



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

7. Ludwigsburger Rechtsgespräch

„Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung“

Freitag, 19. November 2010

Nestor Hotel

Inhaltsverzeichnis

Seite

Vorwort	2
1. Stand der Mindestlohngesetzgebung <u>Professor Dr. Rainer Schlegel</u> Bundesministerium für Arbeit und Soziales	3
2. Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne <u>Professor Dr. Volker Rieble</u> ZAAR Ludwig-Maximilians-Universität München	5
3. Mindestlohn und Tarifkontrolle in der Zeitarbeit <u>Professor Dr. Martina Benecke</u> Universität Augsburg	17
4. Der französische salaire minimum interprofessionelle de croissance (SMIC): rechtliche Gestaltung und Erfahrungen <u>Professor Dr. Achim Seifert</u> Universität Luxemburg	23
5. Staatliche Durchsetzung von Mindestlöhnen <u>Professor Dr. Stephan Rixen</u> Universität Bayreuth	25
6. Mindestlohn und Tarifautonomie <u>Professor Dr. Georg Caspers</u> Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg	29

Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung

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 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG), die für Einzelbranchen Mindestlöhne festsetzen, 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.

**Abbo Junker
Richard Giesen
Hermann Reichold
Volker Rieble**

Stand der Mindestlohngesetzgebung

Professor Dr. Rainer Schlegel
Bundesministerium für Arbeit und Soziales

Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne

Professor Dr. Volker Rieble

ZAAR | Ludwig-Maximilians-Universität München

I. Mindestlohnmodelle

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

- Hinsichtlich der **Regelungsherkunft** lassen sich vom Staat selbst (wenn auch unter Mithilfe repräsentativer Kommissionen) festgesetzte Mindestentgelte von den allgemeinverbindlichen Mindestlohntarifen unterscheiden. Ersteres ist bislang praktisch nur geworden für die Pflege mit ihren Sondervorschriften im AEntG und früher schon für die Heimarbeiter. 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 enthalten. So verfährt die klassische Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, weswegen es dann zur Tarifkonkurrenz zwischen dem autonomen und dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag kommen kann. Der Mindestlohn kann aber auch – wie die Rechtsverordnung nach dem AEntG – dem Tarifvertrag vorgehen.

II. Zentralfrage: Regelungszweck – und Regelungsalternativen

Wozu aber dient ein Mindestlohn? Das ist die entscheidende, von jüngst von *Wank* beleuchtete Vorfrage, von der die geforderte funktionale Betrachtung abhängt. Im Kern geht es nur um eine Frage: Zielt der Mindestlohn auf das Austauschverhältnis, so geht es ihm um den **Preis für geleistete Arbeit** – also um einen „Mindestwert“ der Arbeitsleistung.

Daneben steht der **Versorgungslohn**, der dem Arbeitnehmer einen Mindestlebensstandard sichert, also letztlich auf dessen Bedürftigkeit reagiert: Der Arbeitnehmer soll – wie man immer öfter hört – von seiner Arbeit leben können. Die Werthaltigkeit seiner Arbeitsleistung spielt dann keine Rolle, ausschlaggebend ist allein der – typisierte – Bedarf. Der Arbeitgeber wird zum Unterhaltsschuldner, 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 ist: Von der Verteilungsgerechtigkeit in den Einkommen über die Kaufkraftstärkung oder die Beitragsverschaffung für soziale Sicherungssysteme bis hin zur Abwendung drohender Altersarmut. Dahinter steht die Idee einer sozialen Planwirtschaft, die durch umfassende Regulierung für Wohlfahrt sorgt (DDR 2.0). Einer rechtlichen Analyse ist das nicht zugänglich.

Traditionell sollen Mindestlöhne vor Ausbeutung schützen, also davor, daß ein Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung und gemessen an dem „Wert“ zuwenig Vergütung erhält. Mindestlöhne schützen insofern vor einem spezifischen Markt- und Vertragsversagen. Sie haben im Kern dieselbe Funktion wie allgemeine tarifliche Lohnfestsetzungen, die auch nur einen Mindestlohnsatz definieren und eine gewisse Verwandtschaft zum Lohnwuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. Während aber der Lohnwucher nur sehr schwer handhabbar ist, weil repräsentative Entgelterhebungen die Ausnahme sind (es müßte einen örtlichen Lohnspiegel vergleichbar dem Mietspiegel geben) und auch tarifentgelte vielfach nicht mehr repräsentativ sind, kann ein Mindestlohn eine inhaltlich klare Vorgabe machen. Diesem traditionellen Konzept entsprechend dann auch sektoral unterschiedliche Mindestlöhne – weil die Arbeitswertigkeit nicht für alle gleich ist. Auf der anderen Seite kann es Lohngerechtigkeit durch Mindestlöhne nicht geben – weil es keine Erkenntnis über den gerechten Lohn gibt. Mindestlöhne können nicht positiv Austauschgerechtigkeit schaffen, sie können nur negativ den Ausbeutungslohn beanstanden und kassieren – dann aber nicht nur das Marktversagen sondern auch das Tarifversagen. Tarifautonomie garantiert keinen Freiraum zu tariflichen Hungerlöhnen.

Der Paradigmenwechsel zum Versorgungslohn ist nicht ganz einfach. Der Arbeitgeber ist nicht Unterhaltsschuldner des Arbeitnehmers; das Arbeitsentgelt ist Gegenleistung für Arbeit und nicht Versorgung – weswegen auch Teilzeitkräfte trotz gleichem Unterhaltsbedarf weniger verdienen als Vollzeiter. Nur bei Ausbildungsvergütungen sieht das Berufsbildungsgesetz eine Pflicht des Arbeitgebers, den Auszubildenden zu alimentieren. 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 Mitnahmeeffekten. In der Tat ist es traditionellerweise so, daß das auch niedrige Arbeitsentgelt entsprechend den Bedürfnissen des Arbeitnehmers aufgestockt wird – entweder durch Ergänzungsunterhalt der Unterhaltspflichtigen (vor allem im Ausbildungsverhältnis) oder aber vom „aufstockenden“ Staat. Der geringe Lohn impliziert die sozialrechtliche Bedürftigkeit und regt Mitnahmeeffekte an; Arbeitgeber können auf mittelbare Lohnsubventionen bauen. Arbeitsentgelt und Sozialleistung korrespondieren von vornherein miteinander.

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

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 operiert. 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 weitere 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.

III. Anwendungsprobleme

1. Wechselwirkungen mit der Tarifautonomie

a. *Staatliche Mindestlöhne als Regelungskonkurrenz und Preissignal*

Staatliche Mindestlöhne machen autonome tarifliche Lohnsätze zu einem gewissen Maß überflüssig. Ebenso die betroffenen Gewerkschaften. Für diejenigen Arbeitnehmer, die in den Genuß des Mindestlohnes kommen, ist die Gewerkschaftsmitgliedschaft sinnarm. Soweit der Staat auch noch die Durchsetzung der Mindestlöhne übernimmt, büßen Gewerkschaften insoweit auch ihre Rechtsschutzfunktion ein. 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 zieht. Das ist Gegenstand nicht meines, sondern des Vortrages 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 auch, daß er mit ihm genug getan hat. Warum soll ein Unternehmen geringqualifizierten Mitarbeitern mehr als den Mindestlohn bezahlen? Knappheits-erwägungen spielen hier anders als bei den Fachkräften keine Rolle.

So gesehen kann ein Mindestlohn nicht bloß unzureichende Tariflöhne nach oben korrigieren, er setzt delegitimiert zugleich höhere tarifliche Entgelte im selben Wirtschaftszweig. Ganz unabhängig von seiner unmittelbaren Regelungsfunktion gegenüber den autonom Tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern entfaltet der Tarifvertrag

typischerweise eine marktprägende Wirkung, so daß auch tariffreie Arbeitgeber sich typischerweise an die Tarifentgelte „anlehnen“. Ein vom Tarifvertrag unabhängiger Mindestlohn kann diese Prägewirkung unterlaufen. Ein verfassungsrechtliches Problem ist das im Kern nicht, weil die marktprägende Wirkung von Tarifverträgen gegenüber Tariffreien von der Tarifautonomie nicht umfaßt ist. So gesehen konkurrieren zwei unterschiedliche kommunikative Signale: Die Tarifparteien der Branche signalisieren: Der Tariflohn ist angemessen. Der Staat dagegen – und im Falle 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 Fremdvergabe. 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 Anwendung.

Tariffucht in den Mindestlohn heißt einmal: Arbeitgeber können sich durch Lohnsenkungen oberhalb des Mindestlohnes 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 Senkungssoges geworden sind.

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

b. Mindestlohntarife zu Lasten Dritter und tarifliche Richtigkeitsgewähr?

Tarifliche Mindestlöhne nebst Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG schaffen aus Sicht des Tarifrechtlers eine merkwürdige Situation: Die Mindestlohntarifparteien 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 Sinne hat das zunächst nichts zu tun, weil ein solcher Tarifvertrag von vornherein nur für Außenseiter gelten soll. Für die Tarifparteien selbst und deren Mitglieder spielt der Mindestlohntarif nur mittelbar eine Rolle – insofern, als die Tarifparteien diesen dann auch tarifautonom nicht mehr unterschreiten können, etwa zur Rettung eines angeschlagenen Unternehmens. Tarifverträge mit unmittelbarer Wirkung nur gegenüber Dritten verfehlen die Tarifautonomie und sind auch von Art. 9 Abs. 3 GG nicht geschützt. Denn jene, für die der Mindestlohn gelten soll, sind an den Tarifverhandlungen nicht beteiligt. Und diejenigen, die verhandeln, haben allenfalls einen gewissen Konkurrenzschutz im Sinn – und manchmal nur diesen, wie die Posse um den Briefdienstmindestlohn gezeigt hat.

Früher einmal hatte man darüber gestritten, ob Tarifverträge, die von vornherein nach Allgemeinverbindlichkeit streben, vom TVG gebilligt würden (*Böttcher*). 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 austragen. Immerhin gibt es ein mittelbares und schwaches Korrektiv: Je näher der Mindestlohn an den Tariflohn rückt, desto unattraktiver wird die Gewerkschaftsmitgliedschaft. Schon deshalb haben Gewerkschaften ein gewisses Abstandsinteresse.

c. Mindestlohnkoppelungsgeschäfte

Bislang wenig bedacht sind die Wechselwirkungen von Mindestlohnverhandlungen mit den allgemeinen Tarifverhandlungen. 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 beflügeln. Dementsprechend kann die Gewerkschaft Mindestlöhne vor allem dadurch erreichen, indem sie Zurückhaltung bei den Tariflöhnen verkauft.

Auf der anderen Seite besteht durchaus ein ökonomischer Zusammenhang: Normalerweise werden tarifliche Entgeltsteigerungen durchaus auch durch die potentielle Außenseiterkonkurrenz begrenzt. Der Arbeitgeberverband kann darauf hinweisen, daß übermäßige Lohnerhöhungen Mitglieder oder Teile von deren wirtschaftlicher Betätigung in die Tariflosigkeit treibe. Und dementsprechend liegt es nicht fern, die Begrenzung jener Außenseiterunterbietungskonkurrenz gegen Tarifvernunft zu „verkaufen“. So sehr dies ökonomisch einleuchtet, sowenig 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 haben.

Koppelungsgeschäfte dieser Art verraten die Tarifautonomie und sprechen recht deutlich für einen allein vom Staat und ohne Rücksicht auf gruppenegoistische 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 Mindestlohntarifvertrag aufsetzen. Allgemeinverbindlicherklärungen können den Geltungsbereich eines Tarifvertrags stets nur einschränken aber niemals ausdehnen. Einen „originären“ staatlich verantworteten Geltungsbereich haben nur die Pflegemindestlöhne: Die „Pflegebranche“ ist mit ihrem fachlichen/betrieblichen Geltungsbereich in § 10 AEntG gesetzlich „definiert“. Und auch Mindestlöhne nach dem MiArbG müßten ihren „Wirtschaftszweig“

fachlich näher beschreiben.

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 Mindestlohntarifvertrag seinerseits Mischbetriebe und selbständige Betriebsabteilungen erfaßt. Dabei ist die fachliche Definition nicht ganz klar. Sind etwa Maschinenreinigungsleistungen im Sinne der Gebäudereinigungstarifverträge auch Gebäudereinigung iSd 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 Bestandteil 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 hat?
- In einem zweiten Schritt müssen die im Bundesanzeiger bekannt gemachten Mindestlohnverordnungen analysiert werden, die zusätzliche Einschränkungen enthalten können. So nimmt die Zweite Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen in der Gebäudereinigung vom 3.3.2010 in § 1 Nr. 2 Satz 2 folgende 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.“ Damit soll ersichtlich die Abgrenzung zum Abfallwirtschaftsmindestlohn geleistet werden.
- In einem dritten Schritt ist sodann der autonome Geltungsbereich des Mindestlohntarifvertrages 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 sind. Das machen die Bekanntmachungen auch deutlich.
- 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 Schädlingsbekämpfung.

Das alles ist von vom fachlichen Zuordnungsverständnis her 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 gelten. Für branchengemischte Betriebe kommt es demnach auf das Überwiegen der jeweiligen Arbeitszeiten an. Eine Elektrowerkstatt mit Laden ist Einzelhandel, wenn an der Ladentheke mehr Mitarbeiter arbeiten, als in der Werkstatt. Erforderlich ist also eine eingehende Zeiterfassung. Die Rechtsprechung hat bislang auch keinen Bezugszeitraum geliefert – so daß überhaupt nicht klar ist, wie mit schwankenden Tätigkeitsumfängen umzugehen ist. Überdies gibt es - gerade im Baugewerbe –komplizierte Sonderzuweisungen konkurrierender Branchen, bei den

sogenannten „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“. Das alles überfordert die Rechtsanwender: Während der autonom tarifgebundene Arbeitgeber sich den Schwierigkeiten der Feststellung der Tarifgeltung selbst ausgeliefert hat, trifft das den Mindestlohnadressaten von Staats wegen.

b. Tarifzuständigkeit als Zusatzproblem

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

So ist die IG BAU nach ihrer Satzung zuständig für die „Gebäude-, Industrie- und Städtereinigung“, und damit auch für die Maschinenreinigung. Ist aber die Gebäudereinigerinnung nach den einschlägigen Ausbildungsordnungen für die Maschinenreinigung zuständig? Für die nur oberflächlich 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) über die Frage, ob die Handwerksordnung überhaupt eine gesonderte Zuständigkeit für Betriebsabteilungen zuläßt (§§ 1, 2 Nr. 3, 3 HandwO). Für Mischbetriebe muß im Handwerk der strikte Vorrang zulassungs- oder meisterpflichtiger Handwerke beachtet werden. Auch können sich Innungszuständigkeiten wegen des Ausschließlichkeitsgebotes in § 52 Abs. 1 S. 3 HandwO nicht überlappen.

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.

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 AEntG, viel bedrohlicher ist aber die Strafbarkeit nach § 266a StGB: Mit der Verkenning des Mindestentgeltes 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 Zuflußprinzip. Wer also einem Mindestlohn unterfällt, der schuldet Beiträge nach Maßgabe des Mindestentgeltes und macht sich, wenn er auch nur bedingt vorsätzlich weniger zahlt – strafbar. 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 Geschlecht. Letzteres wird ganz augenscheinlich wenn man die Mindestlöhne in Frauenberufen sichtet.

Branche	Mindestlohn(€/Std.)		Frauenanteil
	West	Ost	
Abfallwirtschaft	8,02	8,02	≈16%
Bauhauptgewerbe	10,80 - 12,90	9,25	≈13%
Bergbauspezialarbeiten	11,17 - 12,41	11,17 - 12,41	≈0,8 - 6%
Dachdecker	10,60	10,60	≈1,1%
Elektrohandwerk	9,60	8,20	≈5,2%
Gebäudereinigung	8,40 - 11,13	6,83 - 8,66	≈56,2/72,6/79%
Maler und Lackierer	9,50 - 11,25	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 Briefzustellermindestlohn.

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 konnte, 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 den unterschiedlichen Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte) ein konkreter und nachvollziehbarer Anhaltspunkt für die unterschiedliche Belastbarkeit, der im übrigen „schwache“ Regionen im Westen ebenso schlechter stellt. 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 sind. 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 gleichheitswidrig?

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 unterschiedliches. Für Deutschland gibt es keine Modellstudie zur beschäftigungsdämpfenden Wirkung von Mindestlöhnen – das ist auch schwer möglich, weil es hierzulande nur sektorale Mindestlöhne gibt und dies auch erst seit kurzem. 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 ist. Immerhin haben die Tarifparteien des Baugewerbes den Mindestlohn West seit 2003 praktisch nicht mehr erhöht und 2005 sogar um 16 Ct gesenkt, auch mit Rücksicht auf die Beschäftigungswirkungen.

In der Ökonomie wird mitunter die Gleichgewichtsthese vertreten, wonach jeder Mindestlohn oberhalb des markträumenden Arbeitsentgeltes zusätzliche Arbeitslosigkeit erzeuge. Eben deswegen wird vor dem Mindestlohn gewarnt, weil er die für Geringqualifizierte erforderliche Lohnspreizung beschränke, ja den arbeitsmarktpolitischen Niedriglohnsektor beschneide. Das IAB hat immerhin 1997 die These vertreten, daß jeder Prozentpunkt der Lohnnebenkosten 100.000 Arbeitsplätze kostet; 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 kann, so wie starke Tariflohn-erhöhungen auch. Arbeitgeber sind nicht bereit, Arbeitnehmer zu beschäftigen, die aufgrund der Staatsintervention deutlich mehr kosten, als es ihrer Grenzproduktivität entspricht. Und eben so haben in der Vergangenheit starke Tarifloohnerhöhungen in den tarifgebundenen Großunternehmen durchaus für Beschäftigungsverlagerung ins Ausland,

Arbeitsverdichtung und Rationalisierung gesorgt, aber eben auch zur Tariffucht. Exakte Zahlen liegen indes nicht vor. Umgekehrt wird den deutschen Tarifparteien immer wieder tarifpolitische Vernunft bescheinigt: Ihre Lohnzurückhaltung sei mitverantwortlich für das deutsche Beschäftigungswunder. Auch das weist zu der an sich selbst verständlichen 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.

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 Lohnerhöhungen in den untersten Entgeltstufen gegenfinanziert werden durch abgebremsten Lohnanstieg in anderen Entgeltsegmenten – das liegt mit Blick auf das Mindestlohnpreissignal sogar nahe. Manche Dienstleistungen können womöglich in 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 führen. 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 wieder kehrende Kaufkrafttheorie setzt auf die Münchhausen-Methode: Der Mindestlohn solle doch durch seine Kaufkraftstärkung in den unteren Einkommensschichten sich gesamtwirtschaftlich selbst refinanzieren. Das wurde auch gegenüber normalen Lohnerhöhungen immer wieder mantraartig behauptet, stimmt aber nicht. Länder mit überproportionalen Entgelterhöhungen wie etwa Griechenland schaffen diese Refinanzierung gerade nicht; umgekehrt hat Deutschland von seiner Lohnzurückhaltung profitiert.

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 Herr 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 wird. 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 möglich – 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 Marktzugang.

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:

- 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 Mindestlohn Ausnahme 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 für solche Geringqualifizierten dann wirklich nurmehr die Schwarzarbeit.

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-Erivan-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 genießen. Das

ist auch vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes konzeptionell nicht mehr zu vermitteln.

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 Mindestlohnes verallgemeinert wird, desto weniger lassen sich branchenspezifische Mindestlöhne rechtfertigen. Der Beschluß des DJT, neben einem allgemeinen Mindestlohn dann noch die Branchenmindestlöhne beizubehalten, ist Irrsinn.

Die bange Wahl zwischen Staat und Markt entscheidet sich meines Erachtens weniger am Ob eines solchen Mindestlohnes 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 eine 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 2% der Arbeitnehmer, die in Großbritannien vom Mindestlohn erfaßt werden und den durchaus schon schädlichen 15% der vom SMIC erfaßten Arbeitnehmer in Frankreich.
- Zweitens könnte eine feste Koppelung des Mindestlohnes mit der sozialen Grundsicherung nicht nur das Lohnabstandgebot wahren, sondern jede politisch gewollte Erhöhung des Mindestlohnes 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 Mindestlohn besser – oder doch wenigstens: weniger schädlich. 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). Der derzeit beschrittene Mittelweg ist jedenfalls schlechter als beide ordnungspolitisch klaren Positionen.

Mindestlohn und Tarifkontrolle in der Zeitarbeit

Professor Dr. Martina Benecke
Universität Augsburg

- I. Einführung
- II. Hintergründe – etwas ausführlicher
 1. Der gesetzliche Regelungsmechanismus
 2. Entgeltregelungen in der Zeitarbeit – eine kurze Geschichte mit vielen Wendungen
 3. Europarechtliche Fragen
- III. Die Reform 2002/03: Tariffreiheit und gesetzliche Entgeltregelungen
 1. Grundrechte der Zeitarbeitsunternehmen
 2. Grundrechte anderer Betroffener
- IV. Die Entwicklung der Folgezeit: Tarifverträge für die Zeitarbeit
 1. Diskussion um die Tariffähigkeit der vertragsschließenden Gewerkschaft
 2. Urteil des BAG vom 24. März 2004
 3. Urteil des LAG Hamburg vom 24. März 2009
 4. Zwischenfazit
- V. Die letzte Entwicklung: Equal Pay und Mindestlohn im Tarifvertrag
- VI. Die Zukunft: Equal Pay, Mindestlohn und Tarifautonomie
 1. Problematik des Equal Pay
 2. Anforderungen an eine Neuregelung
- VII. Fazit

Thesen

1. Im Bereich der Zeitarbeit gibt es keine gesetzliche Mindestlohnregelung. Statt dessen gilt seit 2002/03 das Prinzip der gleichen Vergütung („Equal Pay“) mit den vergleichbaren Stammarbeitnehmern, § 9 Nr. 2 AÜG. Die Norm soll Art. 5 der Leiharbeits-RL 2008/104/EG umsetzen, der dem gleichen Prinzip folgt.
2. Die Regelung hat sich bislang in der Praxis wenig bewährt. Sie ist nicht geeignet, zu einem Schutz der Zeitarbeitnehmer beizutragen, da sie tarifdispositiv ist, wobei eine (formular-) vertragliche Verweisung auf den Tarifvertrag genügt. Sie kann aber auch nicht die – einheimische – Zeitarbeit fördern, da sie diese zu stark reguliert und keinen Schutz vor der befürchteten Billigkonkurrenz aus Osteuropa bildet.
3. Die Regelung des AÜG ist nicht europarechtlich zwingend. Es besteht keine Regelungskompetenz der Union, da der Vorbehalt des Art. 153 Abs. 2 AEUV (Art. 137 Abs. 5 EGV) Fragen des Arbeitsentgelts aus der Kompetenznorm herausnimmt. Unabhängig davon lassen die Ausnahmen in Art. 5 Abs. 2-4 RL 2008/104/EG abweichende Regelungen zu, wenn der Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer gewährleistet ist.
4. Ungeachtet der Entscheidung des BVerfG vom 29. 12. 2004 sind gesetzliche Equal-Pay-Regelungen verfassungsrechtlich problematisch. Die Bindung an fremde Tarifverträge berührt den Schutzbereich der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tariffreiheit. Es ist eine Rechtfertigung durch den Schutz der Rechte der Zeitarbeitnehmer in Gestalt praktischer Konkordanz erforderlich. Es ist auch die negative Koalitionsfreiheit beider Parteien betroffen, die nicht nur vor Zwang und Unmöglichkeit der Grundrechtsausübung schützt. Zuletzt muß der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit gerechtfertigt werden.
5. Eine Inhaltskontrolle von Tarifverträgen, die gesetzliche Regelungen zur Tarifdispositivität umsetzen, ist nur sehr eingeschränkt möglich. Die Rechtsprechung hat als Ansatzpunkte die in Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsanforderungen sowie den Zweck der dispositiven Norm als Diskriminierungsverbot erwogen. Im Ergebnis besteht aber ein Vorrang der Tarifautonomie.
6. Der aktuelle Tarifvertrag der IG Metall NRW, der eine „Einwirkungspflicht“ der Entleiher auf die Vergütung der Zeitarbeitsunternehmen vorsieht, enthält einen nicht legitimierten Eingriff in Tarifautonomie und Vertragsfreiheit der Zeitarbeitsbranche.
7. Eine Zukunftslösung für die Zeitarbeitsbranche sollte sich von dem Leitbild des Equal Pay verabschieden, das weder für die Unternehmen noch für die Arbeitnehmer interessengerechte und flexible Lösungen ermöglicht. Eine Neuregelung muß branchenspezifische Anforderungen berücksichtigen. Daher sollte sie tarifbasiert sein. Eine Aufnahme in das AEntG ist nicht optimal, bietet aber Schutz vor ausländischen Wettbewerbern.

(Hervorhebungen im folgenden von der Referentin)

§ 9 Nr. 2 AÜG

§ 9 Unwirksamkeit

Unwirksam sind:

1. [...]
2. Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher **schlechtere** als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden **wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen**, es sei denn, der Verleiher gewährt dem zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer für die Überlassung an einen Entleiher für die Dauer von insgesamt höchstens sechs Wochen mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrages, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat; Letzteres gilt nicht, wenn mit demselben Verleiher bereits ein Leiharbeitsverhältnis bestanden hat; **ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen**; im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die **Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren**,
- 3.-4. [...]

RL 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Leiharbeit
(ABl. L 327/9) vom 19.11.2008

Art. 5 Grundsatz der Gleichbehandlung

- (1) Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer entsprechen **während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen** mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen **unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz** eingestellt worden wären. [...]
- (2) [...]
- (3) Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner diesen die Möglichkeit einräumen, auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen **Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen**, die unter Achtung des **Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern** Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern, welche von den in Absatz 1 aufgeführten Regelungen abweichen können, enthalten können. [...]

Mindestlohn und Tarifkontrolle in der Zeitarbeit

Professor Dr. Martina Benecke

BVerfG 29. 12. 2004 – 1 BvR 2283/03, 1BvR 2504/03 und 1 BvR 2582/03, BB 2005, 495

Orientierungssatz 2b):

- 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 ausgestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** wahren. [...]

BAG 24.3.2005 – 5 AZR 303/03, BAGE 110, 79

3. Leitsatz:

- Tarifvertragliche Entgeltvereinbarungen müssen den in Art. 2 Abs 1, Art. 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden *elementaren Gerechtigkeitsanforderungen* genügen

LAG Hamburg 24. 3. 2009 – H 2 Sa 164/08 (aufgehoben)

1. Leitsatz:

- Tarifverträge, deren Regelungsgehalt sich auf die *Wiederherstellung einer Diskriminierung von Leiharbeitnehmern* beschränkt, widersprechen dem Zweck des § 9 Nr. 2 AÜG

Wolfgang Nettelstroth, Pressesprecher IG Metall-Bezirksleitung NRW
Pressemitteilung 30. 9. 2010

[...]

Vertragliche Basis dafür ist eine sogenannte **schuldrechtliche Verpflichtung**.

Wesentliche Elemente daraus sind:

1. Durch den Tarifvertrag sind die Entleihbetriebe der Stahlindustrie künftig *verpflichtet, in ihren Verträgen mit Verleihunternehmen darauf hinzuwirken*, dass die Leiharbeitnehmer für ihre Einsatzzeit im Stahlbetrieb ein Entgelt in der Höhe erhalten, wie es nach der gültigen Lohn- und Gehaltstabelle der Stahlindustrie zu zahlen ist.
2. Der Entleihbetrieb haftet für eine ggf. fehlerhafte Vertragsgestaltung, wenn sie zu Nachteilen für die Leiharbeitnehmer führt. In einem solchen Fall besteht ein *Schadensersatzanspruch des Leiharbeitnehmers* gegenüber dem entleihenden Betrieb.
3. Bereits geltende betriebliche Regelungen, die mindestens gleichwertig sind, werden durch den Tarifvertrag nicht berührt. Über Streitfälle entscheidet die tarifliche Einigungsstelle.

Anforderungen für die Zukunft

- Branchenspezifische Lösung statt Gleichbehandlung/Equal Pay
- Tarifliche Basis erforderlich
- Schutz vor „ausländischer Billigkonkurrenz“ durch Aufnahme in AEntG?



**Der französische salaire minimum interprofessionelle de croissance (SMIC):
rechtliche Gestaltung und Erfahrungen**

Professor Dr. Achim Seifert
Universität Luxemburg

- A. Zur Einführung: warum ein Vergleich mit Frankreich?
- B. Geltungsbereich
- C. Bestimmung der Höhe des Mindestlohns
 - I. Grundlagen
 - II. Lohnindexierung
 - III. Teilhabe an der wirtschaftlichen Entwicklung des Landes
 - IV. Der „Anschubser“ („coup de pouce“)
 - V. Abschläge für minderjährige Arbeitnehmer
- D. Die Durchsetzung des gesetzlichen Mindestlohns
 - I. Individuelle Rechtsdurchsetzung
 - II. Kollektivrechtliche Durchsetzungsmechanismen
 - III. Verwaltungskontrolle durch die Arbeitsinspektion
 - IV. Strafrechtliche Sanktionen
- E. Effekte des SMIC
 - I. Wirtschaftliche Auswirkungen für die Unternehmen
 - II. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt
 - III. Der SMIC und der Kampf gegen die Armut
 - IV. Verminderung der Einkommensungleichheit
- F. Schlussfolgerungen



Staatliche Durchsetzung von Mindestlöhnen

Professor Dr. Stephan Rixen
Universität Bayreuth

- I. Einleitung
- II. Instrumente der staatlichen Durchsetzung des Mindestlohns
 1. Behördliches Aufsichtsverfahren
 2. Bußgeldverfahren
 - a) Bußgelder als finanziell relevante Sanktionen
 - b) Was ist fahrlässig? Sorgfaltsstandards und Verbotsirrtümer
 - c) Beispiel: Einsatz von Nachunternehmern
 3. Vergabesperre
- III. Risiken und (Neben-)Wirkungen der staatlichen Durchsetzung des Mindestlohns
 1. Unbestimmtheit als Programm: konstitutive Unschärfe der Normtexte als Chance zur Ausweitung der Kontrolle
 2. Kumulation der Verfolgungs- und Sanktionseffekte
 3. Der Zoll als Bundespolizei – das unbekannte Wesen?
- IV. Resümee und Ausblick

Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)

- Auszüge -

Abschnitt 6 Kontrolle und Durchsetzung durch staatliche Behörden

§ 16 Zuständigkeit

Für die Prüfung der Einhaltung der Pflichten eines Arbeitgebers nach § 8 sind die Behörden der Zollverwaltung zuständig.

§ 17 Befugnisse der Behörden der Zollverwaltung und anderer Behörden

Die §§ 2 bis 6, 14, 15, 20, 22 und 23 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes sind entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass

1. die dort genannten Behörden auch Einsicht in Arbeitsverträge, Niederschriften nach § 2 des Nachweisgesetzes und andere Geschäftsunterlagen nehmen können, die mittelbar oder unmittelbar Auskunft über die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nach § 8 geben, und

2. die nach § 5 Abs. 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes zur Mitwirkung Verpflichteten diese Unterlagen vorzulegen haben.

Die §§ 16 bis 19 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes finden Anwendung. § 6 Abs. 3 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes findet entsprechende Anwendung. Für die Datenverarbeitung, die dem in § 16 genannten Zweck oder der Zusammenarbeit mit den Behörden des Europäischen Wirtschaftsraums nach § 20 Abs. 2 dient, findet § 67 Abs. 2 Nr. 4 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch keine Anwendung.

§ 21 Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge

(1) Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsauftrag der in § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen genannten Auftraggeber sollen Bewerber oder Bewerberinnen für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden, die wegen eines Verstoßes nach § 23 mit einer Geldbuße von wenigstens zweitausendfünfhundert Euro belegt worden sind. Das Gleiche gilt auch schon vor Durchführung eines Bußgeldverfahrens, wenn im Einzelfall angesichts der Beweislage kein vernünftiger Zweifel an einer schwerwiegenden Verfehlung im Sinne des Satzes 1 besteht. (...)

(3) Öffentliche Auftraggeber nach Absatz 2 fordern im Rahmen ihrer Tätigkeit beim Gewerbezentralregister Auskünfte über rechtskräftige Bußgeldentscheidungen wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 23 Abs. 1 oder 2 an oder verlangen von Bewerbern oder Bewerberinnen eine Erklärung, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach Absatz 1 nicht vorliegen. Im Falle einer Erklärung des Bewerbers oder der Bewerberin können öffentliche Auftraggeber nach Absatz 2 jederzeit zusätzlich Auskünfte des Gewerbezentralregisters nach § 150a der Gewerbeordnung anfordern. (...)

§ 23 Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 8 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 3, jeweils in Verbindung mit einem Tarifvertrag nach den §§ 4 bis 6, der nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes für allgemeinverbindlich erklärt oder durch Rechtsverordnung nach § 7 Abs. 1 erstreckt worden ist, eine dort genannte Arbeitsbedingung nicht gewährt oder einen Beitrag nicht leistet,

2. entgegen § 17 Satz 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Satz 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes eine Prüfung nicht duldet oder bei einer Prüfung nicht mitwirkt, (...).

(2) Ordnungswidrig handelt, wer Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang ausführen lässt, indem er als Unternehmer einen anderen Unternehmer beauftragt, von dem er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass dieser bei der Erfüllung dieses Auftrags

1. entgegen § 8 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 3, jeweils in Verbindung mit einem Tarifvertrag nach den §§ 4 bis 6, der nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes für allgemeinverbindlich erklärt oder durch Rechtsverordnung nach § 7 Abs. 1 erstreckt worden ist, eine dort genannte Arbeitsbedingung nicht gewährt oder einen Beitrag nicht leistet oder (...)

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 und des Absatzes 2 mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, in den übrigen Fällen mit einer Geldbuße bis zu dreißigtausend Euro geahndet werden.



Mindestlohn und Tarifautonomie

Professor Dr. Georg Caspers

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

- I. Mindestlohn als verfassungsrechtliche Herausforderung
- II. Tarifautonome Festlegung des Arbeitsentgelts
 1. Eingriff durch gesetzlichen Mindestlohn
 - a) In bestehende Entgelttarifverträge
 - b) Beeinflussung der Lohnfindung
 2. Rechtfertigung
 - a) Legitimer Zweck
 - aa) Sicherung des Existenzminimums
 - bb) Nicht: Regelung einer „angemessenen Entlohnung“
 - cc) Nicht: Schutz der Ordnungsfunktion von Tarifverträgen oder Schutz des bestehenden Tariflohnniveaus
 - dd) Erhaltung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung?
 - ee) Reduzierung von Sozialleistungen?
 - b) Verhältnismäßigkeit
 - aa) Geeignetheit
 - bb) Erforderlichkeit
 - cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne
 3. Beteiligung der Koalitionen bei der allgemeinen Mindestlohnfestsetzung?
- III. Ergebnis

Thesen

1. Führt der Staat Mindestlöhne ein, muss er vor allem auf die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie Rücksicht nehmen. Diese fordert einen weitgehenden Ausschluss staatlicher Einflussnahme, was in besonderem Maße für die Bestimmung des Arbeitsentgelts gilt. Zwar ist auch die tarifautonome Festlegung des Arbeitsentgelts vor staatlichen Eingriffen nicht sakrosankt; der Staat muss sich aber besondere Zurückhaltung auferlegen.
2. Mindestlöhne können nicht nur in bestehende Entgelttarifverträge eingreifen. Ein Eingriff in die Tarifautonomie ist insbesondere darin zu sehen, dass der Staat verbindliche Vorgaben schafft, die den Spielraum der Tarifvertragsparteien einschränken und ihre Lohnfindung beeinflussen.
3. Die Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums bei einer Vollzeittätigkeit stellt einen legitimen Zweck dar, der den mit dem staatlichen Mindestlohn verbundenen Eingriff in die Tarifautonomie rechtfertigen kann. Auch das Ziel, die Inanspruchnahme von Lohnsubventionen im Wege der Aufstockung durch Arbeitslosengeld II zu begrenzen, um Sozialleistungen zu reduzieren, stellt einen legitimen Zweck dar.
4. Keine legitimen Zwecke für einen Mindestlohn sind die Regelung einer „angemessenen Entlohnung“ der Arbeitnehmer für die von ihnen ausgeübte Tätigkeit oder der Schutz der Ordnungsfunktion von Tarifverträgen oder eines bestehenden Tariflohnniveaus.
5. Bei der Festlegung des Mindestlohns ist der Staat einer strengen Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterworfen. Ein Mindestlohn kann zwar als durchaus geeignet und erforderlich angesehen werden, das Existenzminimum zu sichern und den Staat von Leistungen der sozialen Grundsicherung zu entlasten. Auch darf der Mindestlohn über die gesetzliche Grundsicherung hinausgehen, um einen Arbeitsanreiz zu setzen. Wesentlich mehr als der Betrag der gesetzlichen Grundsicherung darf aber nicht festgesetzt werden.
6. Ein Anspruch der Koalitionen, bei der Festlegung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns mitzuwirken, kann Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnommen werden. Insbesondere lassen sich die Grundsätze, die das BVerfG für die Erstreckung von Tarifverträgen durch Allgemeinverbindlicherklärung auf tarifliche Außenseiter aufgestellt hat, auf die Gesetzgebung nicht übertragen. Der Gesetzgeber ist frei darin, in welchem Umfang er den Sachverstand der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände in Lohnfragen nutzen will.

§ 1 AEntG Zielsetzung.

¹Ziele des Gesetzes sind die Schaffung und Durchsetzung angemessener Mindestarbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie die Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen. ²Dadurch sollen zugleich sozialversicherungspflichtige Beschäftigung erhalten und die Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie gewahrt werden.

§ 5 AEntG Arbeitsbedingungen.

Gegenstand eines Tarifvertrages nach § 3 können sein

1. Mindestentgeltsätze, die nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Regionen differieren können, einschließlich der Überstundensätze,

§ 8 AEntG Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen.

(2) Ein Tarifvertrag nach den §§ 4 bis 6, der durch Allgemeinverbindlicherklärung oder Rechtsverordnung nach § 7 auf nicht an ihn gebundene Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen erstreckt wird, ist von einem Arbeitgeber auch dann einzuhalten, wenn er nach § 3 des Tarifvertragsgesetzes oder kraft Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 des Tarifvertragsgesetzes an einen anderen Tarifvertrag gebunden ist.

§ 4 MiArbG Fachausschüsse; Rechtsverordnung.

(4) ¹Durch Mindestarbeitsentgelte wird die unterste Grenze der Entgelte in einem Wirtschaftszweig für den Beschäftigungsort festgelegt. ²Der Fachausschuss kann bei der Festlegung nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differenzieren. ³Er prüft im Rahmen einer Gesamtabwägung, ob seine Entscheidung insbesondere geeignet ist,

1. angemessene Arbeitsbedingungen zu schaffen,
2. faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten und
3. sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu erhalten.

§ 8 MiArbG Gewährung von Mindestarbeitsentgelten; Geltung von Tarifvertragsrecht.

(2) ¹Enthält ein vor dem 16. Juli 2008 abgeschlossener Tarifvertrag nach dem Tarifvertragsgesetz abweichende Entgeltregelungen, gehen dessen Bestimmungen für die Zeit des Bestehens des Tarifvertrages den festgesetzten Mindestarbeitsentgelten vor. ²Gleiches gilt für einen Tarifvertrag, mit dem die Tarifvertragsparteien ihren bestehenden Tarifvertrag nach Satz 1 ablösen oder diesen nach seinem Ablauf durch einen Folgetarifvertrag, der mit diesem in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang steht, ersetzen.

