⁷ (im polizeirechtlichen Sinne verstanden) verteidigt werden müssen.

Zunächst sind die wesentlichen Instrumente zur staatlichen Durchsetzung des Mindestlohns vorzustellen. Anschließend werden Risiken und (Neben-) Wirkungen der staatlichen Durchsetzung von Mindestlöhnen zusammenfassend gewürdigt; hierbei ist auch die Rolle der Zollverwaltung näher zu betrachten, die sich zu einer „Bundesarbeitspolizei“¹⁸ entwickelt hat, das heißt zu einer auf der Basis eines „fachspezifischen Polizeirechts“¹⁹ agierenden

-
- 14 Zur Entstehung der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gefahrenvorsorge Gröschner (Fn. 7), S. 35 ff.
 - 15 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 20.4. 2009, BGBl. I 2009, S. 799.
 - 16 Das Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) in der Fassung des Gesetzes vom 22.4. 2009 (BGBl. I 2009, S. 818) ist in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem AEntG n.F. entstanden und soll die grundsätzlich im AEntG geregelte Mindestlohn-Problematik abrunden. Das drückt sich insbesondere in den Kontroll- und Sanktionsvorschriften aus, die im AEntG und MiArbG in gleicher Weise ausgestaltet wurden, dazu der Ausschussbericht, BT-Drucks. 16/11669, S. 2 (sub B).
 - 17 Gegen diese am polizeirechtlichen Störer-Begriff orientierte wirtschaftsverwaltungsrechtliche Strukturierung des Verhältnisses von Staat und Unternehmen Hill, Verwaltung als Partner der Wirtschaft, VBlBW 2010, 485.
 - 18 Rieble, Mindestlohncompliance für Auftraggeber, NJW-Spezial 2009, 414 – zur Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS); siehe auch den Hinweis auf die mögliche Entstehung einer „bundesweit zentralisierten Arbeitsmarktpolizei“ bei Ignor/Rixen, Grundprobleme und gegenwärtige Tendenzen des Arbeitsstrafrechts – Das Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit und die Sanktionsregeln des neuen Arbeitsvermittlungsrechts, NSTZ 2002, 510, 516.
 - 19 Fehn, Finanzkontrolle Schwarzarbeit, Kriminalistik 2004, 409, 412; zu der letztlich auf Kompetenzausweitung abzielenden Forderung nach einem verbesserten „effektive(n) fachspezifische(n) Polizeirecht“ für die FKS ders., Wie kann das

„materiell-rechtliche(n) Bundespolizei“²⁰ zur Durchsetzung eines rechtskonformen Arbeitsmarkts.

II. Instrumente der staatlichen Durchsetzung des Mindestlohns

Die Instrumente zur staatlichen Durchsetzung des Mindestlohns sind in den §§ 16-23 AEntG geregelt, außerdem in den §§ 11-18 MiArbG, die, von der abweichenden Nummerierung abgesehen, den §§ 16-23 AEntG normtextlich entsprechen²¹. Im Folgenden sollen angesichts ihrer regulatorischen Vorbildfunktion nur die Vorschriften des AEntG betrachtet werden. Das AEntG (und entsprechend das MiArbG) kennt drei spezifisch staatliche Kontroll- und Durchsetzungsinstrumente: das behördliche Aufsichtsverfahren, Bußgeldnormen sowie die Vergabesperre, also den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge.

1. Behördliches Aufsichtsverfahren

Das AEntG weist zunächst die Prüfung der Einhaltung der Pflichten eines Arbeitgebers nach § 8 AEntG, also vor allem die Beachtung der Mindestlohnpflichten, den Behörden der Zollverwaltung zu (§ 16 AEntG). An diese Aufgabenzuweisung schließen sich Prüfbefugnisse an (§ 17 AEntG). Sie entsprechen in der Sache ganz dem, was in der Wirtschaftsaufsicht üblich ist. Das behördliche Aufsichtsverfahren ist ein Instrument der Gefahrenvorsorge²², weil es im Vorfeld konkreter Gefahren angesiedelt ist. Es darf ohne Ankündigung anlasslos, also verdachtsunabhängig durchgeführt werden²³.

Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verbessert werden?, ZfZ 2005, 218, 222 am Ende.

- 20 So Fehn, Kriminalistik 2004, 409, 411; siehe auch ders., Grenzen polizeilicher Befugnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, Kriminalistik 2004, 559, 560: „materiell-rechtlich eine Polizei des Bundes“; ebenso ders., in: Fehn (Hrsg.), Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, 2006, § 2 Rn. 4, §§ 22, 23 Rn. 2. Dass der Zoll und damit auch die FKS im organisatorisch-institutionellen Sinne keine Polizeibehörde ist (Thiele, Neue polizeiliche Aufgaben für den Zollfahndungsdienst, Überlegungen, Kriminalistik 2004, 178), ändert an der Zuweisung materiell-rechtlicher Polizeibefugnisse in Erfüllung materieller Polizeiaufgaben nichts.
- 21 Zum Gleichlauf der Vorschriften über die Kontroll- und Sanktionsvorschriften in AEntG und MiArbG bereits oben Fn. 16; siehe außerdem nochmals die diesbezüglichen Hinweise im Ausschussbericht, BT-Drucks. 16/11669, S. 2 (sub B), S. 22.
- 22 Dazu, dass die Gefahrenvorsorge Bestandteil der gewerbepolizeilichen Gefahrenabwehr seit Mitte des 19. Jahrhunderts ist, Gröschner (Fn. 7), S. 36 f.
- 23 So zu § 305 SGB III a.F. (nunmehr § 3 SchwarzArbG, siehe den Hinweis in BT-Drucks. 15/2573, S. 22) die amtliche Begründung zum AFRG, BT-Drucks. 13/4941, S. 209: „Die Prüfung setzt keinen Tatverdacht voraus.“ Siehe auch den 11. Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung, BT-Drucks. 16/13768, S. 13: „Zur Erfüllung ihres Prüfungsauftrages führt die Zollverwaltung verdachtslose Prüfungen durch.“ Vereinzelt ge-

Das Aufsichtsverfahren ist der steuerrechtlichen Außenprüfung nachgebildet. Es wird in früheren einschlägigen Gesetzen (und auch in der Rechtsprechung)²⁴ explizit „Außenprüfung“ genannt²⁵.

bliebene Stimmen in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung verlangen in Anlehnung an die finanzgerichtliche Judikatur zur steuerrechtlichen Außenprüfung, dass die unangemeldete Prüfung (hier: nach § 304 SGB III a.F.) nur erfolgen darf, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen Normverstoß (Verdacht) vorliegen oder doch zumindest aufgrund allgemeiner Erfahrung die Möglichkeit eines Normverstoßes gegeben ist (so etwa BayLSG 10.12. 2008 – L 10 AL 330/07 ZVW, juris, Rn. 7 f.; siehe hierzu auch BSG 28.8. 2007 – B 7/7a AL 16/06 R, SozR 4-1500 § 131 Nr. 3 Rn. 14; anderer Ansicht beispielsweise LSG Berlin 26.9. 2003 – L 10 AL 82/02, juris, Rn. 29). Der Regelungsabsicht des SGB III-Gesetzgebers entspricht dies zwar nicht und auch die Hürde der aufgrund allgemeiner Erfahrung bestehenden Möglichkeit eines Normverstoßes ist nicht hoch, aber der Kontrollzugriff wird doch etwas mehr diszipliniert. Im Jahr 2009 wurden (allerdings nicht nur zur Durchsetzung des AEntG) 51.600 Prüfungen bei Arbeitgebern durchgeführt (abzurufen unter http://www.zoll.de/do_zoll_im_einsatz/bo_finanzkontrolle/lo_statistik/index.html).

24 Siehe etwa BVerfG 11.11. 1986 – 1 BvR 448/85, NZA 1987, 107; SG Berlin 13.2. 1998 – S 51 Ar 2970/95, DuD 1998, 659 ff. (zu § 150a AFG).

25 Vgl. § 132a Abs. 1 Satz 1 AFG in der Fassung des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes (AFKG) vom 22.12. 1981 (BGBl. I 1981, S. 1497, 1505): „Die Bundesanstalt ist berechtigt, zur Aufdeckung und Verfolgung von Leistungsmissbrauch Außenprüfungen in Betrieben durchzuführen.“ Dazu BT-Drucks. 9/846, S. 46 (zu Nr. 44) = BT-Drucks. 9/799, S. 46 (zu Nr. 44). Ersetzt wurde diese Vorschrift durch § 150a AFG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung des Föderalen Konsolidierungsprogramms (FKPG) vom 23.6. 1993 (BGBl. I 1993, S. 944, 959); § 150a AFG verwendet das Wort „Außenprüfung“ nicht mehr, was am Charakter der Maßnahme sachlich nichts ändert, wie auch die amtliche Begründung klarstellt (vgl. BT-Drucks. 12/4401, S. 92; siehe auch *Commandeur*, Mißbrauch von Sozialleistungen, Diss. iur. Köln, 1994, S. 105 ff.). Mit Inkrafttreten des SGB III trat an die Stelle des § 150a AFG die Vorschrift des § 304 SGB III in der Fassung des AFRG vom 24.3. 1997 (BGBl. I 1997, S. 594, 662; dazu *Riegel*, Schwarzarbeit aus öffentlich-rechtlicher Sicht, 2003, S. 99 f.). Die zunächst parallel bestehende und mehrfach geänderte Prüfungsbestimmung des § 107 SGB IV a.F. (dazu *Commandeur*, oben, S. 109) wurde später gestrichen (Art. 1 Nr. 23 des Gesetzes vom 19.12. 2007, BGBl. I 2007, S. 3024, 3028) und zunächst in § 18h SGB IV in der Fassung des Gesetzes vom 19.12. 2007 (BGBl. I 2007, S. 3024, dazu BT-Drucks. 16/6540, S. 23) überführt. Die dort geregelten Prüfungsbestimmungen wurden sodann gestrichen (Art. 1 Nr. 2 Buchstabe b des Gesetzes vom 21.12. 2008, BGBl. I 2008, S. 2933), weil sie aufgrund der umfassenden (und ausschließlich auf die Zollbehörden konzentrierten) Außenprüfungsbestimmungen des SchwarzArbG überflüssig geworden waren (die amtliche Begründung äußert sich allerdings nicht explizit dazu, dass hier eine unnötig gewordene Doppelung von Prüfungsbestimmungen beseitigt wurde, vgl. BT-Drucks. 16/10488, S. 15). – Dass für „Außenprüfungen“ nur noch die Zollverwaltung zuständig ist, betont die amtliche Begründung zu § 304 SGB III in der

Das Prüfverfahren des AEntG wird in gesetzestechnisch unübersichtlicher Weise geregelt, denn das AEntG verweist auf zahlreiche Vorschriften des SchwarzArbG²⁶, die zum Teil mit ergänzenden Maßgaben für entsprechend anwendbar erklärt werden²⁷. Diese Regelungstechnik ist insoweit konsequent, als das SchwarzArbG das zentrale Fachgesetz für die Tätigkeit des Zolls in Arbeitsmarktfragen ist²⁸.

Für den betroffenen Arbeitgeber lässt sich der Inhalt der Prüfbefugnisse durch Lektüre des AEntG nicht einmal ansatzweise erkennen. Schon die erste Verweisung in § 17 Satz 1 AEntG (beziehungsweise § 11 Satz 1 MiArbG), nämlich jene auf § 2 SchwarzArbG, wirft Fragen auf. § 2 SchwarzArbG definiert in erster Linie (nämlich in Abs. 1) die Prüfaufgaben der Zollverwaltung im Rahmen der Schwarzarbeitskontrolle. Unter anderem darf über die Einhaltung der Meldepflicht nach § 28a SGB IV mittelbar die korrekte Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge geprüft werden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SchwarzArbG)²⁹, außerdem, ob Ausländer zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen beschäftigt werden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchstabe a SchwarzArbG; insoweit geht es also um arbeitsmarktbezogene Vorgaben des Aufenthaltsrechts)³⁰. Darf all dies nun auch im Rahmen einer Mindestlohn-Prüfung nach dem AEntG kontrolliert werden? Abwegig ist diese Frage nicht, weil es, seitdem der Zoll im Feld tätig ist, Streit über die Reichweite seiner Aufgaben und Befugnisse gibt und der Zoll dazu neigt, Aufgaben und Befugnisse tendenziell weit zu verstehen³¹. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 Schwarz-

Fassung des „Hartz III“-Gesetzes vom 23.12. 2003 (BGBl. I 2003, S. 2848), BT-Drucks. 15/1515, S. 99.

26 Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz – SchwarzArbG) vom 23.7. 2004, BGBl. I 2004, S. 1842, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 22.4. 2009, BGBl. I 2009, S. 818.

27 Vgl. § 17 Satz 1 AEntG; § 12 Satz 1 MiArbG.

28 Das erinnert an die auch im deutschen Recht kurzzeitig bestehende „Arbeitsmarktinspektion“ (AMI), als die die frühere Bundesanstalt für Arbeit (BA) firmierte, wenn sie als Bußgeldbehörde auftrat, vgl. § 405 SGB III in der Fassung des Gesetzes zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23.7. 2002 (BGBl. I 2002, S. 2787; dazu BT-Drucks. 14/8221, S. 14), der am 1.8. 2002 in Kraft und am 1.8. 2004 außer Kraft getreten ist (vgl. den neugefassten § 405 SGB III in der Fassung des Gesetzes zur Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und damit zusammenhängender Steuerhinterziehung vom 23.7. 2004 [Fn. 26]); hierzu auch BVerfG 21.6. 2006 – 2 BvL 3/06 und andere, NVwZ-RR 2006, 667 Rn. 12; siehe nunmehr nur noch die auf die AMI bezogene Personalüberleitungsnorm des § 436 SGB III.

29 Dazu *Berwanger*, in: Fehn (Fn. 20), § 2 Rn. 5 f.

30 Hierzu *Berwanger*, in: Fehn (Fn. 20), § 2 Rn. 19.

31 Beispielhaft für die Debatten über die Zuständigkeit der FKS für die Verfolgung von Steuerstraftaten (insbesondere die Lohnsteuerhinterziehung) *Mössmer/*

ArbG nennt als eine Aufgabe auch die Kontrolle des AEntG, was bedeuten würde, dass die Verweisung des § 17 Satz 1 AEntG zum Teil selbstbezüglich wäre; das AEntG würde auf sich selbst verweisen. Das spricht dafür, dass das AEntG gerade auf die anderen in § 2 SchwarzArbG genannten Aufgaben verweisen wollte. Daher dürfte sich die Prüfung der Einhaltung des Mindestlohns zugleich unter anderem auch auf die korrekte Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge erstrecken³².

Eine Prüfung nach dem AEntG darf grundsätzlich nur durchgeführt werden – so jedenfalls die Regelannahme des Gesetzes –, wenn zuvor eine schriftliche Prüfungsanordnung erlassen wurde³³. Das AEntG verweist auf das SchwarzArbG, dieses (in § 22) auf die Abgabenordnung (AO)³⁴ und (in § 23 SchwarzArbG) auf die Finanzgerichtsordnung (FGO), so dass die Rechtmäßigkeit des Verhaltens der Zollbehörden, namentlich einer Prüfungsanordnung, von den Finanzgerichten kontrolliert wird³⁵. Eine Prüfungsanordnung darf nur unterbleiben, wenn anderenfalls die Erreichung des

Moosburger, Gesetzliche oder gefühlte Ermittlungskompetenz der FKS-Dienststellen in Steuerstrafsachen?, *wistra* 2007, 55 ff. sowie *Buse*, AO-Steuerberater 2007, 80 ff. einerseits, *Fehn*, Zu den Ermittlungsbefugnissen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, *Kriminalistik* 2007, 113, 114 f.; *ders.*, Gesetzliche, nicht gefühlte Ermittlungskompetenz der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, zugleich eine Erwiderung auf Mössmer/Moosburger, *wistra* 2007, 55 ff., *Kriminalistik* 2008, 444 ff. (Überschrift: „Gesetzliche, nicht gefühlte Ermittlungskompetenz der Finanzkontrolle Schwarzarbeit“) andererseits. – Ein weiteres Beispiel für die Ausweitungstendenz im Umgang mit Kompetenzen ist die These, es bestehe eine in der StPO zwar nicht ausdrücklich gewährte, aber ungeschriebene Annexkompetenz zur Durchsuchung des Verdächtigen und der von ihm mitgeführten Sachen im Rahmen der Identitätsfeststellung oder der vorläufigen Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) aus Gründen der Eigensicherung, *Fehn*, *Kriminalistik* 2007, 113, 116 f.

32 Strittig diskutiert wird die bei eventuell beitragsrechtlichen Unregelmäßigkeiten in der Sache häufig nahe liegende Zuständigkeit der FKS für die strafrechtliche Verfolgung der Beitragsvorenthaltung (§ 266a StGB) oder des Sozialabgabenbetrugs (§ 263 StGB): zulässig nach *Möller*, Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung – Bund und Länder ziehen gemeinsam an einem Strang, *Die Steuer-Warte* 2006, 215, 217 wegen des unmittelbaren Zusammenhangs zur Aufgabe des § 2 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG; ebenso *Fehn*, *Kriminalistik* 2007, 113, 116; ablehnend *Büttner*, Unzulässige Ermittlungen der Zolldienststellen „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ in den Fällen des Sozialabgabenbetruges, *wistra* 2006, 251 ff.; so im Ergebnis auch *Mössmer/Moosburger*, *wistra* 2007, 55, 57.

33 § 22 SchwarzArbG in Verbindung mit § 196 AO; hierzu *Berwanger*, in: *Fehn* (Fn. 20), § 2 Rn. 2; *Fehn*, AO-Regeln für die Finanzkontrolle Schwarzarbeit, AO-Steuerberater 2006, 181, 182; *ders.*, in: *Fehn* (Fn. 20), §§ 22, 23 Rn. 7 ff.

34 *Fehn*, AO-StB 2006, 181, 183; *ders.*, in: *Fehn* (Fn. 20), §§ 22, 23 Rn. 1 ff.

35 *Fehn*, in: *Fehn* (Fn. 20), §§ 22, 23 Rn. 16.

Prüfzwecks gefährdet wäre³⁶. Die juristische Literatur zum SchwarzArbG, die fast ausnahmslos von Bediensteten des Zolls verfasst wird, geht davon aus, dass dies regelmäßig der Fall sei; man müsse davon ausgehen, dass in diesem Feld manipuliert werde³⁷. Der Schutzmechanismus der Prüfungsanordnung wird damit unterlaufen, was allerdings der strikt ordnungsrechtlichen Sichtweise gerecht wird, die den Arbeitgeber für einen latenten Störer hält, der die maßgeblichen Rechtsnormen nicht verlässlich beachtet. Ob man derart pauschal die Prüfungsanordnung für den Bereich der Mindestlöhne als irrelevant ansehen darf, ist zweifelhaft. Zumindest muss sich die Zollverwaltung, wenn sie auf eine Prüfungsanordnung verzichtet, in dem dazu zu verfassenden internen Vermerk darlegen, aufgrund welcher Tatsachen und Erfahrungssätze im konkreten Fall von einer Prüfungsanordnung abgesehen werden durfte.

Der Verweis auf § 2 SchwarzArbG ist, von der Aufgabendefinition abgesehen, auch deshalb bedeutsam, weil er (in Abs. 2) die Behörden benennt, die die Zollbehörden bei der Prüfung unterstützen. Dies sind unter anderem die sonstigen Finanzbehörden, die Bundesagentur für Arbeit, weitere Träger der sozialen Sicherheit, namentlich Sozialversicherungsträger³⁸, das Bundesamt für Güterverkehr³⁹, die Bundesnetzagentur⁴⁰, die Arbeitsschutz- und die

36 § 22 SchwarzArbG in Verbindung mit § 197 Abs. 1 Satz 1 AO; dazu *Fehn*, in: *Fehn* (Fn. 20), §§ 22, 23 Rn. 10; Muster einer Prüfungsanordnung bei *Fehn*, Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS), 2006, Rn. 256. Folgerichtig gibt es keinen Anspruch auf Vorankündigung der Prüfung, BayObLG 22.5. 2002 – 3 ObOWi 22/2002, 3 ObOWi 22/02, NSTZ-RR 2002, 252 (zur Prüfung nach § 304 SGB III a.F.).

37 *Fehn*, in: *Fehn* (Fn. 20), §§ 22, 23 Rn. 10: „was regelmäßig der Fall sein dürfte“; großzügig auch (mit Blick auf die Prüfungen nach § 107 SGB IV a.F.) *Jansen/Meuwsen*, Bekämpfung illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit – Zusammenarbeit der Finanzverwaltung und der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, Die SteuerWarte 2005, 67, 72: „grundsätzlich ohne vorherige Unterrichtung der Arbeitgeber beziehungsweise Arbeitnehmer (zulässig)“; *Möller*, Bekämpfung der Schwarzarbeit, StBp 2006, 173, 176 a.E.: vorherige Ankündigung könne „zweckdienlich“ sein (mit Blick auf § 107 SGB IV a.F.). – Zu offenbar vereinzelt gebliebenen Versuchen der sozialgerichtlichen Rechtsprechung, unangemeldete Außenprüfungen gemäß § 304 SGB III a.F. nicht ohne Anlass, sondern nur bei konkreten Anhaltspunkten für einen Normverstoß (Verdacht) oder bei zumindest aufgrund allgemeiner Erfahrung gegebener Möglichkeit des Normverstößes zu gestatten, siehe oben die Nachweise in Fn. 23.

38 Zur Zusammenarbeit aus Sicht der Rentenversicherungsträger *Niederreiter*, Zusammenarbeit der Rentenversicherungsträger mit der „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“, Informationen der Regionalträger der Deutschen Rentenversicherung in Bayern, 2006, 295 ff.

39 Eingefügt durch Art. 6 Abs. 7 Nr. 2 Buchstabe b des Gesetzes vom 19.8. 2007, BGBl. I 2007, S. 1970, dazu BT-Drucks. 16/5065, S. 233, wo unter anderem auf die Prüfbefugnisse nach § 12 GüKG verwiesen wird.

Polizeivollzugsbehörden der Länder, diese allerdings nur auf Ersuchen im Einzelfall⁴¹. Diese Vorschrift über die Behördenkooperation verdeutlicht, welche weiteren Rechtsprobleme sich hinter jedem vermeintlichen Verstoß gegen Mindestlohnpflichten verbergen können⁴².

Die Prüfung darf mittels zahlreicher Prüfhandlungen vollzogen werden⁴³. Zulässig ist das Betreten (allerdings nicht das Durchsuchen, also das zielgerichtete Suchen nach Gegenständen) von Grundstücken und Geschäftsräumen des Arbeitgebers während der Arbeitszeit⁴⁴, die Befragung aller „dort tätigen Personen“⁴⁵ und die Aufnahme ihrer Personalien⁴⁶. Privatwohnungen dürfen nicht betreten werden, was insbesondere bei der Kontrolle des Pflegemindestlohns⁴⁷ zu beachten ist. Allerdings können Nicht-Arbeitgeber, etwa pflegebedürftige Menschen, in die Betretung ihrer Wohnungen einwilligen, was im Hinblick auf die möglicherweise nicht gegebene Einwilligungsfähigkeit mancher pflegebedürftiger (etwa schwer demenzkranker) Menschen problematisch ist; der Nachweis dafür, dass es

40 Der entsprechende § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2a SchwarzArbG wurde durch Art. 2 Nr. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 21.12. 2008 (Fn. 25) mit Wirkung ab 1.1. 2009 eingefügt; in der amtlichen Begründung wird auf die unter anderem der Bundesnetzagentur (BNetzA) „obliegenden hoheitlichen Aufgaben, insbesondere die Berücksichtigung sozialer Belange als Ziel der Regulierung des Postwesens durch die BNetzA (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG)“ (BT-Drucks. 16/10488, S. 16) verwiesen. Siehe auch § 6 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 sowie § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG zu den „wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind“. Beachte hierzu auch die Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28.12. 2007 (Bundesanzeiger Nr. 242, 2007, S. 8410, sogenannte Postmindestlohnverordnung), die für rechtswidrig erklärt wurde und nichtig ist (VG Berlin 7.3. 2008 – 4 A 439.07, NVwZ 2008, 804; OVG Berlin-Brandenburg 18.12. 2008 – OVG 1 B 13.08, ZTR 2009, 207; BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09, NVwZ 2010, 1300). – Siehe auch die gegenüber der BNetzA bestehende Auskunftspflicht über laufende oder abgeschlossene Entgelte gemäß § 14c Abs. 3 Satz 2 AEG.

41 § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 10 SchwarzArbG, dazu *Berwanger*, in: Fehn (Fn. 20), § 2 Rn. 35 (S. 73 a.E.).

42 Näher *Berwanger*, in: Fehn (Fn. 20), § 3 Rn. 35.

43 Im Einzelnen §§ 2a, 3-5 SchwarzArbG.

44 § 3 Abs. 1 SchwarzArbG; zu sogenannten Begleiteingriffen des Betretens *Fehn*, FKS (Fn. 36), Rn. 56; zur fehlenden Befugnis, bei einer Prüfung eine Durchsuchung durchzuführen, *ders.*, ebenda, Rn. 74; siehe auch *Böse* (Fn. 1), S. 243 ff. (zur sogenannten behördlichen Nachschau), S. 250 ff., 255 ff. (zur Durchsuchung).

45 § 3 Abs. 1 SchwarzArbG.

46 § 3 Abs. 3 SchwarzArbG.

47 Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (Pflegearbeitsbedingungenverordnung – PflegeArbbV) vom 15.7. 2010, Bundesanzeiger Nr. 110, 2010, S. 2571; zu praktischen Grenzen der Kontrolle des Pflegemindestlohns siehe auch den Bericht in der SZ vom 9.12. 2010, S. 17.

an einem Grundrechtseingriff fehlt, obliegt dem Zoll⁴⁸. Geschäftsunterlagen einschließlich der Arbeitsverträge und der Niederschriften nach dem Nachweisgesetz dürfen eingesehen werden beziehungsweise sind vorzulegen⁴⁹. Elektronisch gespeicherte Daten sind zur Verfügung zu stellen⁵⁰. Beförderungsmittel (vom PKW bis zum Flugzeug) dürfen angehalten und betreten werden⁵¹. All dies korrespondiert mit umfänglichen Duldungs- und Mitwirkungspflichten⁵². Flankiert wird das Ganze durch Pflichten für Bedienstete in bestimmten „schwarzarbeitsgeneigten“ Branchen sowie „ohne jede Differenzierung“⁵³ für alle Ausländer, Ausweis- und Aufenthaltspapiere mitzuführen und vorzulegen⁵⁴. Verstöße gegen diese verwaltungsrechtlichen Pflichten sind durchweg bußgeldbewehrt⁵⁵.

2. Bußgeldverfahren

a) Bußgelder als finanziell relevante Sanktionen

Die Zollverwaltung ist nicht nur zuständige Prüfbehörde, sondern zugleich auch Bußgeldbehörde⁵⁶. Das Bußgeldrecht, historisch aus dem Polizei- beziehungsweise Verwaltungsstrafrecht hervorgegangen⁵⁷, ist gleichsam die gesetzgeberische Standardmaßnahme zur Durchsetzung verwaltungsrechtlicher Pflichten auf der Sanktionsebene⁵⁸. Wird der Mindestlohn vorsätzlich oder fahrlässig nicht gewährt, also eine wirksame Mindestlohnpflicht nicht

48 Zur Einwilligung und ihrem Nachweis *Fehn*, FSK (Fn. 36), Rn. 50.

49 § 17 Satz 1 Nr. 1 AEntG (beziehungsweise § 12 Satz 1 Nr. 1 MiArbG) in Verbindung mit § 4 und § 5 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG.

50 § 5 Abs. 3 SchwarzArbG.

51 Dazu BT-Drucks. 15/2573, S. 22 unter Verweis unter anderem auf § 10 ZVG, der als Vorbild gedient hat; zum weiten Verständnis von „Beförderungsmittel“ (unter anderem auch Flugzeuge); *Wamers*, in: *Fehn* (Fn. 20), § 3 Rn. 33; *Fehn*, FKS (Fn. 36), Rn. 71.

52 Insbesondere § 5 Abs. 2 und 3 SchwarzArbG.

53 *Wamers*, in: *Fehn* (Fn. 20), § 5 Rn. 12.

54 § 5 Abs. 1 Satz 4 SchwarzArbG. Diese Vorlagepflicht ist – anders als die Vorlagepflicht des § 2a SchwarzArbG – gerade nicht branchenspezifisch, sondern adressatenspezifisch, das heißt, sie knüpft an die Ausländereigenschaft als solche an und damit an die vom Gesetzgeber offenbar generell unterstellte Annahme (vgl. BT-Drucks. 15/2573, S. 23), dass Ausländern die abstrakte Gefahr, dass sie Schwarzarbeit verrichten, zugerechnet werden kann. Unter verfassungs- sowie EU-rechtlichen Gleichheits- beziehungsweise Antidiskriminierungsaspekten ist dies nicht unproblematisch.

55 § 23 Abs. 1 Nr. 2-9 AEntG beziehungsweise § 18 Nr. 2-9 MiArbG.

56 § 23 in Verbindung mit § 16 AEntG beziehungsweise § 18 Abs. 4 in Verbindung mit § 11 MiArbG; zu dieser Doppelfunktion *Böse* (Fn. 1), S. 497 ff.

57 Vgl. BVerfGE 23, 113 (123 f.)

58 Näher *Waldhoff*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Fn. 2), § 46 Rn. 192 ff.

erfüllt, so wird eine Ordnungswidrigkeit verwirklicht, die in jedem Fall des Verstoßes mit einem Bußgeld von bis zu 500.000 € geahndet werden kann⁵⁹, bei Fahrlässigkeit bis zu 250.000 € (§ 17 Abs. 2 OWiG)⁶⁰. Gleiches gilt, wenn ein Subunternehmer eingesetzt wird, von dem der Unternehmer möglicherweise nur fahrlässig nicht weiß, dass er den Mindestlohn nicht zahlt⁶¹. Auch wenn die Bemessung des Bußgelds im Einzelfall selten dazu führen wird, dass der enorm weite Bußgeldrahmen ausgeschöpft wird⁶², so zeigt dieser doch, dass es sich aus Sicht des Gesetzgebers nicht um Bagatellen handelt. Es geht also nicht – wie man denken könnte, wenn man das Wort Bußgeld hört – um Banalitäten nach Art derer, die im Straßenverkehr mit einem Verwarnungsgeld belegt werden⁶³, eher schon um Vorfälle, die der Gesetzgeber wertungsmäßig auf einer Ebene mit den tendenziell ebenfalls hohen Geldbußen im Kartellrecht ansiedelt⁶⁴. Im Übrigen ist zu beachten, dass im Bußgeldverfahren nach den Regeln der StPO ermittelt wird, die entsprechend Anwendung finden (vgl. § 46 Abs. 1 OWiG). Die Beamten der Zollverwaltung fungieren insoweit als Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft, haben also wie Polizeibeamte die in der StPO vorgeschriebenen Befugnisse⁶⁵.

b) Was ist fahrlässig? Sorgfaltsstandards und Verbotsirrtümer

Was den Bußgeldtatbestand des § 23 AEntG aus Sicht des Arbeitgebers so misslich macht, ist vor allem die Erstreckung der Haftung auf fahrlässiges Verhalten⁶⁶. Angesichts der Unübersichtlichkeit beziehungsweise Unbestimmtheit der Normen des Mindestlohnrechts verlagert der Gesetzgeber die Aufgabe, die er selbst nicht gut erledigt hat oder nicht erledigen wollte – aus Unbestimmtheit Bestimmtheit zu machen – auf die Normadressaten⁶⁷.

⁵⁹ § 23 Abs. 3 AEntG.

⁶⁰ Rzepka, in: Ignor/Rixen (Hrsg.), Handbuch Arbeitsstrafrecht. Personalverantwortung als Strafbarkeitsrisiko, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 80 am Ende (S. 496); Sättele, ebenda, § 15 Rn. 3 (S. 783).

⁶¹ Rzepka, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 7 Rn. 13, insbesondere 80 ff. (zu § 5 Abs. 2 AEntG a.F., der § 23 Abs. 2 AEntG n.F. entspricht); siehe hierzu auch die überaus hilfreichen „Checklisten Nachunternehmereinsatz“, herausgegeben vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Oktober 2010.

⁶² Näher zu den Kriterien der Bußgeldbemessung Sättele, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 15 Rn. 6 ff.

⁶³ Verwarnungsgeld von 5 bis 35 €, § 56 Abs. 1 Satz 1 OWiG.

⁶⁴ Vgl. § 81 Abs. 4 GWB.

⁶⁵ § 14 SchwarzArbG in Verbindung mit § 17 Satz 1 AEntG.

⁶⁶ Zum Folgenden Rzepka, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 7 Rn. 86 ff.

⁶⁷ Generell zur Unbestimmtheit der Verhaltensnormen im vorliegenden Regelungsfeld Ignor/Rixen, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 1 Rn. 28 ff.

Dabei hilft ihm die höchstrichterliche Rechtsprechung⁶⁸. Denn ein Verbotsirrtum – also ein Irrtum über die Rechtslage – gilt nur dann als unvermeidbar, wenn verlässlicher Rechtsrat zumutbarerweise nicht eingeholt werden kann⁶⁹. Die Rechtsprechung hat einen unvermeidbaren Verbotsirrtum in seltenen Einzelfällen angenommen, allerdings nur bei sehr kleinen Unternehmen, bei denen nach ihrem Geschäftszuschnitt die Einholung professionellen Rechtsrats wenig realistisch erscheint (etwa bei Unternehmen mit deutlich weniger als zehn Arbeitnehmern)⁷⁰. Bei allen anderen Unternehmen wird letztlich unterstellt, dass Rechtsrat eingeholt und bezahlt werden kann. Eine solche Sichtweise stellt sich nicht nur als große Subventionsmaßnahme für die rechtsberatenden Berufe dar. Mit diesem Konstrukt schafft sich das Recht allumfassend informierte Arbeitgeber, die einer Haftung kaum entgehen können.

c) Beispiel: Einsatz von Nachunternehmern

Nun ließe sich diese Lage, zumindest teilweise, in der Praxis etwas abmildern, wenn die Zollbehörden die amtliche Begründung des Gesetzgebers zum AEntG ernst nähmen⁷¹. Die bloße gedankliche Möglichkeit, dass ein beauftragter Unternehmer oder dessen Nach- beziehungsweise Subunternehmer gegen Mindestlohnpflichten verstößt, reicht nämlich für den Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht aus. Vielmehr gilt (so der Gesetzgeber): „Beim Abschluß des Vertrages wird der Hauptunternehmer seiner Sorgfaltspflicht regelmäßig dann nachkommen, wenn er sich von seinem Vertragspartner hat schriftlich zusichern lassen, daß dieser die Arbeitsbedingungen ... einhält und dies auch von eventuellen Nachunternehmen verlangen wird“⁷². Nach ausdrücklicher Einschätzung des Gesetzgebers reicht also grundsätzlich („regelmäßig“) allein dies. Die gegenteilige Behauptung, genau dies reiche nicht aus, die gelegentlich aus Ermittlerkreisen zu hören ist⁷³, widerspricht

68 Beispielhaft zur faktischen Irrelevanz des Irrtumsarguments BGH 7.10. 2009 – 1 StR 478/03, NStZ 2010, 337, 337 f.

69 Näher *Rzepka*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 7 Rn. 139 ff., 142 ff.; außerdem *Ignor/Rixen*, ebenda, § 2 Rn. 46 ff.

70 In dem vom BayObLG 13.10. 1999 – 3 ObOWi 88/99, NStZ 2000, 148 entschiedenen Fall hatte der Betrieb zur Tatzeit sechs Arbeitnehmer, hierzu *Rzepka*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 7 Rn. 142 ff.; OLG Brandenburg 3.4. 2003 – 2 Ss (OWi) 158B/02, juris, Rn. 5, ist selbst bei kleineren Unternehmen tendenziell strenger, dazu *Rezpka*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 7 Rn. 144 am Ende (S. 534 f.).

71 Vgl. BT-Drucks. 13/8994, S. 72 (zu § 5 Abs. 2 AEntG a.F., der § 23 Abs. 2 AEntG n.F. entspricht, so BT-Drucks. 16/10486, S. 15 [zu § 19 des Entwurfs = § 23 AEntG n.F.]); zum Folgenden auch *Rzepka*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 7 Rn. 87 f.

72 BT-Drucks. 13/8994, S. 72.

73 So beispielsweise ein Polizeidirektor des LKA Berlin laut FAZ vom 22.2. 2001, Berlin-Teil, S. 2: „Es reiche nicht aus, dass die Subunternehmer lediglich eine ent-

dem klaren Willen des Gesetzgebers. Höhere Sorgfaltsanforderungen gelten nur ausnahmsweise, nämlich dann – so die amtliche Begründung weiter –, wenn bei oder nach Vertragsschluss zwischen Hauptunternehmer und Subunternehmer objektive Anhaltspunkte für Verstöße des Vertragspartners oder der von diesem eingesetzten Nachunternehmen auftreten⁷⁴. „Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Kontrollmöglichkeiten des Hauptunternehmers in bezug auf das Nachunternehmen und dessen Subunternehmen aus rechtlichen wie aus Wettbewerbsgesichtspunkten begrenzt sind und sich der organisatorische und bürokratische Mehraufwand der Unternehmen in vertretbaren Grenzen halten muß. Der Hauptunternehmer wird aber seinen Vertragspartner auffordern müssen, daß dieser den bestehenden Verdacht ausräumt und die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nachweist.“⁷⁵

Ein solcher Anhaltspunkt wird meist ein auffallend niedriges Angebot sein⁷⁶. Der Hauptunternehmer muss den Nachunternehmer dann auffordern zu erläutern, wieso das Angebot derart lukrativ ausfällt. Allerdings darf man von dem Nachunternehmer aufgrund der rechtlichen und faktischen Grenzen, denen „Ausforschungen“ bei anderen Unternehmen unterliegen, keine allzu detaillierten Angaben verlangen. Es muss nur klar werden, dass es in der Kalkulation Posten gibt, bei denen man billiger ist als die Konkurrenz und dass diese Posten nicht auf unzulässiges Einsparen beim Mindestlohn zurückzuführen sind. Weitere Anhaltspunkte können Berichte in der Medienöffentlichkeit über Ermittlungen gegen ein Unternehmen sein; auch dann ist um Aufklärung zu bitten. Unterbleibt eine Erklärung oder steht ihr für jeden in der jeweiligen Mindestlohn-Branche Kundigen gleichsam „auf die Stirn geschrieben“, dass sie unplausibel ist, und kommt es doch zur Beauftragung, dann liegt darin ein subjektiv vorwerfbarer Sorgfaltspflichtverstoß. Ist die Erklärung des Nachunternehmers hingegen nicht völlig unplausibel, also aus unternehmerischer Sicht nicht schlechthin unvertretbar, dann ist die Beauftragung nicht fahrlässig. Die genaue Prüfung der Arbeitsbedingungen ist nicht die Sache des Unternehmers, sondern der Zollbehörden. Wie gesagt: So könnte man das Gesetz ganz im Sinne des Gesetzgebers auslegen, aber gegen behördlichen Ermittlungseifer hat es die gesetzgeberische Regelungsabsicht nicht leicht.

sprechende Erklärung zu unterschreiben hätten, mit der sich der Generalunternehmer dann zufriedengebe.“

74 BT-Drucks. 13/8994, S. 72; dazu *Rzepka*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 7 Rn. 87 (S. 500).

75 BT-Drucks. 13/8994, S. 72.

76 *Rzepka*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 7 Rn. 88.

3. Vergabesperre

Als dritte spezifische Sanktion kennt das AEntG den Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 21 AEntG [= § 6 AEntG a.F.])⁷⁷. Eine solche Auftrags- beziehungsweise Vergabesperre bedeutet in bestimmten Branchen, in denen die öffentliche Hand ein starker Nachfrager ist (wie etwa im Bauwesen), dass das betroffene Unternehmen praktisch ganz oder doch teilweise vom Markt genommen wird, also in eine mitunter existenzbedrohende Situation gelangt. Genau dies ist aus Gründen der Abschreckung gewollt.

Ein Bewerber um einen öffentlichen Auftrag, der wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 23 AEntG mit einer Geldbuße von wenigstens 2.500 € belegt worden ist, soll – also: verwaltungsrechtlichem Sprachgebrauch entsprechend⁷⁸ – *muss* im Regelfall bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung der Zuverlässigkeit von einer Auftragsvergabe ausgeschlossen werden. Das gilt auch schon vor Durchführung eines Bußgeldverfahrens, wenn im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung (Bußgeld ab 2.500 €) besteht (§ 21 Abs. 1 Satz 2 AEntG). Angesichts der niedrigen Schwelle von 2.500 € Geldbuße ist das Risiko einer Vergabesperre aus Sicht eines Unternehmens, das sich dem Vorwurf eines möglicherweise nur fahrlässigen Verstoßes gegen Mindestlohnbestimmungen ausgesetzt sieht, extrem hoch einzuschätzen. Bereits bei der Verteidigung im Bußgeldverfahren muss diese Folgesanktion bedacht werden⁷⁹.

Außerdem stellt sich die Frage, welche Bußgelder, die grundsätzlich nur gegen natürliche Personen verhängt werden, sich das Unternehmen zurechnen lassen muss: nur solche gegen (aufsichtspflichtige, vgl. § 130 OWiG) Geschäftsführer beziehungsweise Vorstände oder auch Bußgelder gegen Mitarbeiter der mittleren oder gar der unteren Ebenen⁸⁰? Oder gilt als Geldbuße

77 Hierzu – jeweils mit weiteren Nachweisen – *Pananis*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 6 Rn. 47 ff.; außerdem *Rixen*, in: Ignor/Rixen (Hrsg.), Handbuch Arbeitsstrafrecht, 1. Aufl. 2002, Rn. 1074 ff.; siehe auch § 21 SchwarzArbG.

78 Siehe statt aller *Kopp/Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Aufl. 2009, § 114 Rn. 21; ausführlich *Wolff*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl. 2010, § 114 Rn. 138 ff.

79 Zur Relevanz solcher „Schattenwirkungen“ (vgl. *Salditt*, Schattenwirkungen des Strafverfahrens, StraFo 1996, 71 ff.; *Ignor/Rixen*, in: Ignor/Rixen [Fn. 60], § 1 Rn. 5) des Bußgeldverfahrens *Sättele*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 15 Rn. 42 (zur Vergabesperre als Aspekt der Bußgeldbemessung).

80 Entsprechend § 9 Abs. 1 OWiG, § 14 Abs. 1 StGB, dazu *Venn*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 11 Rn. 1 ff. – Das Berliner KRG, das zur Ermöglichung von Vergabesperren ein spezielles Landesregister schafft, in das auch Ordnungswidrigkeiten nach dem AEntG aufgenommen wurden, regelt die Zurechnung nunmehr ausdrücklich in § 5 Abs. 1 Satz 2 KRG n.F., vgl. Art. I Nr. 2 des Ersten Gesetzes zur

nur eine solche nach § 30 OWiG, die gegen das Unternehmen als solches – als „Unternehmensstrafe light“ – verhängt wurde⁸¹? Lässt sich die Vergabesperre vielleicht umgehen, indem mit den Zollbehörden ein sogenannter Verfall nach § 29a OWiG „ausgedeutet“ wird, der formal nicht als Geldbuße gilt⁸²? Und was bedeutet „angemessene Zeit“ des Ausschlusses von der Auftragsvergabe und nach welchen Kriterien wird sie bemessen⁸³? Was muss ein Unternehmen leisten, um die „Zuverlässigkeit“⁸⁴ wiederherzustellen und wie wirkt sich das auf die Dauer der Vergabesperre aus? All diese Fragen müssen mit jedem einzelnen öffentlichen Auftraggeber geklärt werden, denn entsprechende Bußgeldverstöße werden im Gewerbezentralregister⁸⁵ gespeichert und können von allen öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 98 Nr. 1-3, 5 GWB⁸⁶ abgerufen werden⁸⁷.

Schließlich stellt sich die Frage nach der Rechtsnatur der Vergabesperre. Eigentlich spräche alles für einen Verwaltungsakt, jedenfalls dann, wenn der

Änderung des Korruptionsregistergesetzes vom 1.12. 2010 (GVBl. Berlin 2010, S. 535): „Angaben zu dem von dem Rechtsverstoß betroffenen Unternehmen sind nur dann mitzuteilen, wenn eine für die Führung der Geschäfte verantwortliche Person selbst gehandelt hat oder ein Aufsichts- oder Organisationsverschulden dieser Person im Sinne des § 130 Absatz 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ... vorliegt.“

81 Dazu *Sättele*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 15 Rn. 30 ff.

82 *Sättele*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 15 Rn. 47 ff.

83 Dazu *Rixen*, in: Ignor/Rixen, 1. Aufl. (Fn. 77), Rn. 1093 ff.; siehe außerdem die Unterrichtung der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/7199, S. 3; ferner die amtliche Begründung zur Vergabesperren-Regelung des § 5 des früheren Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (eingefügt durch Gesetz vom 26.7. 1994, BGBl. I 1994, S. 1782), BT-Drucks. 12/7563, S. 10 f.

84 *Rixen*, in: Ignor/Rixen, 1. Aufl. (Fn. 77), Rn. 1079 ff.; Beispiel aus der neueren Rechtsprechung: KG Berlin 13.3. 2008 – 2 Verg 18/07, NZBau 2008, 466, 469 f.

85 Eingetragen werden insbesondere gewerbebezogen begangene rechtskräftige Bußgeldentscheidungen von mehr 200 € (§ 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GewO).

86 Ausgenommen sind die Unternehmen gemäß § 98 Nr. 4 GWB. Insofern folgt das AEntG (worauf die amtliche Begründung hinweist, BT-Drucks. 16/10486, S. 14 f.) dem früheren § 6 AEntG (a.F.) in der Fassung des Gesetzes vom 7.9. 2007 (BGBl. I 2007, S. 2246). Der Ausschluss von § 98 Nr. 4 GWB wird allerdings nicht begründet (vgl. BT-Drucks. 16/5522, S. 46 [zu Art. 21a]). Offenbar sind die mit der Erfüllung bestimmter Aufgaben befassten privaten Unternehmen des § 98 Nr. 4 GWB aus Sicht des Gesetzgebers nicht mehr deutlich genug dem „klassisch“ staatlichen Beschaffungsbereich zuzuordnen. Das ließe sich allerdings auch mit Blick auf § 98 Nr. 5 GWB sagen; allerdings werden diese Unternehmen mehr als zur Hälfte vom Staat finanziert, was aus Sicht des Gesetzgebers die Zuordnung zum „klassisch“ staatlichen Beschaffungsbereich gestattet.

87 § 21 Abs. 3 AEntG.

öffentliche Auftraggeber Hoheitsträger ist⁸⁸. Die Vergabesperre schließt ein Unternehmen von einem Markt aus, das heißt, auf Zeit wird eine hoheitliche Marktzugangssperre errichtet. Da das Vergaberecht jedoch privatrechtliche Formen nutzt⁸⁹, wird die Zuordnung der Vergabesperre zum öffentlichen Recht überwiegend verneint⁹⁰. Deshalb wird angenommen, dass die Vergabesperre vor den ordentlichen Gerichten angegriffen werden müsse, im Rahmen eines Vergabeverfahrens nach §§ 97 ff. GWB allerdings nur vor den Vergabekammern (§§ 107 ff. GWB) und sodann vor den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte (§§ 116 ff. GWB)⁹¹. Das dürfte zumindest in der Regel schneller zu einer Entscheidung führen als der Rechtsschutz vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten, denen man wohl nicht zu nahe tritt, wenn man sagt, dass sie den Grundsatz „Gut Ding will Weile haben“ sehr ernst nehmen.

III. Risiken und (Neben-) Wirkungen der staatlichen Durchsetzung des Mindestlohns

Fasst man die wesentlichen Aspekte der staatlichen Durchsetzung des Mindestlohns zusammen – sozusagen die Risiken, Wirkungen und Nebenwirkungen –, dann ist Folgendes festzuhalten:

1. Unbestimmtheit als Programm: konstitutive Unschärfe der Normtexte als Chance zur Ausweitung der Kontrolle

Ein großes Problem des Mindestlohnverwaltungs- und -sanktionsrechts ist die Unschärfe seiner Normtexte⁹². Man führe sich etwa die aktuelle Mindestlohn-Verordnung für das Baugewerbe vor Augen⁹³. Hier ist nicht nur mit

88 Siehe etwa *Hanau*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 2. Aufl. 2001, § 6 AEntG (a.F.) Rn. 1: „der Ausschluß (ist) als Verwaltungsakt einzustufen, zweifelhaft, weil die Auftragsvergabe privatrechtlich erfolgt“; außerdem *Rixen*, in: *Ignor/Rixen*, 1. Aufl. (Fn. 77), Rn. 1098 mit weiteren Nachweisen.

89 BVerwG 2.5. 2007 – 6 B 10/07, BVerwGE 129, 9; siehe auch BVerfG 13.6. 2006 – 1 BvR 1160/03, BVerfGE 116, 135.

90 *Rixen*, in: *Ignor/Rixen*, 1. Aufl. (Fn. 77), Rn. 1099; siehe auch OVG Lüneburg 19.1. 2006 – 7 OA 168/05, NZBau 2006, 396 = ZfBR 2006, 281.

91 *Hädicke*, Grenzen nationaler Normsetzung im öffentlichen Auftragswesen, 2005, S. 138 f.; Beispiel: KG Berlin 13.3. 2008 – 2 Verg 18/07 (Fn. 84), 470, wobei der Ausschluss allerdings nur auf allgemeine vergaberechtliche Vorschriften gestützt wird, nicht auf die Spezialnormen des § 21 AEntG beziehungsweise des § 16 MiArbG.

92 Hierzu *Ignor/Rixen*, NSTZ 2002, 510, 511; *Ignor/Rixen*, in: *Ignor/Rixen* (Fn. 60), § 1 Rn. 20 ff., 28 ff.

93 Siebte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 24.8. 2009 (Bundesanzeiger 2009 Nr. 128, S. 2996).

stetem Blick auf den entsprechenden Mindestlohn-Tarifvertrag⁹⁴ der sehr kleinteilig definierte Geltungsbereich der Mindestlohnpflichten zu bestimmen, überdies muss der Schwerpunkt der Tätigkeit bei den Bauleistungen liegen⁹⁵, und ferner dürfen bestimmte verordnungsrechtlich geregelte Anwendungsausnahmen nicht einschlägig sein⁹⁶. Der Arbeitgeber gerät vor diesem Hintergrund schnell in eine Zwickmühle:

Die aus der Unschärfe der Normtexte resultierende große Grauzone des potenziell Sanktionierbaren drängt den Normadressaten – hier: den Unternehmer als Arbeitgeber – in eine freiheitsgefährdende Entscheidungssituation. Entweder verzichtet er aus Sorge, sich rechtswidrig zu verhalten, auf möglicherweise legale Handlungsoptionen, oder er nimmt in Kauf, wegen Verhaltensweisen, die der Gesetzgeber nicht klar genug als verboten zu kennzeichnen vermochte, gegebenenfalls mit einem Ermittlungsverfahren überzogen zu werden, das für die Stellung am Markt ruinös sein kann, selbst wenn sich am Ende die Unschuld herausstellt. An die Stelle der altliberalen Begrenzungsfunktion des Gesetzeswortlauts tritt eine ermittlungsfreundliche *Entgrenzungsfunktion*, die den einzelnen Unternehmer über die Grenzen seines grundrechtlich geschützten unternehmerischen Handelns ausschließlich auf seine Kosten im Unklaren lässt⁹⁷.

2. Kumulation der Verfolgungs- und Sanktionseffekte

Die Lage des Arbeitgebers wird nicht dadurch erschwert, dass zeitgleich neben den Prüfverfahren auch Bußgeldverfahren betrieben werden dürfen⁹⁸. Das Datenschutzrecht ermöglicht recht großzügig die wechselseitige Verwertbarkeit der Informationen. Mit Datenschutzrecht hat dieses flächen-

94 Rechtsnormen des Tarifvertrages zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TV Mindestlohn) vom 23.5. 2009 = Anlage 1 zur Siebten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe vom 24.8. 2009 (Fn. 93; der Tarifvertrag ist zum Beispiel auch abrufbar unter www.soka-bau.de).

95 § 6 Abs. 2 AEntG in Verbindung mit § 175 Abs. 2 SGB III; hierzu die amtliche Begründung, BT-Drucks. 16/10486, S. 12; zu den Abgrenzungsproblemen (mit Blick auf das AEntG a.F. und ältere Mindestlohn-Verordnungen, aber der Sache nach weiterhin aussagekräftig) siehe auch *Rzepka*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 7 Rn. 22 ff., 26 ff., 30 (zum „Überwiegen“).

96 § 2 der Siebten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Baugewerbe (Fn. 93).

97 *Ignor/Rixen*, NSTZ 2002, 510, 511; ausführlicher zur Unbestimmtheit *dies.*, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 1 Rn. 40 f.

98 Grundlegend hierzu *Böse* (Fn. 1), *passim*; *ders.*, Aufsichtsrechtliche Vorermittlungen in der Grauzone zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, ZStW 119 (2007), 848 ff.

deckende Datenschutzaufhebungsrecht wenig zu tun⁹⁹. Das ist deshalb misslich, weil das behördliche Aufsichts- beziehungsweise Prüfverfahren anlasslos, also ohne einen konkreten Verdacht geführt werden darf¹⁰⁰. Das ist aber Theorie: Wie aus den Reihen des Zolls selbst bestätigt wird, gibt es, wenn es zu einem Prüfverfahren kommt, meistens schon einen Anfangsverdacht¹⁰¹. Im Mindestlohn-Aufsichtsverfahren existiert zwar ein Aussageverweigerungsrecht¹⁰², aber auf dieses Recht muss im Aufsichtsverfahren nicht hingewiesen werden (anders ist dies etwa im Aufsichtsverfahren nach dem WpHG)¹⁰³. Außerdem gibt es kein Vorlageverweigerungsrecht, also kein Recht, die Vorlage belastender Unterlagen zu verweigern (ein solches Recht gibt es, soweit ersichtlich, nur im Aufsichtsverfahren nach dem Arbeitsschutzgesetz)¹⁰⁴. Selbst wenn der Betroffene also schweigt, können die Behörden die von ihm gefertigten Akten, seine Computer-Festplatten oder E-Mails gleichsam an seiner statt reden lassen; das Schweigerecht wird so in der Praxis vielfach leerlaufen¹⁰⁵.

-
- 99 Bezeichnenderweise wird aus Sicht der Zollpraxis angemerkt, die Gesetze ermöglichen einen „schrankenlose(n) Informationsaustausch“, so dass dem Austausch personenbezogener Daten „keine Hemmnisse entgegenstehen“, so – mit Blick auf das SchwarzArbG – *Moosburger*, An einem Strang ziehen – Steuerfahndung und FKS-Dienststellen bekämpfen künftig gemeinsam die Schwarzarbeit, *ZfZ* 2005, 212.
- 100 Dazu die Nachweise oben in Fn. 23.
- 101 *Berwanger*, in: Fehn (Fn. 20), § 2 Rn. 7 („Übergänge ... oft fließend“), Rn. 14 f.
- 102 § 17 Satz 1 AEntG (beziehungsweise § 12 Satz 1 MiArbG) in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Satz 3 SchwarzArbG. Auf das Aussageverweigerungsrecht muss sich der Verpflichtete ausdrücklich berufen, die Antwort auf die in Betracht kommenden Fragen muss er ausdrücklich verweigern, KG Berlin 16.10. 2000 – 2 Ss 236/00 – 5 Ws (B) 689/00, juris, Rn. 5 mit weiteren Nachweisen; einen Anspruch auf Beiziehung eines Zeugenbeistands im Prüfverfahren gibt es nicht, BayObLG 22.5. 2002 – 3 ObOWi 22/2002, 3 ObOWi 22/02 (Fn. 36) (jeweils zur Prüfung nach § 304 SGB III a.F.); zum *Nemo-tenetur*-Grundsatz und seinen Grenzen *Böse* (Fn. 1), S. 114 ff., 454 ff.
- 103 § 4 Abs. 9 Satz 2 WpHG; so auch § 8 Abs. 9 Satz 4 GPSG.
- 104 § 22 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG; zu Vorlage- sowie sonstigen Mitwirkungspflichten *Böse* (Fn. 1), S. 438 ff. – Das Aussageverweigerungsrecht des § 132a Abs. 3 AFG, einer der Vorgängervorschriften von § 5 Abs. 1 Satz 3 SchwarzArbG, war vom AG Hameln 14.12. 1987 – 12 OWi 790/87, NStE Nr. 1 zu § 132a AFG, zu einem Vorlageverweigerungsrecht weiterentwickelt worden, dies wurde aber zügig durch das OLG Celle 28.4. 1988 – 2 Ss (OWi) 94/88, NZA 1989, 119 f., korrigiert. – Zur Vorlagepflicht siehe auch oben Fn. 49.
- 105 Hierzu mit Vorschlägen zur Handhabung des geltenden Rechts *Bärlein/Pananis/Rehmsmeier*, Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, NJW 2002, 1825 ff.

Schließlich muss im Aufsichtsverfahren nach dem AEntG – wiederum anders als etwa im WpHG-Aufsichtsverfahren¹⁰⁶ – auch nicht darauf hingewiesen werden, dass das Recht besteht, jederzeit einen Verteidiger zu befragen. Wohlgemerkt: Die Finanzdienstleistungsaufsicht muss in einem behördlichen Aufsichtsverfahren auf die Heranziehung eines „Verteidigers“ (so ausdrücklich das Gesetz) hinweisen, wenn und weil sich das Ganze in einem strafrechts- beziehungsweise bußgeldnahe Umfeld abspielt. Anders als das Kartell- und das dem Kartellrecht insoweit jedenfalls ähnliche Regulierungsrecht kennt das Mindestlohnrecht auch nicht die Vorkehrung, dass wegen der Nähe zum Straf- und Bußgeldrecht schon in einem Prüfverfahren – und nicht erst in einem Bußgeldverfahren – nach Gegenständen gezielt nur gesucht werden darf, wenn die Durchsuchung und eine etwaige Beschlagnahme gerichtlich angeordnet wurden¹⁰⁷. In einem Prüfverfahren nach dem AEntG sind Durchsuchungen zwar eigentlich nicht zulässig, nur die Vorlage vorhandener und vom Pflichtigen vorzulegender Unterlagen darf verlangt werden¹⁰⁸. Allerdings sind die Grenzen zwischen dem bloßen Sichten von Räumen sowie der Aufforderung, bestimmte, in einem Geschäftsraum gesichtete Unterlagen vorzulegen und der zielgerichteten Durchsuchung eines Geschäftsraums nach bestimmten Gegenständen fließend. Im Kartell- und Regulierungsrecht wird das behördliche Aufsichtsverfahren zumindest punktuell denselben Schutzstandards unterworfen, die in der Strafprozessordnung geregelt sind und die, wie erwähnt, auch bei den Ermittlungen im Rahmen eines Bußgeldverfahrens Anwendung finden (§ 46 Abs. 1 OWiG). Im AEntG fehlt es daran.

Noch etwas anderes ist zu bedenken: Jeder Verstoß gegen Mindestlohnpflichten geht einher mit der Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und der Nichtentrichtung von Lohnsteuer. Das heißt, der Verdacht einer Ordnungswidrigkeit nach § 23 AEntG begründet zugleich den Verdacht von Straftaten nach § 266a StGB¹⁰⁹ (Beitragsvorenthaltung) und nach § 370 AO (Steuerhinterziehung)¹¹⁰. Ermittlungsverfahren wegen strafbaren Lohnwuchers¹¹¹ oder vergleichbarer Delikte mit aufenthaltsrechtlichem Bezug¹¹²

¹⁰⁶ § 4 Abs. 9 Satz 2 WpHG.

¹⁰⁷ §§ 58, 59 Abs. 4 GWB; §§ 127 Abs. 6, 129 TKG; zur Durchsuchung siehe Böse (Fn. 1), S. 250 ff., 255 ff.

¹⁰⁸ § 17 Satz 1 AEntG (beziehungsweise § 12 Satz 1 MiArbG) in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Satz 3 SchwarzArbG (zur Vorlage von Unterlagen schon oben bei Fn. 49); zur fehlenden Befugnis, im Rahmen einer Prüfung eine Durchsuchung durchzuführen, Fehn, FSK (Fn. 36), Rn. 74 (dazu bereits oben bei Fn. 44).

¹⁰⁹ Dazu Pananis, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 6 Rn. 1 ff.

¹¹⁰ Dazu Wegner, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 5 Rn. 1 ff.

¹¹¹ § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB; dazu Rixen, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 8 Nr. 5 ff.

¹¹² Zu § 10 SchwarzArbG Mosbacher, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 4 Rn. 134 ff.; zu § 15a Abs. 1 AÜG Paetzold, in: Ignor/Rixen (Fn. 60), § 3 Rn. 109 ff.

können hinzukommen. Diese Verfahren können parallel zu Prüf- oder Ordnungswidrigkeiten-Verfahren nach dem AEntG oder nacheinander geführt werden, womit weitere Behörden, nämlich solche der Strafjustiz oder der Finanzverwaltung, das Szenario komplettieren. Außerdem sind sofort vollziehbare Beitrags- und Steuernachforderungen schon vor Abschluss eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens wahrscheinlich¹¹³. Schließlich ist zu bedenken, dass einzelne Bundesländer spezielle Register errichtet haben (die das Gewerbezentralregister des Bundes ergänzen), in denen ebenfalls rechtskräftig verhängte Bußgelder dokumentiert werden. So kennt etwa Berlin ein Korruptionsregistergesetz¹¹⁴, in das auch Verstöße gegen das AEntG aufgenommen werden müssen¹¹⁵.

Die mit all dem einhergehende nochmalige Kumulation der Verfahrens-, Ermittlungs- und Sanktionseffekte lässt die Luft für den betreffenden Arbeitgeber noch dünner werden¹¹⁶. Der flächendeckende Verfolgungsdruck zwingt ihn fast dazu, irgendwann mit den Behörden über verfahrensbeendende „deals“ nachzudenken, weil sich anders die Vielfachbelastung ineinander verschachtelter Prüf-, Verwaltungs-, Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht mehr bewältigen lässt¹¹⁷.

3. Der Zoll als Bundespolizei – das unbekannte Wesen?

a) Eine deutsche „Guardia di Finanza“ – jenseits des Grundgesetzes?

Die Durchsetzung des Mindestlohns wird wesentlich durch die Behörden der Zollverwaltung durchgeführt, nämlich durch spezielle Organisations-

¹¹³ Dazu *Rixen*, in: *Ignor/Rixen* (Fn. 60), Rn. 1110.

¹¹⁴ Zu diesem bereits oben Fn. 80; zu den (rechtspolitischen) Entwicklungen hinsichtlich der Vergaberegister in den Ländern *Dann/Dann*, Vergaberegister – viel Bewegung, wenig Fortschritt?, ZRP 2010, 256 ff.

¹¹⁵ Zu Friktionen, die infolge einer Eintragung in das Register im Hinblick auf die Unschuldsvermutung entstehen können, *Pananis*, Die Erosion der Unschuldsvermutung – Die Anknüpfung außerstrafrechtlicher Rechtsfolgen an bloße Verdachtslagen am Beispiel des Berliner Korruptionsregistergesetzes, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 721 ff. (die dortigen [S. 726 Fn. 23] Ausführungen über den einstweiligen Rechtsschutz für den Fall, dass die Löschung gespeicherter Daten abgelehnt wird, sind aufgrund des Sinnzusammenhangs so zu verstehen, dass der einstweilige Rechtsschutz sich nach § 123 VwGO richtet; dass hier „§ 80 VwGO“ genannt wird, ist – wie der Kontext zeigt [wo ausdrücklich auf § 123 VwGO verwiesen wird] – ersichtlich ein redaktionelles Versehen).

¹¹⁶ Hierzu *Ignor/Rixen*, in: *Ignor/Rixen* (Fn. 60), § 1 Rn. 53.

¹¹⁷ Zum Problem *Ignor/Rixen*, in: *Ignor/Rixen* (Fn. 60), § 1 Rn. 45 (S. 40).

einheiten, die sogenannte Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS)¹¹⁸. Die FKS versteht sich, wie bereits erwähnt, als Bundespolizei mit materiell-rechtlichen Befugnissen¹¹⁹. Sie verfügt über eine Machtfülle, die in der Tat ein „Novum“¹²⁰ ist, denn der „Zoll kann theoretisch und praktisch in alle einschlägigen verwaltungs- beziehungsweise sozialrechtlichen Verfahrensvorgänge der Republik eingreifen, und zwar mit Mitteln der Polizei“¹²¹. Dies wirft die Frage auf, ob der Bund den Zoll überhaupt mit derart umfassenden Polizeibefugnissen ausstatten darf.

Dass er es *de facto* kann (wenn auch womöglich *de jure* nicht darf), zeigt die Entwicklung seit Beginn der 1990er Jahre. Seitdem wird der Zoll vor allem bei der Abwehr von sogenannter Schwarzarbeit und sogenanntem Leistungsmissbrauch¹²² eingesetzt¹²³. Mit dem fortschreitenden Fortfall der Binnengrenzen wusste der Bund nicht so recht¹²⁴, was er mit ca. 6.500 Beamten anfangen sollte, die nunmehr in der FKS tätig sind¹²⁵. Erfunden wurde eine neue Organisationseinheit, ähnlich der italienischen „*Guardia di Finanza*“¹²⁶, die eine spezielle Wirtschafts- und Finanzpolizei ist, nur dass

-
- 118 Zur Organisation Fehn, Kriminalistik 2004, 409 ff.; Möller, StBp 2006, 173, 175 f.; siehe außerdem die amtliche Begründung zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze vom 13.12. 2007, BGBl. I 2007, S. 2897, BT-Drucks. 16/6560, S. 12 ff.
- 119 Oben bei Fn. 20.
- 120 Berwanger, in: Fehn (Fn. 20), § 2 Rn. 15.
- 121 Berwanger, in: Fehn (Fn. 20), § 2 Rn. 15.
- 122 Zum Missbrauch der Rede vom Leistungsmissbrauch Rixen, in: Eicher/Spellbrink (Hrsg.), SGB II, 2. Aufl. 2008, § 64 Rn. 2, 7 mit weiteren Nachweisen.
- 123 Zunächst seit 1991 auf der Basis einer Verwaltungsvereinbarung, wonach die Hauptzollämter die Bundesanstalt für Arbeit (BA) unterstützten sollten, sodann ab 1992 auf gesetzlicher Grundlage im Rahmen der Prüfung nach § 107 SGB IV a.F. als neben der BA zuständige Behörden (Riegel [Fn. 25], S. 100 f. dortige Fn. 270; siehe außerdem § 150a Abs. 3 AFG a.F. sowie § 304 SGB III in der Fassung des Gesetzes vom 23.7. 2002 [Fn. 28]); zur weiteren Entwicklung, die schlussendlich zur Alleinzuständigkeit (§ 304 SGB III in der Fassung des Gesetzes vom 23.12. 2003 [Fn. 25], S. 2848, 2871 [„Hartz III“]; § 2 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG in der Fassung des Gesetzes vom 23.7. 2004 [Fn. 26]; § 2 Abs. 1 AEntG a.F., § 16 AEntG n.F., § 11 MiArbG) des Zolls geführt hat, siehe die Nachweise in Fn. 25.
- 124 Hinweis auf die „freien Arbeitskapazitäten im Bereich der Zollverwaltung“ in der amtlichen Begründung zu § 107 SGB IV in der Fassung des Gesetzes vom 7.7. 1992, BGBl. I 1992, S. 1222, mit dem der Zoll in die dort geregelten Prüfungen eingebunden wurde (BT-Drucks. 12/1460, S. 9).
- 125 Information auf der Homepage www.zoll.de/do_zoll_im_einsatz/bo_finanzkontrolle/index.html; siehe auch den 11. Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung (Fn. 23), S. 14, wo bezogen auf den 1.1. 2009 von ca. 6.600 FKS-Bediensteten die Rede ist.
- 126 Informationen auf der offiziellen Homepage www.gdf.gov.it/Home/.

die Uniformen des deutschen Zolls nicht ganz so elegant und die Dienstfahrzeuge nicht ganz so schnittig sind. Juristisch stellt sich bei dieser wie bei jeder staatlichen Innovation zunächst nur eine Frage, die jeder Mode widerstehen muss: Gibt es für die Zuweisung polizeilicher Befugnisse – für diese „Verpolizeilichung“ – eine Gesetzgebungskompetenz (nachfolgend b)? Und eine Folgefrage schließt sich an: War der Bund überhaupt befugt, die Hauptzollämter (denen die FKS zugeordnet ist)¹²⁷ als örtliche Bundesbehörden, also für die Bekämpfung der Schwarzarbeit und der illegalen Beschäftigung (einschließlich der Mindestlohndurchsetzung) zuständige Unterbehörden¹²⁸ zu errichten (nachfolgend c)?

b) Ungeschriebene Gesetzgebungskompetenz zur „Verpolizeilichung“ des Zolls?

aa) Eng auszulegende Ausnahme-Gesetzgebungskompetenzen

Da es eine ausdrückliche geschriebene Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Regelung von Polizeibefugnissen der Zollverwaltung nicht gibt, stellt sich die Frage, ob sich bestehende geschriebene Kompetenztitel in der Weise auslegen lassen, dass der Erlass solcher Befugnisnormen von ihnen gedeckt wäre. In der Literatur spricht man von ungeschriebenen beziehungsweise (stillschweigend) mitgeschriebenen Kompetenztiteln¹²⁹. Das soll zum Ausdruck bringen, dass bestimmte Kompetenztitel aus systematisch-teleologischen Gründen so interpretiert werden, dass sie über den „geschriebenen“ Kompetenznormtext – genauer: über dessen *prima vista* nahe liegenden möglichen Wortsinn – hinausgehen¹³⁰. In der Rechtsprechung des BVerfG sind solche ungeschriebenen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes „in äußerst engen Grenzen anerkannt“¹³¹. Sie müssen im Lichte der prinzipiellen Zuweisung der Gesetzgebungskompetenzen zu den Ländern (Art. 70 GG) eng ausgelegt werden, damit der vom Verfassungsgeber gewollte gesetzgebungskompetenzielle Nachrang des Bundes nicht unterlaufen wird. Daher gibt eine ungeschriebene Gesetzgebungszuständigkeit dem

127 Vgl. § 12 Abs. 2 FVG.

128 Siehe nochmals § 12 Abs. 2 FVG.

129 Siehe nur *Rozek*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 70 Rn. 38 mit weiteren Nachweisen.

130 von *Münch/Mager*, Staatsrecht I, 7. Aufl. 2009, Rn. 397; näher *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 70 Rn. 37 ff., 42 ff.; *Rengeling*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 135 Rn. 72 ff.

131 BVerfG 27.10. 1998 – 1 BvR 2306/96 und andere, BVerfGE 98, 265, 299; ähnlich (unter Verweis auf Art. 30, 70 Abs. 1 GG) BVerfG 19.10. 1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149, 205; siehe auch von *Münch/Mager* (Fn. 130), Rn. 399: die ungeschriebenen Kompetenzen müssen „enge und gut begründete Ausnahme bleiben“; *Degenhart*, Staatsrecht I, 25. Aufl. 2009, Rn. 170: „Zurückhaltung geboten“.

Bund kein Recht, die gesamte, den Ländern vorbehaltene Materie an sich zu ziehen; zulässig ist nur eine punktuelle Inanspruchnahme einer Landeskompetenz¹³². „Die umfassende Regelung eines den Ländern vorbehaltenen Bereichs ist ... in keinem Fall“¹³³ zulässig.

Das BVerfG unterscheidet terminologisch – abgesehen von der hier nicht weiter interessierenden Kompetenz kraft Natur der Sache¹³⁴ – die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs von der Annexkompetenz. Allerdings ähneln beide Kompetenzen einander¹³⁵, wie nicht zuletzt die in der neueren Rechtsprechung des BVerfG verwandte Formulierung „Annexkompetenz kraft Sachzusammenhangs“¹³⁶ verdeutlicht¹³⁷. In der Literatur wird die Annexkompetenz als Unterfall der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs eingeordnet¹³⁸. In seiner neueren Rechtsprechung führt das BVerfG beide Kompetenzen nicht nur terminologisch zusammen, sondern bringt sie auch unter ein gemeinsames inhaltliches Dach. Es erstreckt die Ausführungen, die ursprünglich nur auf die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs gemünzt gewesen sind, in der Sache auch auf die Annexkompetenz und fügt so insbesondere ältere Ausführungen zur Annexkompetenz, die möglicherweise

132 BVerfG 27.10. 1998 – 1 BvR 2306/96 und andere (Fn. 131), 265, 300.

133 BVerfG 27.10. 1998 – 1 BvR 2306/96 und andere (Fn. 131), 265, 300.

134 Zur ihr *Degenhart*, in: Sachs (Fn. 130), Art. 70 Rn. 31 ff.; *Rengeling* (Fn. 130), § 135 Rn. 78 ff. – Es geht etwa um die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Festlegung der Staatssymbole, von Nationalfeiertagen oder die Festlegung des Sitzes der Bundesregierung (zum Regierungssitz BVerfG 16.6. 1954 – 1 PBvV 2/52, BVerfGE 3, 407, 422; allerdings ist insoweit nunmehr auch Art. 22 GG zu beachten).

135 *Ipsen*, Staatsrecht I, 21. Aufl. 2009, Rn. 594; ein Unterschied ist „nicht immer leicht zu erkennen“, von *Münch/Mager* (Fn. 130), Rn. 397; *Degenhart* (Fn. 131): Unterscheidung „nicht ganz eindeutig“ (Rn. 169), Abgrenzungskriterien „nicht sonderlich klar“ (Rn. 171).

136 So die Formulierung in BVerfG 29.3. 1996 – 2 BvL 4/96, NJW 1996, 2497, 2498, mit der die wenig trennscharfe Unterscheidung zwischen der „Annexkompetenz“, die „in die Tiefe“ geht, und der „Kompetenz kraft Sachzusammenhangs“, die sich „in der Breite“ ausdehnt, auf ihre konzeptionelle Gemeinsamkeit, die extensive Auslegung von Gesetzgebungskompetenznormen, zurückgeführt wird, dazu *Rengeling* (Fn. 130), § 135 Rn. 74, 77.

137 „In der neueren Rspr. wird zwischen Annexkompetenz und Kompetenz kraft Sachzusammenhangs nicht mehr unterschieden“, *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 70 Rn. 12.

138 *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 4. Aufl. 2010, § 17 Rn. 21; von *Münch/Mager* (Fn. 130), Rn. 395; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 236 („Sonderfall“).

aus Sicht des Bundes etwas großzügiger geklungen haben mögen, in den gebotenen bundesstaatlich-restriktiven Verständnisrahmen ein¹³⁹.

Eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs liegt demnach vor, wenn das Übergreifen in eine eigentlich den Ländern zustehende Gesetzgebungskompetenz „unerlässliche Voraussetzung für die Regelung der zugewiesenen Materie“ ist; nötig ist ein „zwingender Konnex zwischen der Wahrnehmung einer ausdrücklich zugewiesenen Materie und der punktuellen Inanspruchnahme einer Landeskompentenz“¹⁴⁰. Mehr als bloß „punktueller Annexregelungen zu einem der Zuständigkeit der Länder unterfallenden Regelungsbereich“¹⁴¹ sind nicht zulässig. Von einem zwingenden Konnex ist auszugehen, wenn nur die Einräumung bundesgesetzlicher Befugnisnormen sicherstellt, dass Maßnahmen „ohne erheblichen Effektivitätsverlust“¹⁴² durchgeführt werden können, also gerade bundesgesetzliche Bestimmungen „für den wirksamen Vollzug ... erforderlich sind“¹⁴³. Demnach fehlt es an einem „notwendige(n) Zusammenhang“¹⁴⁴, wenn die betreffende in die Landeskompentenz übergreifende Regelung „sinnvoll und selbständig denkbar“ ist¹⁴⁵. Die „bloße Erwägung, es sei zweckmäßig“¹⁴⁶, beziehungsweise das „Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Regelung reicht dafür nicht aus“¹⁴⁷.

Namentlich für polizeirechtliche Aufgaben- und Befugnisnormen, deren Erlass grundsätzlich den Ländern obliegt (Art. 70 Abs. 1 GG), geht das BVerfG davon aus, dass solche Regelungen als Annex zum ausdrücklich geregelten Kompetenzgegenstand in Betracht kommen können¹⁴⁸, soweit ein „not-

139 Vgl. BVerfG 27.10. 1998 – 1 BvR 2306/96 und andere (Fn. 131), 265, 299 f.; siehe auch BVerfG 3.3. 2004 – 1 BvF 3/92, BVerfGE 110, 33, 48; außerdem *Rengeling* (Fn. 130), § 135 Rn. 74.

140 BVerfG 27.10. 1998 – 1 BvR 2306/96 und andere (Fn. 131), 265, 300; es muss sich um bloß „reflexartige Auswirkungen“ (BVerfG 29.3. 1996 – 2 BvL 4/96 [Fn. 136], 2497, 2498) handeln.

141 BVerfG 10.2. 2004 – 2 BvR 834/02, 1588/02, BVerfGE 109, 190, 215.

142 BVerfG 3.3. 2004 – 1 BvF 3/92 (Fn. 139).

143 BVerfG 10.2. 2004 – 2 BvR 834/02, 1588/02 (Fn. 141).

144 BVerfG 29.4. 1958 – 2 BvO 3/56, BVerfGE 8, 143, 150; BVerfG 22.6.1988 – 2 BvR 234/87, 1154/86, BVerfGE 78, 374, 387; BVerwG 3.3. 1994 – 4 C 1/93, BVerwGE 95, 188, 191; siehe auch BVerfG 3.3. 2004 – 1 BvF 3/92 (Fn. 139), 33, 48: „unmittelbar zugeordnet“.

145 BVerfG 17.3. 1964 – 2 BvO 1/60, BVerfGE 17, 287, 293.

146 BVerfG 16.6. 1954 – 1 PBvV 2/52 (Fn. 134), 407, 421.

147 BVerfG 27.10. 1998 – 1 BvR 2306/96 und andere (Fn. 131).

148 BVerfG 16.6. 1954 – 1 PBvV 2/52 (Fn. 134), 407, 433; BVerfG 29.4. 1958 – 2 BvO 3/56 (Fn. 144), 143, 159; zum Recht der Gefahrenabwehr siehe auch *von Münch/Mager* (Fn. 130), Rn. 396 (S. 223). – Die Kompetenz zur Regelung des Straßenverkehrs (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG) qualifiziert das BVerfG als „sachlich begrenztes Ordnungsrecht“ (BVerfG 10.12. 1975 – 1 BvR 118/71, BVerfGE 40, 371,

wendiger Zusammenhang¹⁴⁹ zwischen dem jeweiligen Sachbereich und den polizeirechtlichen Befugnissen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in diesem Sachbereich dienen, besteht¹⁵⁰. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, lässt sich nicht generell und abstrakt bestimmen, sondern nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstands¹⁵¹, wobei auch die allgemeinen Regeln zur Auslegung von Gesetzgebungskompetenzen zu beachten sind¹⁵².

bb) Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG)

Den Erlass des AEntG und des MiArbG hat der Gesetzgeber auf die Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) gestützt¹⁵³. Diese Gesetzgebungsbefugnis begründet eine „umfassende Kompetenz für die Regelung der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und erstreckt sich sowohl auf privatrechtliche als auch auf öffentlich-rechtliche Bestimmungen über abhängige Arbeitsverhältnisse“¹⁵⁴. Solche öffentlich-rechtlichen Regelungen können sich auch auf den Arbeitslohn beziehen¹⁵⁵. Mindestlohnregelungen können somit auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gestützt werden¹⁵⁶. Der Kompetenztitel „Arbeitsschutz“, der in Art. 74 Abs. 1

380; BVerfG 9.10. 1984 – 2 BvL 10/82, BVerfGE 67, 299, 314); in diesem Sinne auch BVerwG 21.4. 1989 – 7 C 50/88, BVerwGE 82, 34, 37 und im Ergebnis auch BVerwG 28.11. 1969 – VII C 67.68, BVerwGE 34, 241, 243; anders noch BVerwG 13.12. 1967 – IV C 146.65, NJW 1968, 764, wo eine Annexkompetenz zu Art. 74 (Abs. 1) Nr. 22 GG angenommen wurde (ob dieser Ansicht zu folgen sei, hatte BVerfG 9.2. 1972 – 1 BvR 111/68, BVerfGE 32, 319, 326 offen gelassen).

149 Siehe die Nachweise oben Fn. 144.

150 BVerfG 29.4. 1958 – 2 BvO 3/56 (Fn. 144); im Ergebnis auch BVerfG 25.4. 1972 – 1 BvL 13/67, BVerfGE 33, 52, 64; zur Bahnpolizei siehe BVerfG 28.1. 1998 – 2 BvF 3/92, BVerfGE 97, 198, 222.

151 BVerfG 27.10. 1998 – 1 BvR 2306/96 und andere (Fn. 131), 265, 300.

152 Zusammenfassend *Höfling/Rixen*, Die Landes-Gesetzgebungskompetenzen im Gewerberecht nach der Föderalismusreform, *GewArch* 2008, 1 ff.; *Degenhart*, in: Sachs (Fn. 130), Art. 70 Rn. 50 ff.; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 137), Art. 70 Rn. 6 ff. – jeweils mit weiteren Nachweisen.

153 BT-Drucks. 16/10486, S. 10 (AEntG); BT-Drucks. 16/10485, S. 8 (MiArbG).

154 BVerfG 24.10. 2002 – 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, 62, 132 f.; im Ergebnis so auch BVerfG 22.4. 1958 – 2 BvL 32/56 und andere, BVerfGE 7, 342, 351; BVerfG 18.12. 1974 – 1 BvR 430/65, 259/66 BVerfGE 38, 281, 299.

155 Vgl. BVerfG 10.5. 1960 – 1 BvR 190/58 und andere, BVerfGE 11, 105, 115 f.; siehe auch BVerfG 4.10. 1983 – 1 BvL 2/81, BVerfGE 65, 104, 114; *Degenhart*, in: Sachs (Fn. 130), Art. 74 Rn. 53; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG, Kommentar, 11. Aufl. 2008, Art. 74 Rn. 137.

156 Vgl. – im Kontext von Ausführungen zum AEntG a.F. sowie zum MiArbG a.F. – BayVerfGH 3.2. 2009 – Vf. 111-IX-08, BayVBl 2009, 300, 300 a.E.: „Gesetzliche Vorgaben für den Arbeitslohn sind dem Arbeitsrecht im Sinn des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (...) zuzuordnen (...).“

Nr. 12 GG ebenfalls genannt wird, betrifft nur Regelungen gegen arbeits-spezifische Gefahren am Arbeitsplatz, also den Schutz vor den Gefahren, die aus der Arbeit beziehungsweise der Anwesenheit am Arbeitsplatz folgen¹⁵⁷. Hat der Gesetzgeber eine Kompetenzmaterie normativ-rezeptiv oder faktisch-deskriptiv umschrieben, dann spricht dies dafür, dass er den vorgefundenen einfachgesetzlichen Normenbereich vom Kompetenztitel als erfasst ansieht¹⁵⁸.

Vor diesem Hintergrund sind öffentlich-rechtliche Vorschriften, die etwa nach dem Modell des AEntG einen Mindestlohn anordnen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zuzuordnen. Problematisch ist die Zuordnung zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nur hinsichtlich der *polizeirechtlichen Befugnisse*, die der Durchsetzung der Mindestlohnpflichten in *polizeiförmiger, also polizeivollzugsdienstähnlicher Form* dienen. Genau dies gehört zum normativen „Gepräge“¹⁵⁹ der Befugnisnormen, zur Besonderheit des Regelungsgegenstands¹⁶⁰: dass sie, funktional betrachtet, auf die Verwirklichung durch eine polizeivollzugsdienstähnliche Behörde angelegt sind, nämlich die Anwendung durch die „materiell-rechtliche Bundespolizei“¹⁶¹ namens Zoll¹⁶². Zwischen den öffentlich-rechtlichen Mindestlohnpflichten und diesen polizeirechtlichen Befugnisnormen muss (im oben dargelegten Sinne) ein notwendiger Zusammenhang dergestalt bestehen, dass die bloß punktuelle Mitregelung der Befugnisnormen unerlässliche – nicht bloß sinnvolle oder zweckmäßige – Voraussetzung der effektiven beziehungsweise wirksamen Durchsetzung der Mindestlohnpflichten ist.

Zunächst kann von einer bloß punktuellen Mitregelung polizeirechtlicher Befugnisse keine Rede sein. Erinnert sei an die zutreffende Umschreibung der

157 Stettner, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Supplementum 2007, Art. 74 Rn. 68; Axer, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattwerk, Stand: Dezember 2010, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 Rn. 23; Oeter, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 129), Art. 74 Rn. 103; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf (Fn. 55), Art. 74 Rn. 144; Degenhart, in: Sachs (Fn. 130), Art. 74 Rn. 54.

158 BVerfG 10.2. 2004 – 2 BvR 834/02, 1588/02 (Fn. 141), 190, 218, auch zu den Unterscheidungen „normativ-rezeptiv“ und „faktisch-deskriptiv“.

159 Begriff bei BVerfG 28.1. 1998 – 2 BvF 3/92 (Fn. 150), 198, 218.

160 Vgl. oben bei Fn. 154.

161 Fehn, in: Fehn (Fn. 20), §§ 22, 23 Rn. 13.

162 Die bußgeldrechtlichen Bestimmungen lassen sich unproblematisch Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zuordnen: „Strafrecht“ meint dort auch das Ordnungswidrigkeiten- beziehungsweise Bußgeldrecht, BVerfG 22.2. 1968 – 2 BvO 2/65, 1/66, BVerfGE 23, 113, 123 f.; BVerfG 16.7. 1969 – 2 BvL 2/69, BVerfGE 27, 18, 32 f.; BVerfG 9.6. 1970 – 2 BvL 16/68, BVerfGE 29, 11, 16; BVerfG 8.6. 1971 – 2 BvL 10/71, BVerfGE 31, 141, 144; BVerfG 21.6. 1977 – 2 BvR 70/75, 361/75, BVerfGE 45, 272, 288 f.

– oben näher skizzierten¹⁶³ – Befugnisfülle des Zolls: „Der Zoll kann theoretisch und praktisch in alle einschlägigen verwaltungs- und sozialrechtlichen Verfahrensvorgänge der Republik prüfend eingreifen, und zwar mit Mitteln der Polizei. Das ist in dieser Form ein Novum“¹⁶⁴. Mit bloß punktueller Zuweisung von Polizeibefugnissen hat dies nichts mehr zu tun. Im Gegenteil schafft das AEntG, indem es auf das SchwarzArbG verweist, über die Regelung der Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer weit hinausweisende Eingriffsrechte, kraft derer in polizeivollzugsdienstähnlicher Form am Arbeitsverhältnis unbeteiligte „Dritte“¹⁶⁵ („Nichtstörer“) massiv in die Pflicht genommen werden können (erinnert sei insbesondere an § 3 Abs. 5 Sätze 1 und 2 SchwarzArbG). Befugnisnormen, die sich nach ihrem Normprogramm an jedermann wenden oder strukturell auf Adressaten außerhalb des Arbeitsverhältnisses gerichtet sind, können mangels punktueller Wirkung nicht auf eine aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG folgende Annexkompetenz kraft Sachzusammenhangs gestützt werden¹⁶⁶. Anderenfalls würde die Entscheidung der Verfassung, die Polizeigewalt in die Zuständigkeit der Länder zu verweisen und dem Bund nur punktuelle polizeirechtliche Regelungskompetenzen zuzuweisen¹⁶⁷, unterlaufen. Auch ein Vergleich mit den Befugnisnormen des Arbeitsschutzrechts führt zu keiner anderen Betrachtung, denn sie beziehen sich strikt auf den Arbeitgeber, ohne dass sie wie im AEntG beziehungsweise dem SchwarzArbG auf eine Entgrenzung hin zulasten von nicht am Arbeitsverhältnis beteiligten Personen angelegt wären¹⁶⁸.

Davon abgesehen ist nicht erkennbar beziehungsweise vom Gesetzgeber nicht dargetan, dass nur das Bestehen bundesgesetzlich geregelter polizeirechtlicher Befugnisse eine wirksame beziehungsweise effektive Geltungssicherung der Mindestlohnpflichten garantiert. Gäbe es die polizeirechtlichen Bestimmungen des AEntG nicht, würden die allgemeinen polizeirechtlichen beziehungsweise sicherheitsrechtlichen Bestimmungen der Länder greifen, sofern nicht gegebenenfalls vorrangig anwendbare (und von den Ländern zu vollziehende) gewerbe(ordnungs)rechtliche Kontrollnormen Anwendung finden. Dass weder die Anwendung bestehender sonderordnungsrechtlicher Bundesgesetze noch die Anwendung allgemeiner ordnungs- beziehungsweise polizeirechtlicher Normen der Länder zu einer

163 Oben II 1 (bei Fn. 43 ff.).

164 *Berwanger*, in: Fehn (Fn. 20), § 2 Rn. 15.

165 Beispielhaft: § 5 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG.

166 In diesem Sinne (zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) *Maunz*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, 60. Ergänzungslieferung, Stand 10/2010, Art. 74 Rn. 151.

167 BVerfG 28.1.1998 – 2 BvF 3/92 (Fn. 150), 198, 218.

168 Vgl. etwa § 22 Abs. 3 Satz 1 ArbSchG oder § 17 Abs. 2 ArbZG, die den Befugnisnormen des früheren Arbeitsschutzrechts (etwa der GewO) sachlich entsprechen.

wirksamen beziehungsweise effektiven Durchsetzung der Mindestlohnpflichten beizutragen vermögen, ist nicht ersichtlich.

cc) Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)

Dieselbe Argumentation gilt entsprechend auch im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), auf die der Erlass des SchwarzArbG gestützt wurde¹⁶⁹. Dieser Kompetenztitel wird in der gesetzgeberischen Praxis offenbar recht großzügig herangezogen, insbesondere um Normen, die der Gefahrenabwehr dienen, als Annex zu rechtfertigen. Allerdings fehlt es vorliegend – wie schon bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG – an bloß punktuellen Annexregelungen. Außerdem fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass allein bundesgesetzliche Befugnisse, die auf Realisierung in polizeivollzugsdienstähnlicher Form angelegt sind, die effektive beziehungsweise wirksame Durchsetzung der Mindestlohnpflichten garantieren.

dd) Waren- und Zahlungsverkehr mit dem Auslande einschließlich des Zoll- und Grenzschutzes (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG)

Die polizeirechtlichen Ermächtigungen des Zolls lassen sich auch nicht auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG stützen. Das BVerfG hat sich verschiedentlich mit den Aufgaben des Zolls befasst. Die Kompetenz für den „Waren- und Zahlungsverkehr mit dem Auslande einschließlich des Zoll- und Grenzschutzes“ in Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG hat das Gericht immer dann extensiv ausgelegt und unter dem Aspekt des Sachzusammenhangs bejaht, wenn diese dem Bund zugewiesene Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine andere Materie mit geregelt wird, wenn also das Übergreifen in einen an sich den Ländern übertragenen Kompetenzbereich für die Regelung der zugewiesenen Materie unerlässlich ist¹⁷⁰. Den Wortlaut der Kompetenznorm des Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG hat das Gericht korrigiert, indem es Dienstleistungen den Waren gleichstellt und dazu ausführt: Der Waren-, Dienstleistungs-¹⁷¹ und Kapitalverkehr seien so vielfältig miteinander verknüpft, dass eine getrennte Regelung zur Erfüllung der Ziele des Außenwirtschaftsgesetzes wegen des erheblichen Effektivitätsverlustes nicht sachgerecht wäre¹⁷². Deshalb scheide die getrennte Kontrolle des Warenverkehrs durch den Zoll und des Dienstleistungsverkehrs andererseits durch

169 BT-Drucks. 15/2573, S. 17. – Zur sachlichen Nähe der Gesetzgebungsbefugnisse des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 12 GG schon BVerfG 20.5. 1952 – 1 BvL 3/51, 4/51, BVerfGE 1, 283, 292; hierzu auch *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2000, Art. 74 Rn. 65.

170 BVerfG 3.3. 2004 – 1 BvF 3/92 (Fn. 139), 33, 47 f.

171 BVerfG 3.3. 2004 – 1 BvF 3/92 (Fn. 139), 33, 47 am Ende.

172 BVerfG 3.3. 2004 – 1 BvF 3/92 (Fn. 139), 33, 48.

Landesbehörden aus¹⁷³. Das BVerfG hat zudem schon früh hervorgehoben, dass polizeiliche Aspekte (etwa polizeiliche Einfuhrverbote) von der Kompetenz erfasst sein könnten¹⁷⁴.

Unterstellt man einmal, dass das BVerfG die Gesetzgebungskompetenz richtig auslegt, dann stellt sich die Frage, ob der Kompetenztitel zur Situation der Mindestlohn-Durchsetzung passt. Das AEntG weist einen Auslandsbezug auf (vgl. § 3 AEntG), aber geht es um den Waren-, Dienstleistungs- und Zahlungsverkehr mit dem Ausland? Wohl kaum, weil die Arbeitsleistung weder eine Ware noch eine Zahlung ist. Selbst wenn man von einer „Dienstleistung“ ausgeht, dann passt die Kompetenz jedenfalls auf all jene Arbeitsverhältnisse nicht, die mit einem Arbeitgeber im Inland bestehen.

Möglicherweise könnte aber der Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG mit Blick auf den Teilaspekt „Zollschutz“ einschlägig sein. Dann muss es aber um „Zoll“ gehen, dessen Durchsetzung polizeilich optimiert wird. „Zoll“ ist aber nichts anderes als eine besondere Art der Steuer¹⁷⁵, die beim Verbringen eines Guts über eine Zollgrenze gerade wegen des Grenzüberttritts („Grenzkausalität“) entsteht¹⁷⁶. Man könnte nun argumentieren, dass das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland unter dem Aspekt der Doppelbesteuerung einkommensteuerlich relevant sein kann. Dies mag ein grenzüberschreitender Aspekt sein, aber mit Zoll, also einer Steuer, die der gerade an die Überschreitung der Grenze gebunden ist, hat das nichts zu tun, und auf Arbeitsverhältnisse im Inland passt das alles von vornherein nicht.

Selbst wenn die Gesetzgebungskompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG einschlägig wäre, so wäre das Tätigkeitwerden des Zolls bei der Durchsetzung des Mindestlohns nicht als „unerlässlich“ im oben dargelegten Sinne zu qualifizieren. Aus denselben Gründen, die für Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und Nr. 11 GG gelten, besteht keine auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG zurückgehende verfassungsrechtliche Legitimation, polizeirechtliche Befugnisnormen, die auf polizeivollzugsdienstähnliche Umsetzung durch den Zoll angelegt sind, zu erlassen.

Der Zoll usurpiert mithin, weil es an einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes fehlt, genuine polizei(vollzugs)rechtliche Befugnisse der Länder. Dieser Verfassungsverstoß „bemakelt“ jede Eingriffsbefugnis, die der Zoll als

173 BVerfG 3.3. 2004 – 1 BvF 3/92 (Fn. 139).

174 BVerfG 25.4. 1972 – 1 BvL 13/67 (Fn. 150).

175 Siekmann, in: Sachs (Fn. 130), Art. 105 Rn. 15 mit Hinweis auf das Argument aus Art. 105 Abs. 2 GG: „übrigen Steuern“.

176 Streinz, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn. 848.

materielle beziehungsweise funktionale Bundespolizei für sich beansprucht¹⁷⁷.

c) Zulässige Errichtung von Zoll-Unterbehörden gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG?

Bedenklich ist schließlich, dass die Hauptzollämter, denen die FKS zugeordnet ist¹⁷⁸, als Zoll-Unterbehörden mit der Aufgabe der Mindestlohn-durchsetzung nach dem in seinem Anwendungsbereich erweiterten AEntG und dem novellierten MiArbG betraut wurden¹⁷⁹. Gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG können bei „dringendem Bedarf“ bundeseigene Mittel- und Unterbehörden mit Zustimmung des Bundesrats und der Mehrheit der Mitglieder des Bundestags errichtet werden, wenn dem Bund auf Gebieten, für die ihm die Gesetzgebung zusteht, neue Aufgaben erwachsen.

Zunächst geht es, wie dargelegt, nicht um ein Gebiet, für das dem Bund die Gesetzgebung, also eine Gesetzgebungsbefugnis¹⁸⁰, zusteht. Man könnte zwar davon ausgehen, dass es sich um „neue Aufgaben“ handelt, weil der Aufgabenkreis des Zolls erweitert wird¹⁸¹, also dem Bund nach Inkrafttreten des Grundgesetzes faktisch Aufgaben entstanden sind, die er zunächst nicht erfüllt hat¹⁸². Allerdings ist nicht ersichtlich, dass es einen „dringenden Bedarf“ an der Errichtung der Zollunterbehörden (Hauptzollämter inklusive der FKS-Einheiten) gibt. Dazu müsste mit erkennbarer Deutlichkeit fest-

177 Nur der Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass ein Rückgriff auf Art. 108 Abs. 1 Satz 2 GG ausscheidet, wonach unter anderem der Aufbau der Behörden, die die Zölle verwalten, durch Bundesgesetz geregelt wird. Hier geht es weder um Zölle noch um den Behördenaufbau, sondern um Befugnisnormen, deren Erlass von Art. 108 Abs. 1 Satz 2 GG nicht gedeckt ist, vgl. allgemein *Siekman*, in: *Sachs* (Fn. 130), Art. 108 Rn. 15 ff., insbesondere Rn. 18 f.

178 Vgl. § 12 Abs. 2 FVG.

179 Das war bei den Beratungen des MiArbG ein Petitum der Länder, vgl. BT-Drucks. 16/10485, S. 14 = BR-Drucks. 542/08 (Beschluss), S. 1 f.; der Ausschussbericht weist auf den entsprechenden Wunsch des Bundesrats hin, BT-Drucks. 16/11669, S. 2, 21, 22. – Der Ausschussbericht zum MiArbG und zum AEntG bezieht sich ausdrücklich auf Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG, siehe BT-Drucks. 16/11669, S. 22.

180 Allgemein zu diesem Kriterium *Lerche*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 166), Art. 87 Rn. 178.

181 Siehe hierzu BT-Drucks. 16/11669, S. 22.

182 Zu den niedrigen Anforderungen, die an die Aufgabenneuheit gestellt werden, und zur Orientierung an den tatsächlichen Veränderungen der (administrativen) Lebenswirklichkeit *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 87 Rn. 111; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf (Fn. 155), Art. 87 Rn. 11; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 87 Rn. 99; zur indiziellen Wirkung des bejahten „dringenden Bedarfs“ für das Vorliegen einer neuen Aufgabe *Lerche*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 166), Art. 87 Rn. 213.

stehen, dass ohne diese Unterbehörden eine effektive Ausführung der Bundesgesetze nicht zu erreichen ist¹⁸³. Das heißt, die auf den Regelfall¹⁸⁴ der Gesetzesvollziehung durch die Bundesländer bezogenen Instrumente des Bundes nach Art. 84 GG, namentlich der Steuerung durch Verwaltungsvorschriften (Art. 84 Abs. 2 GG), Einzelweisungen (Art. 84 Abs. 5 GG) und Rechtsaufsicht (Art. 84 Abs. 3 GG), dürfen nicht ausreichen, um bei Aufgabenerledigung durch die Landesbehörden vor Ort das Bedürfnis nach zentraler Steuerung und einheitlichem Vollzug zu befriedigen¹⁸⁵.

Weil die grundsätzliche Verwaltungszuständigkeit der Länder ausgehebelt wird, sind an das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG hohe Anforderungen zu stellen¹⁸⁶. Eine bloß vertretbare Einschätzung der Situation seitens des Bundes genügt nicht; andererseits ist keine ins Auge springende Evidenz zu verlangen¹⁸⁷. Der Bund muss zumindest schlüssige Behauptungen benennen, die so substantiiert sind, dass sie gegebenenfalls widerlegt werden können¹⁸⁸.

Es ist nicht erkennbar, insbesondere nicht anhand der Gesetzgebungsmaterialien zum AEntG und zum MiArbG¹⁸⁹, dass diese Voraussetzungen bei der Verabschiedung gegeben waren. Die Aufgabenzuweisung an die Hauptzollämter als Träger der FKS-Tätigkeit verstößt mithin gegen Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG.

IV. Resümee und Ausblick

Unternehmern, die Probleme im Zuge der staatlichen Durchsetzung von Mindestlohnspflichten bekommen, bringt es in aller Regel wenig, auf die fehlende Gesetzgebungskompetenz für die „Verpolizeilichung“ des Zolls hin-

183 *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 166), Art. 87 Rn. 215; *Broß*, in: von Münch/Kunig (Fn. 169), Art. 87 Rn. 27 weist zu Recht darauf hin, dass Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG eine Ausnahme vom Grundsatz des Art. 83 GG sei; siehe hierzu auch (allerdings bezogen auf das Verhältnis von Art. 87 Abs. 3 Satz 1 und Art. 83 GG) BVerfG 5.12. 2001 – 2 BvG 1/00, BVerfGE 104, 238, 247; außerdem BVerfG 24.7. 1962 – 2 BvF 4/61 und andere, BVerfGE 14, 197, 211.

184 Siehe den Hinweis in BVerfG 24.7. 1962 – 2 BvF 4/61 und andere (Fn. 183), 197, 212 auf „die vom Grundgesetz unterstellte reibungslose und vollständige Ausführung der Bundesgesetze durch die Landesverwaltung“.

185 *Hermes*, in: Dreier, Bd. III (Fn. 182), Art. 87 Rn. 100.

186 *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf (Fn. 155), Art. 87 Rn. 11: „restriktive Gesamtintention“; *Sachs*, in: Sachs (Fn. 130), Art. 87 Rn. 75: „Notbehelf für nicht absehbare Entwicklungen“.

187 *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 166), Art. 97 Rn. 215.

188 Vgl. *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Bd. 3 (Fn. 182), Art. 87 Rn. 112.

189 Vgl. die für den Fortgang der Beratungen weichenstellende Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drucks. 16/10485, S. 14, auf die sich der Ausschussbericht bezieht, 16/11669, S. 21.

zuweisen. Selbst wenn es gelänge, die Frage vor das BVerfG zu bringen, wird bis zu dessen Entscheidung viel Zeit vergehen. Bis dahin dürfte das Gesetz anwendbar bleiben. Selbst wenn das BVerfG irgendwann die Gesetzgebungskompetenz des Bundes verneinen würde, beseitigt diese gerichtliche Entscheidung nicht rückwirkend alle auf das Gesetz gestützten Vollzugsakte¹⁹⁰. Aber daran sollte man erinnern: Auf Verfassungszweifel darf der Gesetzgeber schon reagieren, bevor Karlsruhe gesprochen hat.

Reformbedarf besteht indes auch dann, wenn man dieses Verfassungsproblem ausblendet. Vor allem sollte das Verhältnis zwischen behördlichem Aufsichtsverfahren und Bußgeldverfahren reformiert werden. Weil im Gewand der administrativen Kontrolle der Mindestlohnpflichten häufig nur ein Bußgeld- oder Strafverfahren vorbereitet wird¹⁹¹, muss bereits das behördliche Aufsichtsverfahren über jene „schützenden Formen“¹⁹² verfügen, die für das Straf- und Bußgeldverfahren unabdingbar sind. Außerdem sollten Prüf- und Verfolgungsbehörden, aber auch die Gerichte die Normen zur Durchsetzung des Mindestlohns im Rahmen des auslegungsmethodisch Vertretbaren restriktiv, das heißt sanktionsvermeidend, also freiheitsschützend auslegen und anwenden, damit die Unbestimmtheit der Normtexte, die verfassungsrechtlich immer noch zu sehr toleriert wird¹⁹³, sich nicht zu negativ auswirkt. „Mindestlohncompliance“¹⁹⁴, also regelkonformes Verhalten des Arbeitgebers¹⁹⁵, setzt voraus, dass der Arbeitgeber eine realistische – und nicht nur in einer Parallelwelt juristischer Wirklichkeitskonstruktionen existierende – Chance hat, den normativen Gehalt von Rechtsregeln zu erkennen.

Wer einen Mindestlohn installiert und ihn staatlich durchsetzen will, dem muss daran gelegen sein, dass dies rechtsstaatlich korrekt geschieht. Jedes sozialstaatliche Anliegen büßt Glaubwürdigkeit ein, wenn es die Bewährungsprobe des Rechtsstaates nicht besteht. Was die staatliche Durchsetzung des Mindestlohns anbelangt, steht das Urteil fest: Bewährungsprobe nicht bestanden!

190 § 95 Abs. 3 in Verbindung mit § 79 BVerfGG.

191 Dazu oben bei Fn. 101.

192 Der Begriff geht zurück auf den großen Staats- und Strafrechtslehrer *Heinrich Albert Zachariae*, Handbuch des deutschen Strafprozesses, Bd. 1, 1860, S. 144 ff.; zur Bedeutung im vorliegenden Kontext vgl. *Ignor/Rixen*, in: *Ignor/Rixen* (Fn. 60), § 1 Rn. 39.

193 Dazu *Ignor/Rixen*, in: *Ignor/Rixen* (Fn. 60), § 1 Rn. 40 f.

194 Begriff bei *Rieble*, NJW-Spezial 2009, 414.

195 Zusammenfassung hierzu „Compliance: 10 Thesen für die Unternehmenspraxis“, erarbeitet vom *Arbeitskreis Externe und Interne Überwachung der Unternehmung der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V. (AKEIÜ)*, DB 2010, 1509 ff.

Diskussion

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Wir diskutieren die beiden Vorträge gleichzeitig und haben auch schon die erste Wortmeldung von *Herrn Huke*.

Rainer Huke, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin:

Herzlichen Dank. Herr *Rixen*, nach Ihren letzten Ausführungen noch einmal ganz kurz zum Verfassungsrecht. Ob das überhaupt zulässig ist, dem Zoll diese Aufgabe zuzuweisen. Dem MiArbG war ja eigentlich in der ursprünglichen Fassung die Kontrolle den Arbeitsbehörden der Länder zugewiesen. Anlässlich der Gesetzesänderung waren es Bestrebungen des Bundesrats, das heißt also der Länder, dass am Ende der Zoll auch ins MiArbG aufgenommen wurde. Das heißt, die Länder hatten überhaupt keine Lust, das Ganze zu kontrollieren.

Ansonsten will ich die Gelegenheit nutzen, zum Vortrag von Herrn *Seifert* etwas zu sagen und dabei vielleicht auch noch auf Herrn *Rieble* eingehen, was auch schon einen kleinen Vorgriff auf das ist, was Herr *Caspers* danach uns vortragen wird: Für mich war entscheidend, dass Sie am Anfang gesagt hatten, dass die kollektiven Regelungen in Frankreich auf schwachen, tönernen Füßen stehen. Das ist, glaube ich, der entscheidende Unterschied vieler Länder, die einen solchen allgemeinen Mindestlohn haben, zu Deutschland. Wir haben in Deutschland – zwar lange Zeit mit abnehmender Tendenz, seit 2007 aber stabilisiert – noch immer ein sehr hohes Maß an kollektiver Regelung. Die Tarifaautonomie spielt noch die entscheidende Rolle bei der Festsetzung der Arbeitsbedingungen. Dies ist meines Erachtens auch der entscheidende Punkt, der gegen einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn spricht. Denn dies wäre ein absoluter Paradigmenwechsel. Alles, was wir bisher an Branchenmindestlöhnen haben, ist nicht schön, aber es knüpft vom Prinzip an unser bestehendes System an. Bei den branchenbezogenen Mindestlöhnen habe ich Tarifverträge, die dem Ganzen zugrunde liegen. Selbst bei der Pflege hat man sich an bestehenden Tarifverträgen orientiert. Selbst im Bereich Mindestarbeitsbedingengesetz erleben wir bei der Branche Callcenter, dass man zunächst zu hoffen scheint, dass die Branche erst einmal selbst aktiv wird und nicht der Staat aktiv werden muss. Wenn ich dagegen von vornherein dem Staat die Aufgabe der Lohnfestsetzung übertrage, befürchte ich, dass in den Bereichen, wo die Tarifparteien bisher leider nicht mehr die große Rolle spielen, sie dann anschließend über-

haupt keine Rolle mehr spielen werden: Die Tarifaautonomie würde in diesen Bereichen komplett zurückgedrängt werden.

Noch ein, zwei Fragen zum Thema Mindestlohn in Frankreich. Bei der Auswertung sahen Sie ja nicht so die großen Auswirkungen. Wir sehen sie jedoch im Bereich der Jugendarbeitslosigkeit in Frankreich. Wenn Sie sagen, dass die Gesetzgebung vor hatte, hier einen *SMIC-jeunes* einzuführen, dann spricht das dafür, dass es auch bei der Politik erkannt worden war, es sich dann aber nicht gegen die Öffentlichkeit durchsetzen ließ. Eine zweite Frage: Die rechtlichen Rahmenbedingungen der Kontrollen ist ja immer das eine. Entscheidender ist die Umsetzung in der Praxis. Das ist auch eine Frage, die wir in Deutschland immer wieder haben. Es gibt 6.000 Leute in der Finanzkontrolle Schwarzarbeit. Das Entsendegesetz wurde aber inzwischen ausgeweitet. In der Folge wird nicht mehr so umfassend kontrolliert. Wie ist es in Frankreich? Gibt es überhaupt Zahlen, wie sich die Leute wirklich in der Praxis daran halten? Weil: Alle Mechanismen können da sein, wenn aber am Ende die Leute davon ausgehen, dass die Wahrscheinlichkeit, erwischt zu werden, sowieso nicht so hoch ist, halten sich die praktischen Auswirkungen eher zurück. Gibt es auch dazu Zahlen für Frankreich?

Professor Dr. Achim Seifert, Universität Luxemburg:

Ich beginne mit Ihrer letzten Frage, der Problematik der Rechtsdurchsetzung. Ich habe leider keine konkreten Zahlen, wie viele Mindestlohnverstöße von den französischen Strafverfolgungsbehörden im Jahr verfolgt werden; auch der von mir zitierte Jahresbericht über die Arbeit der Arbeitsinspektionen weist solche Zahlen nicht aus. Ich weiß allerdings von Praktikern, dass die Vorschriften über die Bekämpfung der Schwarzarbeit eine große Rolle spielen: Dies gilt insbesondere für die Entschädigung in Höhe von sechs Monatsentgelten, die an den betroffenen Arbeitnehmer zu zahlen ist. Ich habe Ihnen aber auch gesagt, dass die französischen Arbeitsinspektionen nicht gut ausgestattet sind, was ein Problem ist. Die Arbeitsinspektionen arbeiten natürlich stark auf Zuruf und sind auf konkrete Hinweise oder Beschwerden angewiesen, dass in diesem oder jenem Betrieb oder auf dieser oder jener Baustelle Verstöße gegen arbeitsrechtliche Vorschriften stattfinden.

Ihre erste Frage bezieht sich auf die jungen Arbeitnehmer. Ich hatte ja in meinem Referat den „*SMIC-jeune*“ erwähnt. Die Strategie einer Bekämpfung der sehr hohen Jugendarbeitslosigkeit durch Absenkung des arbeitsrechtlichen Schutzes für jüngere Beschäftigte taucht immer wieder in der französischen Politik auf. Letztes Beispiel hierfür ist die Diskussion um die Einführung eines *contrat première embauche* (CPE) im Jahre 2005, der Arbeitgebern die Möglichkeit verschaffen sollte, Arbeitnehmer bis zur Vollendung des 26. Lebensjahres ohne Vorliegen eines Kündigungsgrundes zu

kündigen. Sie wissen alle, dass dieser Versuch kläglich am Widerstand der Straße gescheitert ist. An diesem Beispiel lässt sich übrigens gut zeigen, dass die Konfliktformen in Frankreich doch ganz andere sind als in Deutschland: Dort ist die „Strasse“ als Beschaffung von Legitimation – auch gegenüber dem Parlament – durchaus anerkannt. Es ist für mich immer wieder interessant zu sehen, dass dies selbst bis weit in bürgerliche Kreise kaum infrage gestellt wird.

Professor Dr. Stephan Rixen, Universität Bayreuth:

Es ist interessant zu sehen, dass die Bundesländer offenbar nicht wollten, dass ihnen die Kompetenz zur Durchsetzung des AEntG zugewiesen wird. Warum, dürfte auf der Hand liegen, denn sie möchten nicht noch mehr Arbeit auf die Landesbehörden verteilen. Die Frage ist aber, ob solche aus Sicht der Länder beziehungsweise ihrer Bediensteten durchaus verständlichen Argumente es gestatten, das verfassungsrechtlich Gebotene über Bord zu werfen. Wir bräuchten einen Arbeitgeber, der es sich antut, all das einmal in einem passenden Verfahren überprüfen zu lassen, zum Beispiel jemanden, der eine Prüfung durch den Zoll erlebt hat und danach auf Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Prüfung klagt. Vielleicht gelingt es einem Finanzgericht, das zunächst einmal zu überzeugen wäre, das Ganze nach Karlsruhe zu bringen, also das Verfahren dem BVerfG vorzulegen. Das täte dem Arbeitgeber nicht so weh – weil es ja nur um eine nachträglich erfolgende Feststellungsklage geht –, würde aber die verbindliche Klärung des verfassungsrechtlichen Problems effektiv befördern. Es gibt also durchaus Möglichkeiten, die wohl eher pragmatisch motivierte Sicht der Länder auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung hin überprüfen zu lassen.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich möchte dazu nur eine Bemerkung machen: Es war in der Tat so, wie Sie das gesagt haben. Sogar das Land Baden-Württemberg hat, und zwar in der Tat auch auf Anregung des Landessozialministeriums, das sich personell nicht in der Lage gesehen hat, die Mindestlohnkontrolle durchzuführen, das Verfahren nach § 87 Abs. 3 letzter Satz GG betrieben. Dort steht ausdrücklich drin, dass der Bund neue Unter- und Mittelbehörden – und die Finanzkontrolle Schwarzarbeit ist ja ein Vollzugsapparat – nur errichten darf, wenn es dafür einen dringenden Bedarf gibt. Darüber muss man streiten, das ist das Materielle. Zweitens muss der Bundesrat zustimmen. Drittens muss der Bundestag hier mit Kanzlermehrheit – also nicht nur der Anwesenden, sondern der Mitglieder des Bundestags – entscheiden. Dieses aufwendige

Verfahren hat man damals, als es um die Angleichung der Ermittlungsbefugnisse nach dem damaligen MiArbG und dem AEntG ging, beschritten.

Ich habe eine Frage, vor allem an Herrn *Seifert*: Gibt es irgendwelche Erkenntnisse dazu, welche Personengruppen durch den SMIC ausgegrenzt werden? Aus deutscher Sicht hört man immer von den *banlieue*, von den Einwanderern, den Tunesiern, Marokkanern und so weiter. Gibt es da Erhebungen? Ich meine, die Franzosen machen doch sehr viel mehr Soziologie, als wir in Deutschland das tun. Und wie versucht man dann, wenn man schon kein Arbeitsrecht zweiter Klasse für die Problemgruppen hinkommt, diese doch noch zu integrieren? Das wäre auch für uns die alles entscheidende Frage. Wenn wir diese alle ausgrenzen durch die Kombination von Kündigungsschutz und Mindestlohn, wo stecken wir sie dann hin?

Stephan Rixen:

Der Hinweis auf Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG ist wichtig. Er betrifft die Behördenorganisation. Man kann sich in der Tat fragen, ob ein „dringender Bedarf“ bestanden hat (wie die Vorschrift es verlangt), bundeseigene Unterbehörden, den Zoll, mit der Aufgabe zu betrauen. Materiell-rechtliche Befugnisse des Zolls können nicht aus Art. 87 GG hergeleitet werden. Für sie brauchen wir eine Gesetzgebungskompetenz. Wie ich dargelegt habe, scheiden insoweit insbesondere Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG und Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG aus. Diese Frage bleibt brisant, denn wir alle wollen ja schon ganz gerne wissen, ob es eine verfassungsrechtliche Legitimation beispielsweise für die Befugnis des Zolls gibt, sogar Flugzeuge anzuhalten.

Achim Seifert:

Ich hatte ja in meinem Referat bereits ausgeführt, welche Personengruppen im Einzelnen vom SMIC betroffen sind. Was aber die Bewohner der *banlieue* der großen französischen Städte anbelangt, die – wie allseits bekannt sein dürfte – sozial stark problembehaftet ist, so habe ich keine Statistik nach Wohnbezirken aufgefächert gefunden. Dasselbe gilt für die Bedeutung des SMIC für Arbeitnehmer mit Migrationshintergrund. Natürlich darf man vermuten, dass diese Beschäftigtengruppe überdurchschnittlich stark vom gesetzlichen Mindestlohn betroffen ist. Allerdings ist die Erstellung von Statistiken zur ethnischen Herkunft von Personen nach französischen Recht grundsätzlich unzulässig; ich hatte darauf ja in meinem Referat hingewiesen.

Was wird in Frankreich dafür getan, um diese Gruppen in den Arbeitsmarkt zu integrieren? Nun, man schafft eben kein Arbeitsrecht zweiter Klasse für diese Problemgruppen des Arbeitsmarkts; ein solches wäre politisch auch

kaum durchsetzbar, wie die Erfahrungen aus den politischen Konflikten der vergangenen zwei Jahrzehnte zeigen. Stattdessen weicht man zur Problemlösung insbesondere auf das Sozialversicherungsrecht aus. Dies sieht verschiedene Instrumente vor wie etwa den *contrat d'avenir* (Zukunftsvertrag) oder den *contrat d'insertion* (Eingliederungsvertrag), mit denen die Eingliederung dieser Problemgruppen in Beschäftigungsverhältnisse erleichtert werden soll. Auch ist in diesem Zusammenhang nochmals auf die inzwischen zahlreichen *exonérations*, also auf die Ausnahmen von der Beitragspflicht der Arbeitgeber zur Sozialversicherung, hinzuweisen, mit denen die Beschäftigung auf Stellen mit geringer Arbeitsproduktivität gefördert werden soll.

Dr. Barbara Geck, Justem Rechtsanwälte GbR, Frankfurt/Main:

Ich habe eine Anmerkung zu dem Druck der Straße im Rahmen der Thematik Mindestlohn. In jüngster Zeit ist das auch bei der Rente, bei der französischen Rentenreform aufgefallen, wo man sich als deutscher Betrachter fragt, geht da nicht die *banlieue*, gehen da nicht die jungen Menschen gegen ihre eigenen Interessen auf die Straße? Da beschleicht mich bei der Thematik Mindestlohn doch die Frage: Geht es nicht eher um eine Abschottung der Älteren, die wohl einen emotionalen Punkt bei den jüngeren treffen und sie dazu bringen, dafür auf die Straße zu gehen, ihnen dabei zu helfen, die Älteren wiederum abzuschotten, die ja den höheren Lohn behalten und die natürlich dann die Sorge haben, aus dem Arbeitsmarkt von den Jüngeren gedrängt zu werden. Die Einstellung zur Rentenreform verstehe ich nach ihrem Vortrag ein Stück weit besser: Wir würden es sofort merken, wenn, wie es kürzlich gesagt wurde, „Ja nur ein paar Prozentpunkte“ die Rente heraufgesetzt und die Rente wieder auf 65 heruntergesetzt wird. Da würden hier eher die Jüngeren auf die Straße gehen und sagen, das können wir nicht machen, weil wir es zur Hälfte mitfinanzieren müssen. In Frankreich müssen es auch alle mitfinanzieren in irgendeiner Form, nur die Leute bemerken es nicht so.

Ist der SMIC nicht auch ein Stück ein Ausgrenzungsmechanismus von denjenigen, die in dem Bereich des SMIC entlohnt werden? Oder anders gefragt: Inwiefern werden sie instrumentalisiert, die Jüngeren, die diese Reformen versuchen zurückzudrängen?

Achim Seifert:

In der Tat hat der SMIC derartige Ausgrenzungseffekte: Wie bereits ausgeführt, sind jüngere Arbeitnehmer gegenüber älteren Arbeitnehmern ganz überdurchschnittlich vom SMIC betroffen und die Jugendarbeitslosigkeit ist schon seit Jahrzehnten sehr hoch in Frankreich. Die vorliegenden Statistiken

sprechen insoweit eine klare Sprache. Sofern jüngere Menschen für einen höheren SMIC auf die Straße gehen sollten, verstärken sie theoretisch diese Ausgrenzungseffekte auf dem Arbeitsmarkt und handeln deshalb letztlich gegen ihre eigenen Interessen. Dies müssen auch diejenigen eingestehen, die grundsätzlich für den SMIC politisch eintreten. Eine diesen Gegebenheiten Rechnung tragende Differenzierung beim Mindestlohn ist politisch in Frankreich nicht durchsetzbar. Wie gesagt, die politische Antwort auf das Problem besteht in einer Verlagerung der Problemlösung auf eine andere Regelungsebene, nämlich die Sozialversicherung, für die in wachsendem Umfang der Staat als Ganzer finanziell eintritt. Die Erwartungshaltung der Jüngeren ist vor diesem Hintergrund, dass ihnen der SMIC zu 100% eingeräumt wird und möglicherweise entstehende negative Effekte auf dem Arbeitsmarkt durch eine Sozialisierung der Kosten aufgefangen werden.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Herr Rixen, ich habe noch eine Frage an Sie: Sie haben referiert, dass diese Unschärfe der Straftatbestände im weitesten Sinne, wenn man noch das Tarifvertragsrecht einbezieht, zu erheblichen rechtsstaatlichen Schwierigkeiten oder auch rechtsstaatlichen Bedenken führt. Wenn wir diese Unschärfe zusammennehmen mit den Anhaltspunkten, die die Finanzkontrolle Schwarzarbeit wählt, um Kontrollen durchzuführen, dann habe ich die Überlegung, ob das nicht zu einer Beschränkung von Dienstleistungsfreiheit oder Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Weise führt, dass jeder, der ein Fahrzeug – einen Bulli – ab 1.5. 2011 mit polnischem Kennzeichen vor der Tür stehen hat, damit rechnen muss, dass hier kontrolliert wird. Und wenn es ein Kennzeichen ist, das aus Fürstenfeldbruck stammt, dass das dann völlig in Ordnung ist und man daran vorbeifährt. Das hätte am Ende doch den Effekt einer Beschränkung der entsprechenden Grundfreiheiten, je nachdem, welche Verdachtsmomente der jeweilige Denunziant zugrunde legt. Wie schätzen Sie das ein?

Stephan Rixen:

Ich habe mir die Frage auch gestellt. Da liest man in einem Kommentar zum SchwarzArbG, die Ausweispflicht treffe jeden Ausländer ohne Differenzierung. Dann fragt man sich schon, ob das denn EU-rechtlich völlig unproblematisch ist. Kann es nicht sein – wenn man nicht nur den Normtext betrachtet, sondern die Normumsetzung mit in den Blick nimmt –, dass hier doch unter der Hand eine Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit eingeführt wird? Vielleicht sollte man die EU-Kommission hierauf aufmerk-

sam machen – oder einige Nachbarländer Deutschlands, die insoweit sehr sensibel sein dürften.

Professor Dr. Sebastian Krebber, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Herr Rixen, Sie haben eindrucksvoll geschildert, dass ein solcher Voraussetzungsmechanismus eigentlich nicht sein kann. Gleichzeitig haben Sie dann auch geschildert, dass jedenfalls viele der Betroffenen davon ausgehen, dass die Chance sehr gering ist, dass sie erwischt werden. Ich fürchte – ich bin noch weniger Strafrechtler als Sie –, dass das eine mit dem anderen zusammenhängt. Das gesamte Wirtschaftsstrafrecht baut inzwischen darauf auf, dass die Tatbestände bis zur Beliebigkeit ausgeweitet werden und Hintergrund ist immer, dass keiner ertappt wird. Und man hofft, dadurch Verstöße erfolgreicher zu ahnden – was nicht zwingend stimmt – aber man kommt in einen rechtsstaatlich unhaltbaren Zustand. Das ist keine echte Frage. Ich habe nämlich auch keine Lösung, doch fürchte ich, dass man dann, wenn man das Durchsetzungsproblem nicht vom Ergebnis her in den Griff bekommt, ein rechtsstaatlich vertretbares Sanktionensystem sich in absehbarer Zeit nicht entwickeln wird.

Stephan Rixen:

Sie haben verschiedene Problemebenen angesprochen. Wenn es um die effektive Geltung des Mindestlohns geht, muss ich in der Tat fragen: Haben wir wirklich operable Instrumente, die die effektive Geltung sichern? Wenn ich die Vielzahl der Durchsetzungs- und Verfolgungsinstrumente sehe, dann stelle ich fest, dass diese Instrumente kumulieren und einen massiven – und diffusen – Vermeidungsdruck erzeugen. Arbeitgeber werden – bis auf die wenigen, die sich von nichts abbringen lassen – tunlichst alles vermeiden, was sie auch nur in die Nähe eines Rechtsnachteils führen wird. Ist das das von der Verfassung gewollte Effektivitätsverständnis des Rechtsstaats: undifferenziert und flächendeckend Vermeidungsverhalten erzeugen? Wir sehen außerdem, dass der Kontrolldruck in der Praxis ungleich verteilt ist und sich vor allem auf das Baugewerbe konzentriert. Wie soll zum Beispiel die Kontrolle im Pflegebereich effektiv funktionieren? Die Ungleichbehandlung beim Vollzug der Kontrollnormen ist verfassungsrechtlich brisant. Generell frage ich mich: Sind uns die Risiken und Nebenwirkungen eines umfassenden Präventionsdenkens hinreichend klar? Im Strafrecht spricht man von Präventionsstrafrecht, im öffentlichen Wirtschaftsrecht gibt es vergleichbare Phänomene: die Vorverlagerung und das „Verdünnen“ konkreter Gefahrenlagen, Entdifferenzierung allenthalben. Alternativ denkbar wäre ein instrumentell effektives Kontrollrecht, was allerdings ent-

sprechend viel Personal voraussetzt. Das ist offenbar zu teuer, stattdessen werden die Befugnisse zum Eingriff in Bürgerrechte erleichtert, vorverlagert, „verdünnt“. So entsteht eine Lage, in der jeder Unternehmer sich fragt, ob er sich unternehmerische Originalität leisten kann, genauer: das Risiko leisten kann, dass ihm unternehmerische Originalität als Kriminalität auf die Füße fällt. Theoretisch kann jeder Unternehmer diese Grenze durch Gerichte klären lassen, aber bis das alles höchstrichterlich geklärt ist, dauert es Jahre, und dann dürfte manches Unternehmen schon insolvent sein, weil kaum ein Unternehmen es sich leisten kann, jahrelang vor den Gerichten um Rechtsklarheit zu ringen. Oft ist der „deal“ der einzige realistische Ausweg, und jeder Verteidiger in Wirtschaftsstrafsachen weiß, dass die Frage von Schuld oder Unschuld bei vielen „deals“ nicht die entscheidende ist. Um nicht missverstanden zu werden: Es geht nicht um eine besondere Arbeitgeberfreundlichkeit, sondern um Bürger-, um Freiheitsrechte. Für mich wäre das genauso schlimm, wenn es um die Gewerkschaften ginge, deren Freiheitsrechte in massiver und diffuser Weise beschnitten würden. Manchmal habe ich schon den Eindruck, dass mit den Mitteln des positiven Rechts eine große Hermeneutik des Verdachts produziert wird, der ein ganzer „Berufsstand“ – Arbeitgeber – ausgesetzt wird. Gesetze haben eben auch eine symbolische, eine bewusstseinsprägende Dimension. Das AEntG sendet, wie ich dargelegt habe, das Signal aus, Arbeitgeber seien, ordnungsrechtlich gesprochen, „latente Störer“. Das finde ich nicht in Ordnung, und es wäre auch bei anderen Menschen nicht in Ordnung.

Gunter Smits, Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschland, Berlin:

Herr Professor *Rixen*, Sie haben sicherlich viele, viele richtige Anknüpfungspunkte auch in der Theorie hier dargestellt, aber man sollte doch auch einmal in die Praxis schauen. Dort muss man schon auch feststellen, dass die Sozialpartner natürlich bei der Durchsetzung von tariflichen Mindestlöhnen auch entsprechend aktiv sind. Es gibt für das Baugewerbe dafür ein entsprechendes Dreierbündnis gegen Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung, welches zwischen den Arbeitgeberverbänden, den Gewerkschaften und dem Bundesfinanzministerium vertraglich abgesichert ist. Wo dann eben auch durch Zusammenarbeit und durch entsprechende Hinweise die schwarzen Schafe bekämpft werden können. Für die Textilreinigung ist genau ein solches Modell jetzt auch gerade auf den Weg gebracht worden, wo im nächsten Jahr versucht wird, genau so ein Bündnis zustande zu bekommen. Dort wird über die Praxis gearbeitet. Weder die Gewerkschaften noch die Arbeitgeberverbände haben ein Interesse, diejenigen, die ganz bewusst Rechtsverstöße auch in der Frage der Mindestlöhne betreiben, diese zuzulassen. Das heißt, es ist unser ureigenstes Interesse, dort auch entsprechend vorzugehen. Das nimmt vielleicht dann doch auch ein Stück weit die Sorge

bezüglich der entsprechenden Durchsetzungsfähigkeit und Durchsetzung von gesetzlichen Mindestlöhnen nach den Modellen, wie wir sie bislang eingeführt haben.

Stephan Rixen:

Ich weiß nicht, ob es um den Unterschied von Theorie und Praxis geht. Darum geht es, glaube ich, nicht. Es geht darum, wie ich die schwarzen Schafe erkenne. Sie sagen: „Wir haben Instrumente, die die schwarzen Schafe erkennen.“ Das ist genau das Problem: Wie erkenne ich ein Schaf als schwarz? Es gehört zur Idee des Rechtsstaats, dass er differenziert, in konkreten, kleinen Schritten versucht, jemanden als „Regelbrecher“ zu erkennen. Wenn das diffus geschieht, ist es nicht in Ordnung. Dass das in der Praxis vielleicht viele nicht berührt, dass dort der eine oder andere sagt: „Wir finden schon unsere Wege“, mag sein. Die Frage ist aber: Sind das vernünftige Wege, gemessen an der auf Differenzierung, auf „schützende Formen“ setzenden Vernunft der Rechtsstaatsidee?

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Herr *Rixen*, ich möchte Ihnen eigentlich nur kurz zustimmen, weil ich auch nur den Kopf schüttelte. Wenn es richtig ist, dass wir mit diesen Mindestlohndebatten im Prinzip der *Rieble'schen* These folgen – das heißt nicht, dass ich ihr folge –, dass wir hier also ein menschenwürdiges Leben gewährleisten und die Sozialkassen nicht belasten, dann verstehe ich überhaupt nicht, was das Screening und die Präventionskontrolle sollen. Es ist doch ganz einfach: Es wird mit den entsprechenden Gesetzen erst einmal ein privates subjektives Recht eingeräumt. Warum soll nicht der Arbeitnehmer das einklagen? Jetzt kommt natürlich sofort: „Das traut er sich nicht und das macht er nicht“, aber vom Schutzzweck her relevant wird das Ganze doch erst, wenn er dann zur Hartz IV-Stelle läuft und versucht, dort in irgendeiner Form eine Aufstockung zu holen. Jetzt ist die Sozialkasse belastet. Dann habe ich aber auch kein Ermittlungsproblem mehr, denn dann kann man sofort nachfragen. Warum man im Vorfeld überhaupt diesen ganzen Verwaltungskrutsch aufbaut und diese ganze Kontrolle, ist im Prinzip unverständlich und zeigt, dass es hier offensichtlich noch um etwas ganz anderes geht, als denen zu helfen, für die man die Gesetze macht.

Abbo Junker:

Herr *Lobinger*, eine Behörde stirbt nicht, sie schafft sich neue Aufgaben. So habe ich den Vortrag von Herrn *Rixen* verstanden.

Stephan Rixen:

Herr *Lobinger* hat das Problem zu Recht noch einmal zugespitzt. Man fragt sich: Was ist der intendierte Steuerungseffekt und was ist der Steuerungseffekt, der verborgen bleibt? Es gibt offenbar keinen „Masterplan“, sondern das eine kommt zum anderen. Am Anfang steht die Sorge, was aus den Bediensteten des Zolls werden soll. Die werden dann zur Schwarzarbeitsbekämpfung eingesetzt, bekommen neue Uniformen, neue Autos, neue Aufgaben. Alles „fühlt“ sich wie Polizei an und wird zur Polizei, wie das die „Hausjuristen“ des Zolls eifrig in Kommentaren und Zeitschriften bestätigen. So entsteht eine „Bundespolizei“, die sich immer noch mehr Aufgaben wünscht. In der geplanten Evaluation des AEntG sollte, so hoffe ich jedenfalls, einiges über die Effekte zu lesen sein, die von der Tätigkeit der FKS ausgehen. Was bringt eigentlich dieser ganze Verwaltungsaufwand? Von welchen messbaren instrumentellen Effekten sprechen wir? Wie sieht es mit den symbolisch-bewusstseinsbildenden Effekten aus, wie mit jener Hermeneutik des Verdachts zulasten der Arbeitgeber, von der ich eben schon gesprochen habe? Evaluation, die sich nicht als reiner Erfolgsbericht missversteht, könnte hier einige Auskünfte geben.

Professor Dr. Robert Rebhahn, Universität Wien:

Österreich führt dieses Kontrollverfahren, dieses umfassende, jetzt erst ein, weil der Bedarf primär in Bezug auf nach Österreich entsendete Arbeitnehmer besteht, eine Kontrolle allein für Entsendete aber offenkundig eine Diskriminierung wäre, und daher auch die Inländer kontrolliert werden müssen.

Abbo Junker:

Vielen Dank. Ich nehme das als Schlussapplaus für die beiden Referenten. Herr *Rixen*, die Fragen nach Ihrem Vortrag sind so schnell gekommen, dass ich keine Gelegenheit hatte, auch Ihnen – so wie Herrn *Seifert* – ganz herzlich für den herausragenden Vortrag zu danken. Ich schließe mit nochmaligem Dank an die beiden Referenten diesen Teil.

Mindestlohn und Tarifautonomie*

Georg Caspers

Seite

I. Mindestlohn als verfassungsrechtliche Herausforderung	148
II. Tarifautonome Festlegung des Arbeitsentgelts	148
1. Gewährleistung durch Art. 9 Abs. 3 GG	148
2. Eingriff durch gesetzlichen Mindestlohn	149
a) In bestehende Entgelttarifverträge	149
b) Beeinflussung der Lohnfindung	150
3. Rechtfertigung	152
a) Legitimer Zweck	152
aa) Sicherung des Existenzminimums	152
bb) Nicht: Regelung einer „angemessenen“ Ent- lohnung	153
cc) Nicht: Schutz der Ordnungsfunktion von Tarifver- trägen oder Schutz des bestehenden Tariflohn- niveaus	154
dd) Erhaltung sozialversicherungspflichtiger Be- schäftigung?	155
ee) Reduzierung von Sozialleistungen	156
b) Verhältnismäßigkeit	157
aa) Geeignetheit	157
bb) Erforderlichkeit	159
cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	160
4. Beteiligung der Koalitionen bei der allgemeinen Mindest- lohnfestsetzung	161
III. Ergebnis	162
Diskussion	164

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung* (München 2011), S. 147-163

* Dem Vortrag liegt die weiterentwickelte Fassung eines Teils meiner Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages vom 3.11. 2008 (Ausschussdrucksache 16 [11] 1117 vom 31.11. 2008, S. 39 ff.) zugrunde.

I. Mindestlohn als verfassungsrechtliche Herausforderung

Mindestlöhne müssen sich auch verfassungsrechtlichen Herausforderungen stellen. Führt der Staat Mindestlöhne ein, sei es direkt durch ein formelles Gesetz, sei es im Wege der Tariflohnnerstreckung oder durch Rechtsverordnung nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, muss er vor allem auf die Tarifautonomie Rücksicht nehmen, die das BVerfG in seiner früheren Rechtsprechung zum Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG gezählt hat¹. Dass das BVerfG die Kernbereichsformel mit dem Beschluss zur Mitgliederwerbung der Koalitionen² aufgegeben hat, hat an dem weitreichenden Schutz der Tarifautonomie nichts geändert. Welchen Spielraum der Gesetzgeber zur Regelung von Mindestlöhnen vor dem Hintergrund der Tarifautonomie hat, soll im Folgenden behandelt werden.

II. Tarifautonome Festlegung des Arbeitsentgelts

1. Gewährleistung durch Art. 9 Abs. 3 GG

Das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland kennt keinen gesetzlich fixierten Lohn. Vielmehr geht die Rechts- und Gesellschaftsordnung von der Privatautonomie aus. Die Bestimmung der Gegenleistung für die vom Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsleistung wird den Akteuren selbst überlassen. Dahinter steht das Prinzip, dass im freiheitlich verfassten Staat die Bürger ihre Rechtsbeziehungen untereinander eigenverantwortlich gestalten³.

Diese Autonomie wird auf der kollektiven Ebene über den Tarifvertrag ausgeübt. Durch Art. 9 Abs. 3 GG ist dieses Instrument verfassungsrechtlich besonders geschützt. Zum einen ist der Gesetzgeber gefordert, die Tarifautonomie durch ein Tarifvertragssystem auszugestalten, was er mit dem TVG getan hat⁴. Zum anderen verlangt die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Tarifautonomie aber auch einen weitgehenden Ausschluss staatlicher Einflussnahme. Das BVerfG hat dies folgendermaßen formuliert: „Die Aushandlung von Tarifverträgen gehört zu den wesentlichen Zwecken der

1 Seit BVerfG 18.11. 1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96, 106 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG = NJW 1954, 1881 unter C 2 b der Gründe.

2 BVerfG 14.11. 1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 358 ff. = AP Nr. 80 zu Art. 9 GG = NZA 1996, 381 unter B I 3 der Gründe; vgl. auch schon BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 228 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1991, 809 unter C I 3 der Gründe („Aussperrungsbeschluss“).

3 BVerfG 7.2. 1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 254 = AP Nr. 65 zu Art. 12 GG = NZA 1990, 389 unter C I 2 der Gründe („Handelsvertreterbeschluss“).

4 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2004, Grundlagen Rn. 20 ff. mit weiteren Nachweisen.

Koalitionen. Hierin sollen sie nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein. Der Staat enthält sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich einer Einflußnahme und überläßt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen, die sie autonom durch Vereinbarung treffen.“⁵

Das gilt, wie das BVerfG mehrfach hervorgehoben hat, in besonderem Maße und vorrangig für den Bereich des Arbeitsentgelts, der gegenüber staatlichen Eingriffen zwar nicht unantastbar ist, ihnen gegenüber aber besondere Wirkkraft entfaltet⁶. Damit ist ausgedrückt, dass die tarifautonome Festlegung des Arbeitsentgelts vor staatlichen Eingriffen nicht sakrosankt ist, sich der Staat aber besondere Zurückhaltung auferlegen muss. Bei Arbeitsbedingungen, die die Tarifvertragsparteien typischerweise regeln, wie insbesondere das Arbeitsentgelt, sind erhöhte Anforderungen an die Gründe zu stellen, die eine Beeinträchtigung rechtfertigen sollen⁷.

2. Eingriff durch gesetzlichen Mindestlohn

a) In bestehende Entgelttarifverträge

Zu einem Eingriff in die Tarifautonomie können Mindestlöhne in mehrfacher Hinsicht führen. So liegt ein Eingriff in bestehende Tarifverträge etwa dann vor, wenn der Mindestlohn ein geltendes Tariflohniveau überschreitet und nicht tarifdispositiv ausgestaltet ist. In diesem Fall werden bestehende Tariflöhne durch den Gesetzgeber ausgehebelt. Das wäre bei einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn gegeben, wenn dieser eine auch im Fall der Tarifbindung zwingend einzuhaltende Lohnuntergrenze vorgäbe.

Die in Deutschland bereits bestehenden Instrumente branchenbezogener Mindestlöhne durch Tariflohnstreckung oder Festsetzung von Mindestentgelten im Wege der Rechtsverordnung nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) sind seit dem vergangenen Jahr gegenüber die Lohnuntergrenze unterschreitenden Tariflöhnen zwingend ausgestaltet. So ist gemäß § 8 Abs. 2 AEntG der erstreckte Tariflohn von einem Arbeitgeber auch dann einzuhalten, wenn dieser nach § 3 Abs. 1 TVG oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist. Es kann demnach zu einer Verdrängung autonom

5 BVerfG 24.4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 283 = AP Nr. 2 zu § 57a HRG = NZA 1996, 1157 unter C I 1 der Gründe mit weiteren Nachweisen aus seiner Rechtsprechung („Befristung an Hochschulen“).

6 BVerfG 24.4. 1996 – 1 BvR 712/86 (Fn. 5), BVerfGE 94, 268, 285 unter C II 1 der Gründe; BVerfG 27.4. 1999 – 1 BvR 2203/93 und andere, BVerfGE 100, 271, 286 = AP Nr. 88 zu Art. 9 GG = NZA 1999, 992 unter B II 1 c, ee der Gründe („Lohnabstandsklauseln“).

7 BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 308 = AP Nr. 2 zu § 10 BUrlG Kur = NZA 2001, 777 unter B 3 d der Gründe.

geltender, also kraft beiderseitiger Tarifbindung anwendbarer Tarifverträge kommen. Ob eine solche Verdrängung mit der Tarifaufonomie noch vereinbar ist, wird gerade auch im Rahmen der aktuellen Debatte zur Tarifeinheit und Tarifpluralität intensiv diskutiert, ganz unabhängig von der Frage, ob eine gesetzliche Anordnung der Tarifeinheit im Betrieb bereits einen Eingriff in die Tarifaufonomie oder noch eine Ausgestaltung derselben darstellt. Auch die Ausgestaltung, die sich für einzelne Koalitionen und deren Mitglieder belastend auswirkt, bedarf der Rechtfertigung⁸.

Lohnfestsetzungen nach dem MiArbG sind gegenüber abweichenden tariflichen Regelungen inzwischen ebenfalls zwingend. Anders als nach dem MiArbG 1952 sieht dessen heutiger § 8 Abs. 2 nunmehr eine uneingeschränkte zwingende Geltung der auf der Grundlage dieses Gesetzes verordneten Mindestarbeitsentgelte vor. Lediglich für vor dem 16.7. 2008 abgeschlossene Tarifverträge und diese ablösende und unmittelbar ersetzende Folgetarifverträge hat der Gesetzgeber Vertrauensschutz angeordnet.

b) Beeinflussung der Lohnfindung

Ein Eingriff in die Tarifaufonomie liegt weiter darin, dass der Staat mit seinem Mindestlohn den Tarifvertragsparteien im Bereich der unteren Entgeltgruppen Konkurrenz macht. Es bestehen verbindliche Vorgaben, die den Spielraum der Tarifvertragsparteien einschränken und ihre Lohnfindung beeinflussen.

Das gilt vor allem im Fall eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns. So werden die Gewerkschaften darauf drängen, dass die niedrigsten Entgeltgruppen einen hinreichenden Abstand zum Mindestlohn halten, um für die Mitglieder attraktiv zu bleiben. Liegt etwa der Tariflohn für Hilfstätigkeiten nur auf oder geringfügig über dem Niveau des gesetzlichen Mindestlohns, besteht für die Arbeitnehmer, die diese Tätigkeiten ausführen, kein Anreiz, Mitglied der Gewerkschaft zu sein und einen Teil des geringen Lohns auch noch als Beitrag an diese zu zahlen – sieht man einmal von den sonstigen Dienstleistungen der Gewerkschaft wie Rechtsberatung und Prozessvertretung ab. Insoweit wird von Ökonomen vorgebracht, dass von Mindestlöhnen eine lohnsteigernde Wirkung auf die Löhne auch oberhalb des Mindestlohnneiveaus ausgeht⁹. Es liegt im Grunde nicht anders als beim schon bestehenden impliziten Mindestlohn durch die Grundsicherungs-

8 Zur Tarifeinheit unter diesem Blickwinkel *Konzen*, Die Kodifikation der Tarifeinheit im Betrieb, JZ 2010, 1036, 1041 f.; *Rieble*, Verfassungsfragen der Tarifeinheit, 2010, S. 58 ff., 76 ff.

9 *Funk/Lesch*, Mindestlohnbestimmungen in ausgewählten EU-Ländern, SF 2006, 83, 92 f.; *Siebert*, Jenseits des sozialen Marktes – Eine notwendige Neuorientierung der deutschen Politik, 2005, S. 147.

leistungen des Sozialrechts, durch die die Lohnfindung in den unteren Entgeltgruppen nicht unmaßgeblich beeinflusst wird¹⁰.

Dieser Effekt verstärkt sich für die weitere tarifliche Lohnstruktur, je mehr Entgeltgruppen und Arbeitsverhältnisse erfasst werden. Der Eingriff in die Tarifaufonomie ist dann umso stärker¹¹. Kommt es durch den Mindestlohn zu einer Kompression am unteren Ende der Lohnskala, müssen die Abstände im tariflichen Vergütungssystem typischerweise wiederhergestellt werden, was nur über Lohnsteigerungen in den nächst höheren Gruppen möglich ist.

Ist der Mindestlohn tarifdispositiv ausgestaltet, ist die Tarifaufonomie zwar weniger intensiv betroffen als bei einem zwingenden Mindestlohn. Zu einer Beeinflussung der Lohnfindung kommt es aber dennoch, weil jedes Mindestentgelt das Verhandlungsgleichgewicht zugunsten der Gewerkschaften verschiebt, indem es die Richtung der Verhandlungen vorbestimmt¹². Lässt man die Leiharbeit einmal außer Betracht, wo die tarifdispositive Regelung des *Equal Pay* in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG seit dem Jahr 2003 die Tarifvertragsparteien überhaupt wieder ins Geschäft gebracht hat, ist es kaum vorstellbar, dass die Gewerkschaften eine Tarifierung unterhalb des Mindestlohns akzeptieren. Jedenfalls müsste die Arbeitgeberseite an anderer Stelle erheblich nachgeben, um das Ausnutzen der Tarifdispositivität zu erreichen¹³. Das wäre wohl selbst bei Verhandlungen um einen den Mindestlohn unterschreitenden Sanierungstarifvertrag der Fall. Im Fall eines auch insoweit zwingenden Mindestlohns wird ein solcher Sanierungstarifvertrag sogar gänzlich verhindert, selbst wenn er im Einzelfall betriebswirtschaftlich sinnvoll ist und Beschäftigung sichert¹⁴.

10 Statt vieler *Feist*, Arbeit statt Sozialhilfe, 2000, S. 37 ff.; *Reuter*, Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifaufonomie, RdA 1991, 193, 194 f.; *Rieble/Klebeck*, Juristische Aspekte einer Zusammenführung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe, in: Raddatz (Hrsg.), Bürgernah fördern und fordern, Stiftung Marktwirtschaft, 2002, S. 21, 22; *Siebert* (Fn. 9), S. 146 ff.

11 *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 82 f.

12 *Bayreuther*, Tarifpolitik im Spiegel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, NZA 2005, 341, 342; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), Grundlagen Rn. 34 ff.; *Rieble/Klebeck*, Gesetzlicher Mindestlohn?, ZIP 2006, 829, 836.

13 *Rieble*, Staatshilfe für Gewerkschaften, ZfA 2005, 245, 255 f.; *Thüsing*, Mindestlohn im Spannungsverhältnis staatlicher und privatautonomer Regelung, ZfA 2008, 590, 596.

14 Zu Mindestlohn und Sanierungstarifvertrag insbesondere *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 831; mit Blick auf beschäftigungssichernde Tarifverträge *Löwisch*, Die neue Mindestlohngesetzgebung, RdA 2009, 215, 220 f.

3. Rechtfertigung

a) Legitimer Zweck

aa) Sicherung des Existenzminimums

Eingriffe in die Tarifautonomie durch gesetzlichen Mindestlohn bedürfen der Rechtfertigung. Sie ist nur gegeben, wenn erstens mit dem Mindestlohn ein verfassungslegitimer Zweck verfolgt wird und zweitens im Hinblick darauf die Verhältnismäßigkeit gewahrt wird. Ein Eingriff in die Tarifautonomie kann nach der Rechtsprechung des BVerfG dann gerechtfertigt sein, wenn mit ihm gleichrangige Ziele des Gemeinwohls verwirklicht werden. Dazu zählt der Schutz von Grundrechten Dritter und anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange¹⁵. Gesetzliche Vorgaben, die den Spielraum der Tarifvertragsparteien bei Lohnverhandlungen einschränken, erachtet das BVerfG als besonders belastend. Es müssen schwerwiegende Gründe sein, die den Eingriff rechtfertigen sollen, wie das Gericht in seiner Entscheidung zu den Lohnabstandsklauseln bei Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nochmals ganz deutlich ausgeführt hat¹⁶.

Die Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums bei einer Vollzeittätigkeit stellt einen legitimen Zweck dar, der den mit einem staatlichen Mindestlohn verbundenen Eingriff in die Tarifautonomie rechtfertigen kann¹⁷. Er kann sich auf Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsgebot stützen. Das gilt sowohl für einen Eingriff in bestehende Tarifverträge, wenn der Mindestlohn nicht tarifdispositiv ausgestaltet ist, als auch für die Maßstabswirkung, an der die Tarifvertragsparteien ihr künftiges Tun ausrichten werden, weil ein gesetzlicher Mindestlohn Leitfunktion für das untere Lohnsegment hat. Zwar richtet sich die aus der Verfassung abgeleitete Verpflichtung zur Sicherung des soziokulturellen Existenzminimums an den Staat¹⁸. Indessen kann der Gesetzgeber für die Existenzsicherung von Arbeitnehmern diese Aufgabe – vorbehaltlich der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall – dem Arbeitsentgelt überantworten, auch um Mitnahmeeffekten

15 BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97 (Fn. 7), BVerfGE 103, 293, 306 unter B 3 der Gründe.

16 BVerfG 27.4. 1999 – 1 BvR 2203/93 und andere (Fn. 6), BVerfGE 100, 271, 283 f., 286 unter B II 1 c, aa und ee der Gründe (aus dem Blickwinkel der Gewerkschaften).

17 Sodan/Zimmermann, Tarifvorrangige Mindestlöhne versus Koalitionsfreiheit, NJW 2009, 2001, 2003, die insoweit von der „Sicherung menschenwürdiger Minimallöhne“ sprechen.

18 Zum Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums BVerfG 9.2. 2010 – 1 BvL 1/09 und andere, BVerfGE 125, 175, 222 ff. = NJW 2010, 505 unter C I der Gründe mit weiteren Nachweisen.

bei den staatlichen Leistungen zu begegnen, worauf noch zurückzukommen ist¹⁹.

bb) Nicht: Regelung einer „angemessenen“ Entlohnung

Die derzeitigen Ermächtigungsgrundlagen im AEntG und im MiArbG, nach denen Mindestlöhne verordnet werden können, gehen über den Zweck der Existenzsicherung der Arbeitnehmer deutlich hinaus. So nennt § 1 AEntG als Ziel des Gesetzes unter anderem die Schaffung und Durchsetzung „angemessener“ Mindestarbeitsbedingungen. Auch der Fachausschuss nach dem MiArbG hat nach § 4 Abs. 4 Nr. 1 im Rahmen einer Gesamtabwägung zu prüfen, ob seine Entscheidung insbesondere geeignet ist, „angemessene Arbeitsbedingungen“ zu schaffen. Dementsprechend regelt § 5 Nr. 1 AEntG, dass Mindestentgeltsätze erstreckt werden können, die unter anderem nach Art der Tätigkeit und Qualifikation der Arbeitnehmer differieren können. Auch § 4 Abs. 4 Satz 2 MiArbG sieht vor, dass der Fachausschuss bei der Festlegung nach Art der Tätigkeit und Qualifikation der Arbeitnehmer differenzieren kann.

Mit einem lediglich existenzsichernden Mindestlohn, der unabhängig von der ausgeübten Tätigkeit eine absolute Untergrenze jeder Entlohnung zieht, hat das nichts zu tun. Die Frage, ob das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung „angemessen“ ist, ist das Geschäft der Tarifvertragsparteien. Genau dabei sollen sie von staatlicher Beeinflussung frei bleiben. Die gesetzlichen Regelungen bringen hingegen zum Ausdruck, dass sich der Staat berufen fühlt, umfassender in die Lohnstrukturen einzugreifen. Er nimmt sich das Recht, differenziert nach Tätigkeit und Qualifikation mehrere Mindestlöhne in einer Branche zu setzen. Der Gesetzgeber ermächtigt staatliche Stellen, Lohnpolitik zu betreiben und die Neutralität im Lohnfindungsprozess zugunsten der Gewerkschaften aufzugeben. Zwar heißt es in den Gesetzesmaterialien zur Novelle des AEntG und des MiArbG beschwichtigend, dass die Erstreckung ganzer Lohngitter nicht möglich sein soll²⁰. Der Gesetzestext spiegelt das aber nicht wider. Von wie vielen „Mindestlohngruppen“ der Gesetzgeber ausgeht (zwei, drei, vier oder mehr?), bleibt offen. Geht eine staatliche Lohnfestsetzung, die das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in den Blick nimmt, zum Zweck der Schaffung einer angemessenen Entlohnung über die bloße Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums hinaus, ist der damit verbundene Eingriff in die Tarifautonomie

19 Dazu unten ee.

20 Entwurf eines Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG, BT-Drucks. 16/10486, S. 12; Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, BT-Drucks. 16/10485, S. 10.

nicht gerechtfertigt. Die Angemessenheit tariflicher Lohnfindung zu beurteilen, zu zensieren und zu korrigieren, steht dem Gesetz- oder Verordnungsgeber nicht zu²¹. Vielmehr bietet ja gerade der Tarifvertrag die Gewähr für ein richtiges, angemessenes Arbeitsentgelt²².

cc) Nicht: Schutz der Ordnungsfunktion von Tarifverträgen oder Schutz des bestehenden Tariflohnlevels

In der Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit von Mindestlöhnen stellt sich weiter die Frage, ob sie mit dem Zweck gerechtfertigt werden können, die autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abzustützen. So hat etwa die Bundesregierung in den Gesetzesmaterialien zum AEntG die „Unterstützung der Ordnungsfunktion der Tarifverträge“ als Rechtfertigungsgrund für eine Verdrängung konkurrierender Tarifverträge nach dem AEntG angegeben und sich hierfür auf Rechtsprechung des BVerfG berufen²³.

In der Tat hat das BVerfG im Jahr 2006 in der Entscheidung zur Tariftreue-Regelung des Berliner Vergabegesetzes ausgeführt, der Gesetzgeber dürfe auch die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen, indem er Regelungen schaffe, die bewirkten, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter auch für Nichtverbandsmitglieder mittelbar zur Anwendung kämen. Dadurch werde die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte, im öffentlichen Interesse liegende autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abgestützt, indem den Tarifentgelten zu größerer Durchsetzungskraft verholfen werde²⁴. Die nahezu identischen Ausführungen finden sich in einem Nichtannahmebeschluss zu einer Verfassungsbeschwerde wegen der Bürgenhaftung des Hauptunternehmers für Mindestlohnansprüche nach dem AEntG aus dem Jahr 2007²⁵.

Diese Bemerkungen in den Gesetzesmaterialien geben im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG die Verfassungslage nicht zutreffend wieder. Mit einer Ordnungsfunktion der Tarifverträge, sofern man sie überhaupt mit dem BVerfG für Grundrechtseinschränkungen heranziehen will, kann eine Verdrängung von Tarifverträgen durch staatlich gesetztes Recht nicht gerechtfertigt werden²⁶.

21 Dazu *Sodan/Zimmermann*, NJW 2009, 2001, 2004 f.; *Willemsen/Sagan*, Mindestlohn und Grundgesetz, NZA 2008, 1216, 1219.

22 *Giesen*, Staatsneutralität bei der Verbindlicherklärung von Tarifverträgen, ZfA 2008, 355, 372.

23 BT-Drucks. 16/10486, S. 12.

24 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 224 = AP Nr. 129 zu Art. 9 GG = NZA 2007, 42 unter C II 2 c, aa der Gründe.

25 BVerfG 20.3. 2007 (2. Kammer des Ersten Senats) – 1 BvR 1047/05, NZA 2007, 609 unter IV 2 b, bb (1) (b) der Gründe.

26 *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216, 1219.

Denn werden autonom geltende Tarifverträge durch staatlicherseits erstreckte Tarifverträge, durch Rechtsverordnungen nach dem MiArbG oder auch durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn verdrängt, liegt dies gerade nicht im öffentlichen Interesse einer autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen. Im Gegenteil: Die autonome Ordnung des Arbeitslebens durch tariffähige und durch ihre Mitglieder legitimierte Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften wird dann gerade beiseite geschoben. Passt dieser Gesichtspunkt also schon nicht für eine Verdrängung autonom geltender Tarifverträge durch staatlicherseits erstreckte, liegt es erst recht nicht im Interesse einer autonomen Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen, wenn eine solche Verdrängung durch einen nach dem MiArbG verordneten oder durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn erfolgt²⁷.

Liest man in den erwähnten Entscheidungen des BVerfG nach, sind die entsprechenden Ausführungen auch nur auf den Außenseiterwettbewerb gemünzt²⁸. Eine Unterstützung der Ordnungsfunktion der Tarifverträge als gesetzgeberisches Ziel kann deshalb allenfalls für eine Beschränkung des Außenseiterwettbewerbs, also des Schutzes vor arbeitsvertraglicher Unterbietung der Tarifverträge durch nicht-tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer herangezogen werden. Sie kann dann nur als Rechtfertigung für Eingriffe in die von Art. 12 Abs. 1 GG erfasste Arbeitsvertragsfreiheit dienen, nicht aber kann sie für Eingriffe in die Tarifautonomie selbst erhalten.

Dementsprechend ist auch der Schutz des bestehenden Tariflohnniveaus kein gesetzgeberisch anerkennenswertes Ziel. Bezweckte der Gesetzgeber mit einem Mindestlohn einen Schutz der bestehenden Tariflöhne vor einer Absenkung in künftigen Tarifaueinandersetzungen, griffe er zulasten der Arbeitgeber einseitig in die Mechanismen der Lohnfindung ein und gäbe seine Neutralität in Tarifaueinandersetzungen zugunsten der Gewerkschaften auf. In welche Richtung sich der Lohn entwickelt, nominal ja meist nach oben, muss der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien überlassen.

dd) Erhaltung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung?

Diskutiert wird darüber, ob auch die Erhaltung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung einen legitimen Zweck für einen gesetzlichen Mindestlohn darstellt. In der Tat kann ein hoher Grad an sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen als Gemeinwohlbelang mit Ver-

²⁷ Sodan/Zimmermann, NJW 2009, 2001, 2005.

²⁸ BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00 (Fn. 24), BVerfGE 116, 202, 221 ff., insbesondere unter C II 2 der Gründe; BVerfG 20.3. 2007 – 1 BvR 1047/05 (Fn. 25) unter IV 2 b, bb) (1) der Gründe: nur auf Art. 12 Abs. 1 GG beziehen sich die erwähnten Passagen der beiden Entscheidungen.

fassungsrelevanz aufgefasst werden. Mit Blick auf einen allgemeinen Mindestlohn stellt sich – um an dieser Stelle der Frage der Verhältnismäßigkeit bereits vorzugreifen – aber die Frage, ob ein Mindestlohn überhaupt geeignet sein kann, Beschäftigung zu erhalten. Vielmehr liegt es doch nicht fern, dass mit einem Mindestlohn Beschäftigungsverluste einhergehen, weil er Arbeit verteuert²⁹. Würde er umgekehrt kaum Arbeitsverhältnisse erfassen, wäre er weitgehend wirkungslos.

Das Ziel der Erhaltung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung wird deshalb vor allem im Kontext von Entsendesituationen angeführt. So formuliert § 1 AEntG unter anderem als Ziel, dass faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen gewährleistet werden sollen und zugleich sozialversicherungspflichtige Beschäftigung erhalten werden soll. Das aber kann allenfalls zur Rechtfertigung eines Mindestlohns in Konstellationen herangezogen werden, in denen eine Verdrängung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung tatsächlich droht, weil im Ausland zu günstigeren Konditionen beschäftigte Arbeitnehmer vorübergehend nach Deutschland entsandt werden. Zur Rechtfertigung eines Mindestlohns in Bereichen, in denen es zu einer solchen Verdrängung gar nicht kommen kann, weil keine Entsendung stattfindet, ist das Ziel, sozialversicherungspflichtige Beschäftigung erhalten zu wollen, nicht geeignet.

ee) Reduzierung von Sozialleistungen

Nachzugehen ist noch der Frage, ob das Ziel, Sozialleistungen zu reduzieren, zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Tarifautonomie durch Mindestlohn herangezogen werden kann. Gegenwärtig ist es ja so, dass durch eine Kombination aus Arbeitsentgelt und Arbeitslosengeld II das Existenzminimum gesichert wird, wenn das Arbeitsentgelt insoweit nicht ausreicht, wobei aus Anreizgründen der Verdienst erwerbstätiger Hilfebedürftiger nur zum Teil auf das Arbeitslosengeld angerechnet wird. In der Sache handelt es sich um eine Subvention, die allerdings unter dem Vorbehalt ihrer Finanzierbarkeit steht, da auch die finanzielle Stabilität des Staates und der sozialen Sicherungssysteme gesetzgeberisch aner kennenswerte Ziele im Interesse des Gemeinwohls sind³⁰. Ein existenzsichernder Mindestlohn kann dazu eingesetzt werden, die Inanspruchnahme dieser Subvention einzudämmen. Insbesondere werden etwaige Mitnahmeeffekte eingeschränkt, weil ein Mindestlohn einer Ausrichtung der Lohnfindung an der Subvention entgegenwirkt. Diese wird dann nicht zur Lohnsubvention für Arbeitgeber,

29 Ob mit Mindestlöhnen Beschäftigungsverluste einhergehen, ist unter Ökonomen freilich umstritten; Nachweise bei *Thüsing*, ZfA 2008, 590, 605 ff.

30 BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97 (Fn. 7), BVerfGE 103, 293, 306 f. unter B 3 a der Gründe; BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00 (Fn. 24), BVerfGE 116, 202, 223 f. unter C II 2 c, aa der Gründe.

sondern subventioniert ihrem ursprünglichen Zweck entsprechend nur diejenigen, die bedürftig sind und deren Existenzminimum gesichert werden muss. Das stellt einen legitimen Zweck für einen existenzsichernden Mindestlohn dar³¹.

Keinen legitimen Zweck für einen Mindestlohn sehe ich hingegen darin, die Sozialversicherungsträger mit einer besseren Finanzausstattung zu versehen. Wählt der Gesetzgeber zur Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme den Weg über Beiträge, deren Höhe sich am Arbeitsentgelt ausrichtet, kann das nicht bedeuten, dass er zugleich auch die Lohnfindung für sich beanspruchen darf. Von der Tarifautonomie bliebe nichts übrig, könnte der Staat nach Kassenlage Lohnpolitik betreiben. Würde man dies akzeptieren, müsste er auch die Löhne erhöhen und sonstige Preise bestimmen können, um bessere Steuereinnahmen zu generieren. Das liegt fern. Die an den Lohn anknüpfende Beitragsfinanzierung muss dasjenige zugrunde legen, was sie vorfindet. Der Staat darf sich die Basis durch eigene Lohn- und Preisfestsetzungen nicht eigens schaffen.

b) Verhältnismäßigkeit

Sind nach alledem die Sicherung des Existenzminimums und verbunden hiermit die Entlastung des Staates von Leistungen der Grundsicherung legitime Zwecke, die einen Eingriff in die Tarifautonomie durch staatlichen Mindestlohn rechtfertigen können, muss der Eingriff im Hinblick auf diese Zwecke auch verhältnismäßig sein. Das bemisst sich klassisch nach den drei Kriterien: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

aa) Geeignetheit

Grundsätzlich kann ein Mindestlohn als geeignet angesehen werden, das gesetzgeberische Ziel der Sicherung des Existenzminimums von Arbeitnehmern zu erreichen. Muss der Arbeitgeber einen im Hinblick auf das Existenzminimum auskömmlichen Lohn zahlen, ist das gesetzgeberische Ziel verwirklicht. Auch muss der Staat dann nicht mehr ergänzende Sozialleistungen an die Arbeitnehmer erbringen, die den existenzsichernden Lohn erhalten. Insoweit wird er entlastet.

Man kann allerdings fragen, ob der Mindestlohn zu Erreichung dieser Ziele noch geeignet ist, wenn er einen Abbau geringproduktiver Arbeitsplätze nach

³¹ Weitergehend *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis?, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. B 97, der generell die Einsparung öffentlicher Mittel durch Entlastung der bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit als legitimen Zweck zur Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns anführt.

sich zieht, also Beschäftigung vernichtet. Die betroffenen Arbeitnehmer erhalten dann nicht nur keinen existenzsichernden Lohn. Sie erhalten überhaupt keinen Lohn und sind vollumfänglich auf Arbeitslosengeld I oder Arbeitslosengeld II angewiesen. Die gesetzgeberischen Ziele werden dann ersichtlich nicht verwirklicht.

Hier muss man allerdings sehen, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG ein vom Gesetzgeber eingesetztes Mittel schon dann verfassungsrechtlich als geeignet anzusehen ist, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zielerreichung genügt³². Dass ein Mindestlohn zu einem Abbau geringproduktiver Arbeitsplätze führen kann, kann seiner Geeignetheit als Mittel der Existenzsicherung von Arbeitnehmern nicht schon im Vorfeld einer gesetzlichen Regelung entgegengehalten werden. Vielmehr besitzt der Gesetzgeber bei der Frage, ob eine Maßnahme zur Erreichung des mit ihr bezweckten Ziels geeignet ist, einen weitgehenden Einschätzungs- und Prognosevorrang³³. Das gilt auch für einen Mindestlohn zum Zweck der Sicherung des Existenzminimums und der Reduzierung von Leistungen der sozialen Grundsicherung.

Dass mit Blick auf Teilzeitarbeitsverhältnisse auch bei einem Mindestlohn eine Kombination aus Arbeitseinkommen und Sozialtransfers nicht obsolet wird, um das verfassungsrechtlich geforderte soziokulturelle Existenzminimum sicherzustellen, macht ihn im Hinblick auf das Ziel einer Entlastung von Sozialleistungen noch nicht ungeeignet. Denn es besteht die Möglichkeit, dass durch den Mindestlohn jedenfalls eine teilweise Entlastung von diesen Sozialleistungen erreicht werden kann. Auch insoweit gilt der weite Einschätzungs- und Prognosevorrang des Gesetzgebers. Sollte sich später herausstellen, dass ein Mindestlohn die verfolgten Ziele Sicherung des Existenzminimums und Reduzierung von Leistungen der sozialen Grundsicherung wegen Beschäftigungsverlusten in ihr Gegenteil verkehrt, müsste vom Gesetzgeber nachgesteuert werden, da auch der Verringerung von Arbeitslosigkeit Verfassungsrang zukommt und durch ihren Abbau den

32 BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97 (Fn. 7), BVerfGE 103, 293, 307 unter B 3 b der Gründe; BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00 (Fn. 24), BVerfGE 116, 202, 224 unter C II 2 c, bb der Gründe.

33 BVerfG 17.11. 1992 – 1 BvR 168/89 und andere, BVerfGE 87, 363, 383 = AP Nr. 13 zu § 5 BAZG = NVwZ 1993, 878 unter C I 1 a (1) der Gründe („Nachbackverbot“); vgl. auch schon BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77 und andere, BVerfGE 50, 290, 338 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = NJW 1979, 699 unter C II 1 der Gründe: „weitgehende Gestaltungsfreiheit“ des Gesetzgebers in wirtschaftspolitischen Fragen („Mitbestimmungsurteil“).

zuvor Arbeitslosen ermöglicht wird, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verwirklichen³⁴.

bb) Erforderlichkeit

Fraglich ist allerdings, ob ein Mindestlohn erforderlich ist, um das gesetzgeberische Ziel der Existenzsicherung zu erreichen. Das wäre nur der Fall, wenn ein milderes Mittel hierfür nicht zur Verfügung steht. Auch bei der Einschätzung dieser Frage verfügt der Gesetzgeber über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum. Maßnahmen, die der Gesetzgeber zur Verfolgung eines verfassungsrechtlich legitimen Zwecks ergreift, können unter dem Gesichtspunkt fehlender Erforderlichkeit nur beanstandet werden, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Regelungen, die als Alternative in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten³⁵.

Die Lohnwucher- und Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 138 BGB stellt kein milderes Mittel dar, weil sie sich an den üblichen Entgelten und damit an Marktlöhnen ausrichtet und keinen Schutz vor Arbeitsentgelten bietet, die das Existenzminimum nicht sichern. Liegen die ortsüblichen Entgelte für eine vergleichbare Tätigkeit entsprechend niedrig, können wirksam Arbeitsentgelte vereinbart werden, die nicht auskömmlich sind, etwa auch unterhalb der gesetzlichen Grundsicherung für einen alleinstehenden Erwachsenen liegen³⁶. Die Lohnwucher- und Sittenwidrigkeitskontrolle schützt nur vor Ausbeutung durch den Marktlohn erheblich unterschreitende Arbeitsentgelte (in der Regel weniger als zwei Drittel des in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblichen Entgelts³⁷).

Auch die verfassungsrechtlich zulässige und derzeit bestehende Alternative, ohne Mindestlohn das verfassungsrechtlich geforderte Existenzminimum im Wege eines Kombieinkommens aus Arbeitsentgelt und ergänzenden Sozialleistungen zu gewährleisten, stellt kein milderes, sondern ein anderes Mittel

34 BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97 (Fn. 7), BVerfGE 103, 293, 307 unter B 3 a der Gründe; BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 (Fn. 24), BVerfGE 116, 202, 223 unter C II 2 c, aa der Gründe.

35 BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00 (Fn. 24), BVerfGE 116, 202, 225 unter C II 2 c, cc der Gründe mit weiteren Nachweisen.

36 BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03, AP Nr. 59 zu § 138 BGB = NZA 2004, 971 unter I 1 b der Gründe, wo es das Gericht abgelehnt hat, die Sozialhilfe zum Vergleichsmaßstab der Lohnkontrolle zu nehmen; auch *Franke*, Lohnwucher – auch ein arbeitsrechtliches Problem, 2003, S. 117 ff.; anderer Ansicht *Lakies*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl. 2006, Anhang 1 zu § 5 Rn. 47 f.

37 BAG 22.4. 2009 – 5 AZR 436/08, AP Nr. 64 zu § 138 BGB = NZA 2009, 837 Rn. 13 f. mit weiteren Nachweisen.

dar. Zwar sind dessen Auswirkungen auf die Tarifautonomie schonender, weil durch die staatliche Grundsicherung nur mittelbar ein Mindestlohn vorgegeben ist, den die Tarifvertragsparteien im Rahmen ihrer Lohnpolitik zwar nicht ganz unberücksichtigt lassen können, der andererseits aber auch nicht zwingend ist. Die Erforderlichkeit einer allgemeinen Lohnuntergrenze zur Verwirklichung des Ziels der Existenzsicherung im verfassungsrechtlichen Sinne, dass ein milderer Mittel zur Zielerreichung nicht zur Verfügung steht, wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Denn es ist ja, wie gerade gesehen, ebenso ein gesetzgeberisch anerkennenswertes Ziel, die staatliche Grundsicherung finanziell zu entlasten, also den Umfang staatlicher Sozialtransfers zu beschneiden.

Ob sich der Gesetzgeber für eine Existenzsicherung der Arbeitnehmer durch Mindestlohn oder für eine solche durch ein Kombieinkommen im eben geschilderten Sinne entscheidet, ist unter dem Aspekt der Erforderlichkeit des staatlichen Eingriffs durch die Verfassung nicht vorgegeben. Dass der eine oder andere Weg als ökonomisch sinnvoller angesehen wird, kann den Gesetzgeber in seinem Beurteilungsspielraum nicht präjudizieren³⁸.

cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Führt der Staat einen Mindestlohn zur Existenzsicherung der Arbeitnehmer und Entlastung der sozialen Grundsicherung ein, ist er strengen Bindungen unterworfen, in welcher Höhe er den Mindestlohn justiert. Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgt, dass er sich auf ein unabweisbares Mindestentgelt beschränken muss, um der Tarifautonomie einen hinreichenden Freiraum zu belassen. Der Mindestlohn kann nur eine Reservestellung einnehmen³⁹.

Was nun das Verhältnis zu den Tariflöhnen anlangt, fordert das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht, dass der Mindestlohn unter dem niedrigsten Tariflohn bleibt, den es in der Bundesrepublik überhaupt gibt. Der Gesetzgeber kann grundsätzlich auch einen Mindeststandard sichern, der durch autonom vereinbarte Tarifverträge ausnahmsweise nicht gewährleistet ist⁴⁰.

Letztlich muss der Mindestlohn konsequent an dem gesetzgeberischen Zweck der Sicherung des Existenzminimums ausgerichtet werden. Im Hinblick darauf ist er zwar nicht auf den exakten Betrag der gesetzlichen Grundsicherung festgelegt, sondern darf auch darüber hinausgehen, um einen

38 Allgemein dazu *Steiner*, Beschäftigung und Beschäftigungsförderung aus grundgesetzlicher Sicht, NZA 2005, 657, 661.

39 Allgemein zur „Reservestellung des Gesetzgebers“ im Bereich tariflicher Regelungen *Löwer*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 63.

40 *Löwisch*, Tariftreue-Verpflichtung im Vergaberecht und Koalitionsfreiheit, DB 2001, 1090, 1093.

Arbeitsanreiz zu setzen⁴¹. Wesentlich mehr als der Betrag der gesetzlichen Grundsicherung für einen alleinstehenden Erwachsenen darf aber nicht festgesetzt werden, damit der Tarifautonomie ein hinreichender Freiraum verbleibt. Dabei muss das Interesse der Arbeitnehmer am Erhalt ihres Arbeitsplatzes in die Abwägung eingestellt werden.

Die Gerichte können sich nicht darauf zurückziehen, unter Hinweis auf einen weiten Entscheidungsspielraum des Verordnungsgebers Tariflohnerstreckungen nach dem AEntG und Mindestlohnverordnungen generell als rechtmäßig passieren zu lassen. Vielmehr ist die Höhe verordneter Mindestlöhne einer strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle zu unterziehen. Gleiches würde auch für einen noch einzuführenden allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn gelten, für den freilich nur das BVerfG eine Verwerfungskompetenz besäße.

4. Beteiligung der Koalitionen bei der allgemeinen Mindestlohnfestsetzung

Schließlich ist noch der Frage nachzugehen, ob der Gesetzgeber die Koalitionen bei der Festlegung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns beteiligen müsste, um deren Interessen zu wahren. Das MiArbG sieht eine solche Beteiligung der betroffenen Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern über die Besetzung der Fachausschüsse, die die Mindestarbeitsentgelte beschließen, vor (§§ 5, 6 MiArbG).

Indessen kann ein Anspruch der Koalitionen, an einer Mindestlohngesetzgebung in besonderen Ausschüssen oder Kommissionen beteiligt zu werden, nicht anerkannt werden. Grundsätzlich erwächst den Koalitionen aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht das Recht, an der staatlichen Gesetzgebung mitzuwirken⁴². Insbesondere lassen sich die Grundsätze, die das BVerfG für die Erstreckung von Tarifverträgen auf tarifliche Außenseiter durch Allgemeinverbindlicherklärung aufgestellt hat, auf die staatliche Gesetzgebung nicht übertragen. Nach dem Verständnis des BVerfG handelt es sich bei der Erstreckung von Tarifverträgen auf nicht-tarifgebundene Arbeitgeber und

41 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 834 f.

42 *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 9 Abs. 3 Rn. 134; *Löwisch/Rieble* (Fn. 4), § 12 Rn. 2; anderer Ansicht *Waltermann* (Fn. 31), S. B 98; *Kittner/Schiek*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Alternativkommentar, 3. Aufl. 2001 (Loseblattkommentar, Stand 2001), Art. 9 Abs. 3 Rn. 148, wonach der Gesetzgeber ein Mindestmaß an Koalitionsbeteiligung an staatlichen Entscheidungen dort vorsehen müsse, wo über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen entschieden werde; ausführlich zur Beteiligung von Verbänden an der Gesetzgebung *Schröder*, Gesetzgebung und Verbände, 1976, S. 50 ff., 54 ff.

Arbeitnehmer nach § 5 TVG um einen „Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung“⁴³, der eine Mitwirkung der Koalitionen und des diese repräsentierenden Tarifausschusses erfordere⁴⁴. Dieser Rechtsetzungsakt muss zwar letztlich dem Staat zugerechnet werden, weil es den Tarifvertragsparteien an der Legitimation zur tariflichen Normsetzung gegenüber solchen Arbeitgebern und Arbeitnehmern fehlt, die nicht in ihnen organisiert sind. Die Besonderheit gegenüber dem staatlichen Gesetz besteht aber darin, dass sich der Staat ein fremdes Regelwerk zu eigen macht.

Beim staatlichen Gesetz ist die Regelung hingegen ausschließlich von der jeweiligen gesetzgebenden Körperschaft verantwortet. Weil die Staatsgewalt allein von den Organen der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), liegt ein Anspruch Dritter, auf die Gesetzgebung Einfluss zu nehmen oder an ihr verbindlich mitwirken zu können, fern⁴⁵. Dabei kann es keinen Unterschied machen, welcher Gegenstand gesetzlich geregelt werden soll. Dass der Gesetzgeber bei der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns die durch Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Positionen verhältnismäßig abzuwägen hat, wird dadurch nicht infrage gestellt.

Verfassungsrechtlich steht es dem Gesetzgeber letztlich frei, ob er die Koalitionen am Gesetzgebungsverfahren beteiligen will. Praktisch findet eine Beteiligung in den öffentlichen Anhörungen im Rahmen der Beratungen der zuständigen Ausschüsse, häufig verbunden mit der Möglichkeit zur Abgabe schriftlicher Stellungnahmen, statt (vgl. § 70 Geschäftsordnung des Bundestags). Ob der Gesetzgeber den Sachverstand der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände in Lohnfragen bei der Festlegung eines Mindestlohns nutzen will, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Ein aus Art. 9 Abs. 3 GG abzuleitender Anspruch darauf besteht nicht. Der Gesetzgeber muss die Letztverantwortung tragen und kann auch im Falle einer etwaigen Mitwirkung der Koalitionen an deren Vorschläge nicht gebunden sein.

III. Ergebnis

Damit komme ich zum Schluss. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass staatliche Mindestlöhne nur in engen Grenzen mit der Tarif-

43 BVerfG 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 340 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG = NJW 1977, 2255 unter B II 1 b der Gründe; BVerfG 15.7. 1980 – 1 BvR 24/74 und andere, BVerfGE 55, 7, 20 = AP Nr. 17 zu § 5 TVG = NJW 1981, 215 unter B I der Gründe; dem folgend BAG 5.3. 1997 – 4 AZR 532/95, AP Nr. 10 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt = NZA 1997, 951 unter II 3 b der Gründe.

44 BVerfG 24.5. 1977 – 2 BvL 11/74 (Fn. 43), BVerfGE 44, 322, 346 unter B II 1 b, dd der Gründe.

45 In diese Richtung auch Schröder (Fn. 42), S. 54.

autonomie vereinbar sind. Mindestlöhne unterliegen einer strengen Verhältnismäßigkeitskontrolle und dürfen nur zu dem Zweck eingeführt werden, ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern und die Inanspruchnahme lohnsubventionierender Sozialleistungen zu reduzieren.

Diskussion

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

Ich weiß nicht, ob die Verfassungslage so geklärt ist oder ob wir von der Wissenschaft nicht auch das, was das BVerfG sagt, ab und zu doch noch einmal hinterfragen sollten. Aber ich will auf eine andere Baustelle, denn ich habe in anderer Hinsicht doch grundlegende Probleme. Ich habe drei Fragen:

Die erste betrifft den Maßstab, an dem wir überhaupt die Verfassungslage messen. Es ist heute absolut einhellige Ansicht, dass das immer an Art. 9 Abs. 3 GG, also an der Koalitionsfreiheit – sprich der Tarifautonomie – zu messen ist. Ich habe da, ehrlich gesagt, meine Zweifel. Wenn wir Ernst machen mit dem Satz, dass Tarifautonomie nichts anderes ist als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, dann müssten wir uns eventuell überlegen, ob nicht der Maßstab – und das spielt dann natürlich vor allem für die Schranken eine ganz wesentliche Rolle – eigentlich für die Tarifautonomie der gleiche sein muss, wie er es für die Vertragsautonomie ist. Vielleicht müsste das Thema auch heißen: Mindestlohn, Tarifautonomie und Vertragsautonomie oder Privatautonomie und dann wären wir eher – wenn wir im Arbeitsrecht sind – bei Art. 12 GG, möglicherweise sogar bei Art. 2 GG. Dann hätten wir auch andere Schranken. Darüber, meine ich, muss man auch noch einmal nachdenken. Aber das ist nur der erste Punkt.

Der zweite Punkt wäre für mich die Frage: Wenn ich es richtig verstanden und in Erinnerung habe, gibt es zwei legitime Zwecke: einmal die Sicherung des Existenzminimums, was aus Art. 1 GG abgeleitet wird, und das zweite wäre dann die Reduzierung von Sozialleistungen. Nur am Rande: Eine gute Veranstaltung zeigt immer, dass der Anfang etwas mit dem Schluss zu tun hat und jetzt sind wir am Schluss eigentlich wieder da, wo wir am Anfang waren. – Zur Sicherung des Existenzminimums: Da habe ich auch Zweifel, ob man das wirklich so ableiten kann, denn es ist ja zunächst einmal so, dass man das verfassungsdogmatisch nur über eine Schutzpflicht ableiten kann. Der Staat ist verpflichtet, dieses Existenzminimum zu sichern und jetzt – das ist interessant – rückst Du ab und es geht nicht nur um eine Geldzahlung, also um eine Sozialleistung, sondern jetzt wird der Arbeitgeber verpflichtet, dieses Existenzminimum *qua* Lohn zu sichern. Das ist gedanklich eine Schutzpflicht, die dort aktiviert wird. Allerdings haben wir hier die Besonderheit, dass vom Arbeitgeber überhaupt keine Gefährdung ausgeht. Die Gefährdung kommt von der potenziellen Arbeitslosigkeit. Die Gefährdung liegt in der Selbstverantwortung, rührt aber gerade nicht vom Arbeitgeber her, es sei denn, wir nehmen die Fälle heraus, in denen – das schließt jetzt gleich an – eventuell die Mitnahmeeffekte bestehen, weil er sagt: „Da ist ein

Topf, also spare ich mir einen Teil, den ich schon zahlen würde, wenn es den Topf nicht gäbe.“ Aber das, würde ich einmal sagen, sind Sonderfälle. Insofern habe ich Bedenken, ob man das überhaupt ableiten kann, auch mit der herkömmlichen Verfassungsdogmatik.

Zum dritten Punkt: Noch einmal Reduzierung von Sozialleistungen, Entlastung des Staates. Hier haben wir wieder das Problem, das wir auch schon bei dem Vortrag von Herrn *Rieble* hatten: Es ist zunächst einmal ein Sonderopfer der Arbeitgeber, das damit abverlangt wird. Auch hier nehme ich wieder gern die Fälle aus, in denen wir die Mitnahmeeffekte haben, wo der Arbeitgeber also sagt: „Ich kalkuliere das Wohngeld oder die Sozialleistungen oder was immer mit ein und spare mir das dann zum eigenen Profit.“ Da bin ich der Ansicht, das kann man in der Tat abschöpfen, das ist in Ordnung. So könnte man einen Mindestlohn begründen. Wo wir aber den Arbeitgeber haben, der einfach nur auf den Markt reagiert – ich denke an das Friseurhandwerk in Ostbrandenburg oder sonstwo, die gar nicht über 7,50 € reden können, sondern den Laden zumachen müssen, wenn sie mehr als 4,50 € zahlen müssen, da können wir nicht über Mitnahmeeffekte sprechen, sondern da sind sie dem Markt ausgesetzt und können nicht anders anbieten. Für diese Arbeitgeber bekommen wir dann ein Riesenproblem, denn für sie wird das eine reine Sozialleistung und damit auch ein Sonderopfer und wir handeln uns auch noch ein zusätzliches verfassungsrechtliches Problem ein, denn zentral betroffen ist jetzt auch noch die Berufsfreiheit. Ihnen wird der Marktzugang im Prinzip verwehrt, weil man sagt: „Wenn Du die Sozialleistungen nicht zusätzlich erbringen kannst, dann darfst Du den Beruf auch nicht ausüben.“ Da muss man schon fragen, ob das die Aufgabe privater Arbeitgeber sein kann.

Professor Dr. Georg Caspers, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

Ich fange gleich vorne an. Das ist natürlich die alte Debatte um die kollektive Koalitionsfreiheit. Wie ist das mit der Tarifautonomie? Wo gehört sie hin? Natürlich können wir als Wissenschaftler immer das ganze System noch einmal infrage stellen, aber da frage ich mich dann: Was bringt das für die Diskussion, die wir hier heute führen und geführt haben? Deswegen habe ich das einmal zugrunde gelegt. Sonst kann man auch noch über Art. 19 Abs. 3 GG gehen, nach dem die Verbände selbst sich auf die Grundrechte berufen können. Indessen sollte man schon von Art. 9 Abs. 3 GG direkt ausgehen.

Fragen zwei und drei hängen eng zusammen. Wie kommt man dazu, dem Arbeitgeber dieses Sonderopfer abzuverlangen? Warum muss er jetzt auf einmal zur Existenzsicherung beitragen, wo sich doch die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip an sich nur an den Staat wendet? Der

Staat kann indessen als Ausgestaltung des Sozialstaatsauftrags die soziale Sicherung in gewissem Umfang auch auf Private verlagern. Das haben wir sonst im Arbeitsrecht ja auch. Beispiel: Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Oder: Warum zahlt der Arbeitgeber Sozialversicherungsbeiträge für den Arbeitnehmer? Warum zahlt der Arbeitnehmer die Beiträge nicht insgesamt selbst? Das wäre jetzt meine Gegenfrage: Ist das verfassungswidrig? Wo kommt dieses Sonderopfer her? Die gleiche Frage haben wir hier doch genauso. In gewissem Umfang kann der Staat eben Belastungen verlagern. In diesem Zusammenhang ist dann auch zu fragen: Was ist der Zweck des Arbeitsentgelts? Warum gehen die Leute überhaupt einer Erwerbstätigkeit nach? Eben vor allem, um ihren Lebensunterhalt zu sichern. Natürlich schauen wir als Zivilrechtler mehr vom Vertrag, vom Austauschcharakter – Leistung gegen Lohn – die Sache an, aber der dahinter stehende Zweck kann auch in die Betrachtung einbezogen werden.

Professor Dr. Achim Seifert, Universität Luxemburg:

Ich sehe es auch so: Art. 9 Abs. 3 GG ist hier der einschlägige Maßstab. Auch wenn die Tarifaautonomie immer wieder als kollektive Privatautonomie bezeichnet wird, sollte man nicht vergessen, Herr *Lobinger*, dass der Tarifvertrag doch letztlich die Grenzen des traditionellen Vertragsrechts sprengt: Die rechtliche Absicherung der Kartellwirkung des Tarifvertrages durch § 4 Abs. 1 TVG ist eben doch etwas anderes als eine auf die kollektive Ebene verlagerte Privatautonomie. Es ist eben etwas über den schuldrechtlichen Vertrag Hinausgehendes, das mit dem Rechtsgebilde „Tarifvertrag“ anerkannt und durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich abgesichert ist.

Ich möchte aber auch noch einmal auf die Beteiligung der Koalitionen bei der Mindestlohnfestsetzung zurückkommen, die Sie, Herr *Caspers*, abgelehnt hatten. Ich würde schon fragen, ob man eine solche Koalitionsbeteiligung – in welcher Intensität sei hier einmal dahingestellt – nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG herauslesen kann. Wenn es so ist, wie Sie gesagt haben – und ich würde es genauso sehen –, dass man eine strenge Verhältnismäßigkeitskontrolle durchführen muss, liegt es doch nahe, diese Kontrolle auch verfahrensförmig absichert und eine Grundrechtssicherung durch Verfahren in der Weise ermöglicht, dass man in der einen oder anderen Form auch die Koalitionen an der Festsetzung von staatlichen Mindestlöhnen beteiligt. Ich gebe Ihnen natürlich darin Recht, dass die Letztverantwortung beim Staat liegen sollte. Eine Anhörung von Koalitionen tut dieser staatlichen Verantwortung jedoch gewiss keinen Abbruch.

Georg Caspers:

Das möchte ich ganz klar verneinen. Ich sehe das ausschließlich als eine Frage der Zweckmäßigkeit, dass man sich anhört: „Wie sind eure Vorstellungen?“, aber der Gesetzgeber muss selbst festlegen, was man zum Leben braucht. Die Gewaltenteilung ist strikt einzuhalten und lässt keinen Raum für einen verbindlichen Anspruch auf Beteiligung, der aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet werden könnte.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Da wollte ich auch noch einmal einhaken: Gerade wenn man sich mehr in Richtung allgemeinen Mindestlohn bewegt, ist es eigentlich völliger Widerspruch, die Tarifparteien, die branchenmäßig orientiert sind, anzuhören. Was will ich denn dort die IG Metall, die IG Bergbau Chemie Energie? Der DGB selber ist gar nicht tariffähig, hätte also keine richtige Legitimation. Und wenn man nicht den Mindestlohn an Sozialleistungen orientiert, liefe das auf ein Mitwirkungsrecht über Sozialleistungen im Sozialstaat hinaus. Was hat das mit der Tarifautonomie zu tun? Das ist letztlich eine Reflexbelastung. Zweckmäßig wäre es, auf jeden Einbezug von Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbandsvertretern zu verzichten und allenfalls die Bundesagentur zu beteiligen und sich vorher darüber klar zu werden, wie viel Arbeitslose man produziert. Das wäre sinnvoll. Verbände haben dort nichts zu suchen.

Georg Caspers:

Das war keine Frage. Ich habe auch nichts zu ergänzen.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich sehe im Moment keine weiteren Wortmeldungen. Wenn das so ist, würde ich den Teil „Referat von Herrn Kollegen Caspers“ mit nochmals ganz herzlichem Dank an Sie, Herr Caspers, schließen. Nachdem mein Freund *Richard Giesen* das Rechtsgespräch heute morgen eröffnet hat, obliegt mir, das letzte Wort zu sprechen. Traditionellerweise wird hier keine Zusammenfassung dieser Veranstaltung gegeben, sondern wir lassen es, so wie es ist, auf uns wirken. Diejenigen von Ihnen, die sich an der Diskussion beteiligt haben, werden demnächst die Mitschnitte bekommen und können eine „*toilettage du texte*“ ihrer Ausführungen machen. Das Ganze wird erscheinen in einem Tagungsband, der in etwa vier bis sechs Monaten auf dem Markt sein wird. Sie haben in Ihren Teilnehmerunterlagen den Verlagskatalog des

ZAAR Verlags mit den bisher 18 Bänden unserer Schriftenreihe, die ich Ihrer Aufmerksamkeit anempfehle und zu denen bis zum Jahresende noch Bände 19 bis 22 hinzukommen. Band 23 wird sich auf diese Veranstaltung beziehen. Zugleich mit diesem Schlusswort geht das ZAAR-Veranstaltungsjahr zu Ende, abgesehen von einem ZAAR-Vortrag in München im Dezember 2010. Auch im nächsten Jahr haben wir eine Reihe von „Freitagsüberraschungen“ für Sie: zunächst den ZAAR-Kongress am Freitag, den 13.5. 2011 in München. Thema sind die Folgen der Finanzmarktregulierung für die Gestaltung von Vergütungen. Das soll kein bankrechtlicher Kongress sein, sondern auf Anregung von *Volker Rieble* der Frage nachgehen, welche Auswirkungen die zunehmende Regulierung infolge der Finanzmarktkrise auf Vergütungsregelungen im Arbeitsverhältnis und außerhalb des Arbeitsverhältnisses hat. Am 9.9. 2011 werden wir erstmals in Düsseldorf eine Tagung veranstalten. Das Thema steht noch nicht fest. Genauso ist es bei dem nächsten Ludwigsburger Rechtsgespräch, das genau heute in einem Jahr stattfinden wird, nämlich am Freitag, dem 18.11. 2011 an diesem Ort. Ganz herzlich bedanken möchte ich mich bei den Mitarbeiterinnen des ZAAR, allen voran Frau *Sieg*, die alles organisiert hat, *last but not least* bei allen fünf Referenten für wirklich herausragende Vorträge.

Diskussionsteilnehmer

Benecke, Martina – Seite 68, 69, 70, 71, 73
Caspers, Georg – Seite 165, 167
Geck, Barbara – Seite 140
Giesen, Richard – Seite 42, 44, 48, 67, 70, 73, 141
Huke, Rainer – Seite 136
Junker, Abbo – Seite 136, 144, 145, 167
Krebber, Sebastian – Seite 142
Lefnaer, Harms – Seite 70
Lobinger, Thomas – Seite 42, 46, 144, 164
Rebhahn, Robert – Seite 145
Rieble, Volker – Seite 42, 44, 45, 47, 69, 138, 167
Rixen, Stephan – Seite 138, 139, 141, 144, 145
Seifert, Achim – Seite 137, 139, 140, 166
Smits, Gunter – Seite 67, 72, 143
Tschöpe, Ulrich – Seite 44

Sachregister

Allgemeinverbindlicherklärung 18 f., 24 f., 57, 149, 161

AEntG 18 f., 25, 27, 154

„Angemessene“ Entlohnung 153

Arbeitnehmerüberlassung 62, 70

Artikel 9 Abs. 3 GG 25, 55, 148, 154, 161

Durchsetzung des Mindestlohns

- Bußgeldverfahren 113 ff.
- Risiken 119 ff.
- Vergabesperre 117 ff.
- Zollbehörden 123 ff.

Entgelttarifvertrag 149

Equal Pay 51 f., 54, 62 f., 151

Equal Treatment 51 f., 54

Existenzminimum 152 f., 156 f., 163

Französisches Mindestlohnsystem 77 ff.

Gewerkschaften 23, 26, 58 ff., 91, 143

Grundrechte

- der Zeitarbeitsunternehmen 55 ff.
- anderer Betroffener 57, 152

Koalitionsbeteiligung 161

Lohnfindung 39, 150 f., 153 f., 156

Mindestlohn

- allgemeiner 24
- als Preissignal 23, 37
- Festsetzung 40, 76, 161
- Geltungsbereich 27 ff.
- Gesetzlicher 64, 152
- Regelungsalternativen 19 ff.
- Regelungszweck 20 f.
- sektoraler 32 ff., 38, 78
- staatlicher 23 f., 79, 162

Mindestlohnkoppelungsgeschäfte 26

Mindestlohnmodelle 18 ff.

Richtlinie 2008/104/EG 54

SMIC

- Abschlüsse 88 ff.
- Arbeitsinspektion 93 f.
- Auswirkung auf den Arbeitsmarkt 98 f.
- Auswirkung auf Unternehmen 95 ff.
- Durchsetzung 91 ff.
- Formen 83 f.
- Geltungsbereich 81 f.
- Höhe 82 f.

- Indexierung 85 f.
- Mindestlohnanpassung 85 ff., 87
- strafrechtliche Sanktionen 94 f.
- Überseegebiete 90 f.

Soziale Sicherungssysteme 21 f.

Sozialleistungen 42 f., 46 f., 156 f.,
164, 166

**Tarifautonomie 23 ff., 55 ff.,
63 ff., 136, 148 ff.**

Tariffähigkeit 58 f.

Tariffreiheit 55, 63

Tarifkontrolle 50, 54

Tariflohnniveau 149, 154 f.

Tarifzuständigkeit 30, 68

Zeitarbeit 52 ff., 58

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8
 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6
 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4
 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmit-
 bestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2
 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0
 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren
 nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7
 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Bocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5
 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3
(978-3-9809380-9-9)
- Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2
(978-3-939671-00-8)
- Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
- Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das
europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
- Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
- Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
- Band 14 Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
- Band 15 Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
- Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
- Band 17 Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der
Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
- Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9