

ZFA

G 5266 F

45. Jahrgang
Heft 2/2014
April – Juni

Begründet
von RA Hermann Franke †

Zeitschrift für Arbeitsrecht

herausgegeben von
Dr. Dr. h.c. Manfred Gentz, Berlin
LAGPräs. Kristina Göhle-Sander, Hamm
RA Dr. Reinhard Göhner, Berlin
Prof. Dr. Martin Henssler, Köln
Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg
Prof. Dr. Abbo Junker, München
Ass. Stefan Lauer, Frankfurt am Main
Prof. Dr. Karl-Georg Loritz, Bayreuth
RA Dr. Luitwin Mallmann, Düsseldorf
VizePräsBAG Dr. Rudi Müller-Glöge, Erfurt
LAGPräs. Dr. Eberhard Natter, Stuttgart
Prof. Dr. Eduard Picker, Tübingen
Prof. Dr. Robert Rebhahn, Wien
Prof. Dr. Reinhard Richardi, Regensburg
Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd Rütters, Konstanz
Thüringer Justizminister a.D. Harald Schliemann, Isernhagen
Prof. Dr. Christine Windbichler, Berlin
Ass. Roland Wolf, Berlin

Carl Heymanns Verlag

Art.-Nr. 56366402

Inhalt

<i>Ulrich Becker</i> Neue Rechtsprechung und Vertrauensschutz im Sozialrecht: Zur Befreiung der Syndikus- anwälte von der Rentenversicherungspflicht ..	87
<i>Hans Hanau</i> Wirtschaftsrisiko und Spielräume für Flexibi- lisierung	131
<i>Volker Rieble/Christian Picker</i> Lohnwucher	153
<i>Autoren</i>	215

Redaktionsrat

Karl-Georg Loritz, Roland Wolf

Schriftleitung

Roland Wolf, Thomas Prinz, Barbara Braun, Redaktion ZfA, Breite Str. 29, 10178 Berlin-Mitte, Telefon 0 30/20 33-12 10, Telefax 0 30/20 33-22 10, e-mail: redaktion.zfa@arbeitgeber.de, www.wolterskluwer.de/zfa
Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenom-
men. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich er-
folgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser
alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weite-
ren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege
fotomechanischer oder anderer Verfahren. Für Manuskripte,
die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung
übernommen.

Verlag

Carl Heymanns Verlag – Eine Marke von Wolters Kluwer
Deutschland, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln, Telefon
02 21/9 43 73-70 00, Telefax 02 21/9 43 73-72 01, www.wol-
terskluwer.de/zfa. Kundenservice: Telefon 0 26 31/8 01-
22 22, e-mail: info@wolterskluwer.de

Nachdruck und Vervielfältigung

Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische
Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses Heftes, gleich-
gültig, in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Ge-
brauch, und die Einspeicherung und Ausgabe des Inhaltes
dieses Heftes in Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen
sind nicht gestattet.

Bezugsbedingungen

Die Zeitschrift erscheint viermal im Jahr. Jahrespreis € 156,00
zzgl. Versandkosten (€ 8,00 Inland/€ 16,00 Ausland). Ein-
zelheft € 49,50 zzgl. Versandkosten je nach Heftumfang.
Staffelpreise bei einer jährlichen Abnahme von:
3 Abos pro Abo € 140,50; 5 Abos pro Abo € 135,00;
10 Abos pro Abo € 124,00; 15 Abos pro Abo € 119,00;
20 Abos pro Abo € 114,50 zuzüglich Versandkosten.
Aufkündigung des Bezuges bis 15. 11. zum Jahresablauf.

Anzeigen

Anzeigenverkauf: Karsten Kühn, Telefon 02 21/9 43 73-
77 97, Fax -1 77 97, E-Mail: kkuehn@wolterskluwer.de
Anzeigendisposition: Stefanie Szillat, Telefon 02 21/9 43 73-
74 26, Fax -1 74 26, E-Mail: sszillat@wolterskluwer.de
Die Anzeigen werden nach der Preisliste Nr. 19 vom 1. 1. 2014
berechnet.

Satz

rdz GmbH, Sankt Augustin.

Druckerei

Williams Lea & Tag GmbH, München

Lohnwucher

Von Professor Dr. Volker Rieble und Dr. Christian Picker, München *

	Seite		Seite
A. Preiskontrollsysteme	154	3. Wirtschaftsgebiet	178
I. Kontrollbedürfnis	154	4. Repräsentativitätsraum für den Tarifvertrag	178
II. Wuchertatbestände des § 138 BGB	155	III. Beweislast für die Üblichkeit tariflicher Bezahlung	178
1. Systematisches Verhältnis	156	1. Beweislast des Arbeitnehmers	178
2. Telos: Leistungs-, nicht Bedarfsgerechtigkeit	157	2. Beweiserleichterung durch Indizwirkung von Tarifentgelten	179
3. Keine »Korrektur« durch Völker- oder Europarecht	159	3. Kein wirtschaftszweigüblicher Tariflohn	182
III. Strukturfragen	161	C. Grenzwert	183
1. Referenzentgelt	161	I. BAG 2009: Zwei-Drittel	183
2. Objektiver Abweichungskontrollmaßstab	163	II. Grenzen des Richterrechts	184
3. Subjektiver Tatbestand	164	1. Generalklausel als gebundene Ermächtigung	184
B. Referenzentgelt	164	2. Einzelfallgerechtigkeit oder dezisionistischer Richtwert?	185
I. Tarifentgelt oder Marktentgelt?	164	3. Konkrete Grenze von zwei Drittel?	187
1. BAG 2009: »Üblicher« Tariflohn	164	D. Subjektiver Tatbestand	188
2. Tarifentgelt als Vergleichsmaßstab?	165	I. Die logische Eigenständigkeit der Lohnwuchertatbestände	188
a) Keine legitimationslose Quasi-Tarifgeltung		II. Ausbeutungsvorsatz als konstitutives Merkmal des § 138 Abs. 2 BGB	189
b) Unbeachtliche Minderheiten-Tarifverträge		1. Ausbeutung	189
c) Repräsentative Tarifentgelte: nur tatsächliche Anknüpfung		2. Unerfahrenheit	190
d) Ausbildungsvergütung als Gegenmodell?		3. Zwangslage	191
II. Relevanter Vergleichsarbeitsmarkt	171	III. Verfehlte »Entsubjektivierung« des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts	193
1. Funktion	171	E. Zeitpunkt der Sittenwidrigkeitskontrolle	196
2. Wirtschaftszweig	172	I. Zivilrechtlicher Ausgangspunkt	196
a) Rückgriff auf WZ 2008		1. Rechtsgeschäftskontrolle im Vornahmezeitpunkt	196
b) Branchenfremde Arbeitsleistung		2. Aber: Arbeitsvertragsänderungen	198
aa) Betrieb oder Unternehmen?		3. Keine Vorsorgepflicht	199
bb) Quantitatives Überwiegen wie im Tarifrecht?		4. Nachträgliche Korrektur nur über §§ 242, 313, 157 BGB	200
c) Ersatzzugriff auf benachbarte Wirtschaftszweige?		II. Arbeitsrechtlicher Sonderweg?	201

* Volker Rieble ist Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) und lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians Universität München. Christian Picker habilitiert sich ebendort.

	Seite		Seite
1. Herrschende Meinung: Zeitpunkt des Leistungsaustausches	201	3. Alternativ: Hilfe mit § 826 BGB?	206
2. Richtig: Zeitpunkt des Vertragsschlusses	202	IV. Keine nachträgliche Anpassungspflicht	206
III. Schwächen zivilrechtlicher Anpassungsinstrumente	203	F. Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit	208
1. Keine ergänzende Vertragsauslegung	203	I. Meinungsstand	208
2. Anpassung nach § 313 Abs. 1 BGB?	204	II. Keine Gesamtnichtigkeit	209
		III. Geltungserhaltende Reduktion oder übliche Vergütung?	210
		G. Zusammenfassung	212

A. Preiskontrollsysteme

I. Kontrollbedürfnis

Freiheitliche, also marktwirtschaftlich verfasste Rechts- und Wirtschaftsordnungen sehen von staatlich originärer Preisfestsetzung ab und setzen auf die autonom-dezentrale Preisbildung durch Vertrag. Vertrag und Wettbewerb¹ können bekanntermaßen versagen, weswegen die autonome Preisbildung immer schon vom Staat kontrolliert wird, vor allem mit Hilfe des Wuchertatbestandes in § 138 Abs. 2 BGB und im gemeinen Recht mit der (immerhin verzichtbaren) *laesio enormis* (ALR I 11 §§ 58 f.)². Damit sorgt das Recht immer schon für gewisse »Materialisierung« und drängt die formale Freiheit zurück, allerdings durch enge Ausnahmetatbestände. Die Preiskontrolle will den »zu hohen« oder »zu niedrigen« Preis einer Leistung beanstanden. Hier außer Betracht bleibt die Kontrolle schädlicher Entgeltanreize³, ebenso die kartellrechtliche Preiskontrolle.

Als Vergleichsparameter für die Kontrolle eines konkret vereinbarten Preises braucht es einen Referenzpreis. Rechtstheoretisch kommt dafür nur der empirische durchschnittliche Marktpreis (der »gemeine Wert«⁴) oder ein normativ gesetzter Preis in Betracht. Einen irgend gearteten »objektiven Wert« im Sinne eines *iustum pretium* gibt es von vornherein nicht, jedenfalls kann ihn keiner wissen⁵. Für den Arbeitsmarkt soll der

1 Dazu *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 101 ff.

2 Zu ihr eingehend und mit historischer Aufklärung *Mayer-Maly*, Renaissance der *laesio enormis*?, in: 2. Festschrift Larenz, 1983, S. 395 ff.

3 Wie Art. 10 Abs. 1 Lenkzeiten-Verordnung (EG) 561/2006: »Verkehrsunternehmen dürfen angestellten oder ihnen zur Verfügung gestellten Fahrern keine Zahlungen in Abhängigkeit von der zurückgelegten Strecke und/oder der Menge der beförderten Güter leisten, auch nicht in Form von Prämien oder Lohnzuschlägen, falls diese Zahlungen geeignet sind, die Sicherheit im Straßenverkehr zu gefährden und/oder zu Verstößen gegen diese Verordnung ermutigen.«

4 Der gelegentlich zu schadensrechtlicher Privilegierung eingesetzt wird, etwa § 429 Abs. 3 Satz 1 HGB.

5 Im Zivilrecht unumstößliche und unbestrittene Erkenntnis, etwa *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 270 m. w. N.; *Martini*, DVBl 2008, 21.

kommende Mindestlohn⁶ nun den zweiten Weg einer staatlichen Preisintervention gehen und den richtigen Mindestpreis für abhängige Arbeit von Staats wegen festsetzen (wie das für die Heimarbeit bereits geschieht).

Neben dem künftigen Mindestlohn bleiben andere Lohnkontrolltatbestände selbstredend anwendbar: weil ein staatlicher allgemeiner Mindestpreis nicht zugleich von einer relativen Mindestpreiskontrolle entbindet – wenn das nicht eigens gesagt ist. Im Entgelt-raum oberhalb eines staatlichen Mindestpreises (oder unterhalb eines Höchstpreises) bleibt Vertragsrecht möglich. Auch wenn ein allgemeiner Mindestlohn von 8,50 € je Stunde gilt, kann eine Vertragsabrede über 10 € Stundenlohn sittenwidrig sein, wenn das marktübliche Entgelt bei 22 € liegt und eine Ausbeutungssituation feststellbar ist. Zwar könnte eine Vertragsrechtsordnung »Besserverdienenden« den Ausbeutungsschutz vor-enthalten – etwa mit der Erwägung, oberhalb eines gewissen Einkommensniveaus sei der Ausbeutungsschutz entbehrlich, weil die Betroffenen nicht so hart getroffen wären⁷ und ihnen ein »Lernen durch Schmerz und schlechte Erfahrung« zugemutet werden könne. Doch müsste der Gesetzgeber den »allgemeinen« Ausbeutungsschutz des § 138 BGB nach einem Schutzbedürftigkeitsmaßstab einschränken – und das hat er nicht getan. Eben deshalb kontrolliert der BGH Darlehenszinsen sowohl in Hochzins- wie in Niedrigzinsphasen grundsätzlich mit demselben 100-Prozent-Überschreitungsmaß, schützt aber in Hochzinsphasen zusätzlich mit der absoluten Marke von 12 Prozentpunkten⁸. Dass höhere Entgelte durchaus sittenwidrigkeitsschutz sind, hat das BAG bereits ausgesprochen: So hat es die Vergütung einer Ingenieurin als Projektleiterin von DM 3.434 in 1997 am üblichen Entgelt von DM 4.900 gemessen und wegen der 70-Prozent-Marke vom Sittenwidrigkeitsverdict abgesehen⁹. In einem etwas verqueren Sonderfall hat das BAG das Bruttomonatsgehalt eines Privatschullehrers beanstandet, das 2001 immerhin 3.300 € betrug¹⁰. Ein schönes Beispiel bietet auch die taz, die ihren regulären Mitarbeitern etwa das Doppelte des geplanten Mindestlohns zahlt, aber »etwa ein Drittel weniger als der Tarif für ZeitungsredakteurInnen«¹¹. Der kommende gesetzliche Mindestlohn schafft somit nur einen Mindestschutz – andere allgemein geltende Schutzkonzepte wie die richterliche Lohnwucherkontrolle erübrigt er nicht¹².

II. Wuchertatbestände des § 138 BGB

Das deutsche Recht enthält *drei Wuchertatbestände*, von denen nur der strafrechtliche Lohnwucher (§ 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB) auf das Arbeitsentgelt ausgerichtet ist.

6 Hierzu jüngst *Chr. Picker*, RdA 2014, 25 ff.

7 In diese Richtung: *Bayreuther*, NJW 2007, 2022 (2023).

8 Nachweise bei *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 217.

9 BAG 23. 5. 2001 – 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB Nr. 29.

10 BAG 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05, NZA 2006, 1354, dazu noch unten C.II.2.

11 <http://blogs.taz.de/hausblog/2013/11/06/die-niedrigen-gehaelter-der-taz/> [22. 12. 2013].

12 Unzutreffend *Diringer*, Ein gesetzlicher Mindestlohn führt zu Lohndumping, F.A.Z. vom 25. 11. 2013, Nr. 275, 11.

Unserer Untersuchung geht es um die beiden Tatbestände des § 138 BGB, die für alle Austauschverträge und deren Entgelte anwendbar sind und deshalb für unterschiedliche Vertragstypen wie Darlehensverträge¹³ oder eben Arbeitsverträge richterrechtlich zu konkretisieren sind.

1. Systematisches Verhältnis

Der für die Entgeltkontrolle vorrangige *Wuchertatbestand* des § 138 Abs. 2 BGB verlangt zusätzlich zum (auffälligen) Missverhältnis des vereinbarten Entgeltes zum »Wert« der Arbeitsleistung (also der klassischen *laesio enormis*) eine subjektive Komponente (Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche des Arbeitnehmers). Der Kölner Arbeitsvertragsgesetz-Entwurf wollte mit seinem § 34 (unausgesprochen) zurück zur *laesio enormis* und für die Entgeltkontrolle allein auf ein objektives »Wertmissverhältnis« abstellen¹⁴, freilich ohne die Argumente für die Abkehr des BGB von der Läsion zu würdigen (Mot II 321). So mag jemand aus Freundschaft – oder weil er auf das Geld nicht angewiesen ist – für einen niedrigen Lohn arbeiten wollen; daran muss ihn niemand hindern¹⁵. § 138 BGB hat mit dem BGH

»nicht den Sinn, die von den Vertragspartnern vorgenommene subjektive Bewertung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung durch die richterliche Festlegung objektiver »Preisnormen« [...] zu begrenzen.«¹⁶

Insofern kehrt hier das alte Problem des Arbeitsrechts wieder: Es möchte sich aus sozialpolitischen Gründen¹⁷ so gerne vom Bürgerlichen Recht lösen, büßt aber damit dessen systemische Intellektualität ein.

Weil § 138 Abs. 2 BGB keine Sperrwirkung auslöst, kann die Generalklausel¹⁸ des § 138 Abs. 1 BGB eine Lohnvereinbarung auch dann als gegen die guten Sitten verstößend vernichten, wenn neben einem Wertmissverhältnis andere verwerfliche Elemente zu konstatieren sind – sogenanntes *wucherähnliches Rechtsgeschäft*¹⁹. Wiewohl das BAG erkennt, dass beide Absätze eigenständige Tatbestände sind²⁰, sieht das BAG das »auf-

13 Leitentscheidung BGH 12. 3. 1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153.

14 Dazu *Henssler/Sittard*, RdA 2007, 159 (161).

15 Statt vieler: *Mayer-Maly*, 2. Festschrift Larenz, 1983, S. 395 (405). Für den Ratenkredit explizit BGH 12. 3. 1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153 gegen die Vorinstanz.

16 BGH 12. 3. 1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153; *Canaris*, ZIP 1980, 709 (716).

17 Weswegen der »politische Richter« im Arbeitsrecht ein steter Wiedergänger ist und die ausgetragenen Diskussionen vielfach vergessen. Bezeichnend: *Rehder*, Rechtsprechung als Politik, 2011, passim.

18 Mit entsprechender Konkretisierungsermächtigung an die Gerichte: *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 17. Zu den Risiken – immer noch aktuell: *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933.

19 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 9; 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05, NZA 2006, 1354 (1355), Rn. 16; BGH 13. 6. 2001 – XII ZR 49/99, NJW 2002, 55 (56).

20 BAG 23. 5. 2001 – 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB Nr. 29.

fällige Missverhältnis« auch als Tatbestandsmerkmal des wucherähnlichen Rechtsgeschäftes²¹ und gelangt so zu einem Stufentatbestand innerhalb des § 138 BGB.

Ausbildungsvergütungen werden nach der Sondervorschrift des § 10 BBiG kontrolliert. Das hat zwei Gründe: Erstens ist die Ausbildungsvergütung kein Lohn, sondern primär Unterhaltsbeihilfe²², weswegen es am Synallagma fehlt²³. § 138 Abs. 2 BGB ist von vornherein nicht anwendbar. Gegen unzureichende Ausbildungsvergütungen kann aber auch keine erweiterte Handhabung des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts helfen: Denn hier geht es nicht um die Vernichtung einer Ausbeutungsabrede, sondern umgekehrt um die positive Verpflichtung des Ausbildungsbetriebes zu einer Unterhaltsleistung, zu der es (wenigstens in den ersten beiden Lehrjahren) keine nennenswerte Amortisation durch Mitarbeit des Lehrlings gibt. Die positive Begründung solcher »Unterhaltsansprüche« kann nicht über den bloß kassierenden § 138 BGB erfolgen. Dazu braucht es einen verpflichtenden Sondertatbestand.

2. Telos: Leistungs-, nicht Bedarfsgerechtigkeit

In der Literatur finden sich Stimmen, die den offenen Tatbestand des § 138 BGB als Generalermächtigung für ein bedarfsorientiertes Mindestentgelt nutzen wollen: Nicht bloß der Wucherlohn, sondern auch der Hungerlohn sei sittenwidrig, also derjenige Lohn, der den Arbeitnehmer hungrig lässt²⁴. Für den Wuchertatbestand gilt: Soziale Bedürftigkeit des Arbeitnehmers sagt nichts über den Wert seiner Arbeitsleistung aus²⁵, ist für die Austauschgerechtigkeit schlechthin irrelevant. Früher sah man das anders – weil man das Arbeitsverhältnis noch als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis verstand und den Arbeitgeber fürsorgeverpflichtet sah. So betonte Alfred Hueck: Wucher sei anzunehmen,

»wenn trotz angemessener Arbeitsleistung der Lohn so gering ist, dass er dem Arbeitnehmer nicht für sich und seine Familie den notwendigen Unterhalt sichert.«²⁶

Offener, also »beweglicher«, ist zwar § 138 Abs. 1 BGB mit dem wucherähnlichen Geschäft. Hier ließe sich nun freirechtlich jedwede »Sitte« erfinden, um sozialstaatliche Bedürftigkeitserwägungen als »objektiv-rechtliche Wertentscheidung der Menschenwürdegarantie« einstrahlen zu lassen, und eine betragsmäßige »Hungerlohnuntergren-

21 BAG 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05, NZA 2006, 1354 (1355), Rn. 16; 18. 4. 2012 – 5 AZR 630/10, NZA 2012, 978, Rn. 10.

22 Etwa BAG 19. 2. 2008 – 9 AZR 1091/06, NZA 2008, 828 (830), Rn. 30; *Opolony*, BB 2000, 510. Bezeichnend: Nach BAG 15. 12. 2005 – 6 AZR 224/05, AP Nr. 15 zu § 10 BBiG, Rn. 11 bezweckt die Vergütung die Entlastung der zum Ausbildungsunterhalt Verpflichteten (meist Eltern), § 1610 Abs. 2 BGB.

23 Und die Kürzung der Beihilfe bei unentschuldigtem Fehlen in § 19 BBiG gesondert geregelt ist.

24 ArbG Bremen 30. 8. 2000 – 5 Ca 5152, 5198/00, NZA-RR 2001, 27 (29 ff.); ErfK/Schmidt, 14. Aufl. 2014, Art. 1 GG, Rn. 13; *Lakies*, NZA-RR 2002, 337 (339); *ders.*, ArbuR 2013, 69; *Nassibi*, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, 2012, S. 72 ff.; *Peter*, AuR 1999, 289 (290); in diese Richtung aber auch *Löwisch*, in: Festschrift Bauer, 2010, S. 693 (695).

25 *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 524.

26 *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, 7. Aufl. 1963, S. 195; zum personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis S. 128 ff.

ze« zu definieren. Eher pauschal kommt die Berufung auf die staatliche Schutzpflicht für die Menschenwürde (drunter geht es nicht), die dann in § 138 BGB einstrahlen soll²⁷. *Nassibi* kommt mit solchem »Wünsch-Dir-Was« zu einem »durch die Verfassung vorgegebenen Mindestwert der Arbeitsleistung«, »der bei Vollzeittätigkeit einer sozialstaatlich-menschenwürdigen Existenzsicherung entspricht«²⁸. Zur Betragsdefinition wurden die staatliche Grundsicherung des SGB II²⁹, die Pfändungsfreigrenzen des § 850c ZPO³⁰ oder das steuerfreie Existenzminimum nach § 32a Abs. 1 Nr. 1 EStG³¹ herangezogen. Der Fünfte Senat des BAG hat das zu Recht verworfen³².

Im Kern soll damit über § 138 BGB eine sozialpolitische System-Entscheidung dem Richterrecht überantwortet und dem parlamentarischen Gesetzgeber entzogen werden³³. Auf unzureichende, sozialstaatlich bedenkliche Arbeitsentgelte kann der fürsorgende Staat nämlich auf zweierlei Wegen reagieren:

– Entweder nimmt das Gemeinwesen Niedrigentgelte hin – und sorgt durch Grundsicherung (§§ 11, 30 SGB II) als Direktleistung an den Bedürftigen für das Existenzminimum. Das ist der »traditionelle« Weg und entspricht dem Umstand, dass das Sozialstaatsprinzip mit dem Existenzgewährleistungsanspruchs allein den Staat verpflichtet³⁴. Der Arbeitgeber hingegen ist für Sozialleistungen nicht »originär« zuständig, ist Vertragspartner und nicht Unterhaltsschuldner des Arbeitnehmers³⁵. Deswegen lässt sich hier auch keine staatliche Schutzpflicht »gegen den Arbeitgeber« aktivieren³⁶. Diese herkömmliche Lösung reagiert darauf, dass die soziale Notlage dem Arbeitnehmer zuzurechnen ist, in dessen Risikosphäre fällt: Seine (mangelnde) Beschäftigungsfähigkeit prägt das Risiko sowohl von Arbeitslosigkeit als auch von »prekärer« Beschäftigung³⁷. Jede auch geringe Bezahlung mindert die Not³⁸.

27 So in methodologischer Unschuld (Mayer-Maly) *ErfK/Schmidt*, 14. Aufl. 2014, Art. 1 GG, Rn. 13; *Schaub/Linck*, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, § 34 Rn. 12.

28 *Nassibi*, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, 2012, S. 72 ff.; *dies.*, KJ 2010, 194 (199).

29 So explizit ArbG Bremen 30. 8. 2000 – 5 Ca 5152, 5198/00, NZA-RR 2001, 27 (29 ff.); *Lakies*, *ArbuR* 2013, 69; *Peter*, *AuR* 1999, 289 (290); *ErfK/Schmidt*, 14. Aufl. 2014, Art. 1 GG, Rn. 13; *Nassibi*, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, 2012, S. 72 ff.; in diese Richtung aber auch *Löwisch*, in: *Festschrift Bauer*, 2010, S. 693 (695).

30 So *Däubler/Lakies*, *TVG*, 3. Aufl. 2012, Anh. 1 zu § 5 Rn. 48.

31 *Riechert/Stomps*, *RdA* 2012, 81 (86).

32 BAG 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971 (972) = SAE 2005, 197 mit Anm. *Schmitt*.

33 Ebenso *Böggemann*, NZA 2011, 493 (496); *Löwisch/Rieble*, *TVG*, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 524; *Staudinger/Sack/Fischinger*, *BGB*, 2011, § 138 Rn. 505.

34 BVerfG 9. 2. 2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09, BVerfGE 125, 175 (222 ff.).

35 *Rieble*, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung*, 2011, S. 17 (21).

36 Eingehend *Lobinger*, in: *Gedächtnisschrift Brugger*, 2012, S. 355 (360 ff.).

37 *Lobinger*, in: *Gedächtnisschrift Brugger*, 2012, S. 355 (371). Zur Eigenverantwortung des Arbeitnehmers: *Rieble* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2011, S. 337 ff.

38 Treffend *Wank*, in: *Festschrift Zachert*, 2010, S. 453 (467 f.); *Lobinger*, in: *Gedächtnisschrift Brugger*, 2012, S. 355 (371).

– Oder der Staat entschließt sich zum Mindestlohn. Dies ist begründungsbedürftig – weil der Gesetzgeber dadurch in die Tarifautonomie sowie die Vertrags- und Berufsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien eingreift³⁹. Legitim ist es, mit Hilfe eines gesetzlichen Mindestlohns strukturellem Marktversagen und der Nutzung der Grundsicherung als Lohnsubvention entgegenzuwirken⁴⁰. Unzulässig ist es jedoch, die Arbeitgeber in den sozialstaatlichen Dienst zu nehmen und auf das Existenzminimum zu verpflichten – eben weil diese Vertragspartner und nicht Unterhaltsschuldner ihrer Arbeitnehmer sind. Auch belastet jede bedarfsorientierte Entgeltbemessung diejenigen Arbeitgeber unangemessen, die Geringqualifizierte beschäftigen – und entlastet jene, die überhaupt wenig Arbeitnehmer oder nur Höherqualifizierte zu höheren Lohnsätzen beschäftigen und die sonst über das Steueraufkommen an der Finanzierung der Grundsicherung beteiligt wären. Dass das BGB mit § 138 keine sozialstaatlichen Zwecke verfolgt, Marktversagen vielmehr durch »Specialgesetzgebung« bekämpft werden sollte, lässt sich schon bei *Planck* nachlesen⁴¹. Ein solches »Spezialgesetz« war seit 1952 das MiArbG, auch wenn von der alten Fassung nie Gebrauch gemacht worden ist (anders als vom Festsetzungsrecht im Heimarbeitsgesetz). Erstaunlicherweise haben jene fortschrittlichen Arbeitsrechtler sich nicht dem Einwand gestellt, dass die (gewollte!) Nichtanwendung des MiArbG durch die Exekutive doch nicht den Richter ermächtigen kann, über § 138 BGB selbst Mindestlöhne zu setzen. Aus Sicht des BGB bleibt es dabei: Sozialstaatlich unzureichende, aber marktübliche Löhne sind nicht sittenwidrig⁴². Über § 138 BGB lässt sich keine Sozialpolitik betreiben und kann ein von der Rechtsordnung »an sich« erlaubtes Verhalten nicht beanstandet werden⁴³.

Bestätigt wird das gerade durch die angemessene Ausbildungsvergütung nach § 10 BBiG: Mit ihr erlegt der Staat dem Ausbildungsbetrieb eine originäre Quasi-Unterhaltspflicht auf: Mit der Annahme eines Lehrlings ist notwendig die gesetzliche Pflicht verbunden, ihm eine Unterhaltsbeihilfe zu leisten. Wer die nicht zahlen will, soll das Ausbilden bleiben lassen.

3. Keine »Korrektur« durch Völker- oder Europarecht

Diese eindeutige BGB-Engführung lässt sich nicht mit Völkerrecht überwinden. Weder Art. 4 Abs. 1 ESC (noch gar das Uralt-ILO-Übereinkommen Nr. 26 aus dem Jahr 1928; das spätere ILO-Mindestlohn-Übereinkommen Nr. 131 hat Deutschland nicht ratifiziert) bieten eine Grundlage für eine absolute Lohnuntergrenze⁴⁴. Das dort postulierte »gerechte Arbeitsentgelt« ist zwar als Lebensunterhalt gemeint und bezieht großzügig nicht nur den Arbeitnehmer, sondern gleich dessen Familie mit ein. Indes: Die ESC ist

39 *Caspers*, Mindestlohn und Tarifautonomie, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung, 2011, S. 147 ff. m. w. N.

40 *Chr. Picker*, RdA 2014, 25 (29 f.).

41 *Planck*, Zur Kritik des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 75 [1889], 327 (405 ff.).

42 Ebenso *Henssler/Sittard*, RdA 2007, 159 (161).

43 BGH 17. 4. 1970 – I ZR 124/68, NJW 1970, 1179 f. für den »Mietvertrag mit einer Dirne«.

44 So aber *Peter*, AuR 1999, 289 (294); *Kohte*, JR 2010, 551 (552); *Nassibi*, KJ 2010, 194 (201 ff.); *Körner*, NZA 2011, 425 ff.; SG Berlin 19. 9. 2011 – S 55 AS 24521/11 ER, juris.

eine sozialpolitische Schwärmerei – im Unterschied zur EMRK als durchsetzbarer Schwesterkonvention nur als wohlmeinender Appell gemeint, also schon zwischen den Völkern nicht nur formal unverbindlich, sondern auch mit Programmsätzen inhaltlich zu wenig konkret. Zur Konkretisierung von § 138 BGB taugt sie schlechthin nicht⁴⁵.

Auch Art. 31 Abs. 1 EU-GRCharta begründet keinen »Anspruch auf einen der Würde des Arbeitenden und dem Sittengesetz entsprechenden Mindestlohn«⁴⁶ – selbst wenn man Art. 31 EU-GRCharta als echtes Grundrecht und nicht nur als bloßen Grundsatz i. S. d. Art. 52 Abs. 5 EU-CRCharta betrachtet⁴⁷: Adressaten der Charta-Grundrechte sind ausweislich Art. 51 Abs. 1 EU-GRCharta allein Union und Mitgliedstaaten – und damit nicht private Arbeitgeber⁴⁸. In Betracht käme daher allenfalls eine mittelbare Drittwirkung des Art. 31 EU-GRCharta über die zivilrechtliche Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB⁴⁹. Das Arbeitsentgelt wird jedoch vom Begriff der »Arbeitsbedingungen« in Art. 31 EU-GRCharta gerade nicht erfasst⁵⁰. Forderungen, dort ein Recht auf einen »gerechten« oder »angemessenen« Lohn aufzunehmen, konnten sich im Grundrechtekonvent nicht durchsetzen⁵¹. Dies war nur konsequent: nach Art. 153 Abs. 5 AEUV hat die EU für das Arbeitsentgelt keine Regelungskompetenz. Und selbst wenn Art. 31 EU-GRCharta ein solches Recht vorsähe, wäre dies viel zu unbestimmt und bedürfte zwingend der Konkretisierung durch einfachgesetzliche Normen des einzelnen Mitgliedstaats⁵². § 138 Abs. 1 BGB genügt als »Einbruchsstelle« hierfür keinesfalls – zumal diese Norm nur eine äußerste Toleranzgrenze vorsieht und damit bewusst offenlässt, welches Entgelt als »gerecht« oder »angemessen« anzusehen ist.

45 Sehr klar MünchArbR/Krause, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 84 f.; Franke, Lohnwucher, 2003, S. 113 f.; BAG 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 972 (974) = SAE 2005, 197 mit Anm. Schmitt.

46 So aber P. Hanau, NZA 2010, 1 (2).

47 Bejahend: Bergmann, in: Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, Art. 31 EU-GRCharta, Rn. 1. Offen gelassen von Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 31 Rn. 3.

48 H. M., vgl. nur Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 31 Rn. 3; Kindgreen, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 EU GRCharta, Rn. 18.

49 Zur mittelbaren Drittwirkung der Unionsgrundrechte im Arbeitsrecht jüngst Fornasier, Die Wirkung der europäischen Grundrechte im Arbeitsverhältnis, in: Latzel/Picker (Hrsg.), Neue Arbeitswelt, 2014, S. 25 ff. m. w. N.

50 H. M., vgl. nur Frenz, Handbuch Europarecht, Band 4, Europäische Grundrechte, 1. Aufl. 2009, Rn. 3904; Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 31 Rn. 6.

51 Schwarze/Knecht, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 31 Rn. 2.

52 Vgl. hierzu jüngst EuGH 15. 1. 2014 – Rs. C-176/12 (*Association de médiation sociale / Union locale des syndicats CGT u. a.*): »Art. 27 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, der das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer betrifft, reicht für sich allein nicht aus, um dem Einzelnen ein Recht zu verleihen, das geltend gemacht werden kann, um eine dem Unionsrecht entgegenstehende nationale Bestimmung unangewendet zu lassen.« Speziell zu Art. 31 EU-GRCharta: Kriebler, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 31 EU GRCharta, Rn. 2.

III. Strukturfragen

Damit weisen diese (im Unterschied zum staatlichen, betragsmäßig definierten Mindestlohn) relativen Entgeltkontrolltatbestände eine ähnliche Regelungsstruktur auf, die den Fortgang dieser Untersuchung prägt:

1. Referenzentgelt

An erster Stelle steht die Suche nach dem Referenzpreis oder Referenzentgelt: Der Wuchertatbestand zielt zwar auf eine Störung des Äquivalenzverhältnisses und müsste also den für die Leistung (Ware, Tätigkeit) geschuldeten Preis in einem Wertvergleich zur Leistung kontrollieren. Das verlangt also die Feststellung eines »objektiven Wertes« der Ware, des Darlehens oder eben der Arbeitsleistung – wie das BAG für den Lohnwucher explizit und wiederholt sagt⁵³.

So etwas wie einen »objektiven Wert« einer Sache oder einer Tätigkeit gibt es indes und schlechthin nicht: weil es keinen objektiven, also überindividuellen Wertmaßstab gibt. Wieviel ein Sack Reis »wert« ist (an welchem Ort, zu welcher Zeit?), ist ebenso wenig aus sich heraus definierbar wie der Wert einer Arbeitsstunde einer Altenpflegerin oder eines Polizisten.

Die Bewertung einer Leistung findet in einem marktwirtschaftlichen System durch den Abgleich von Angebot und Nachfrage statt, also durch Preisbildung. Und erst diese Preisbildung schafft die Kommensurabilität unterschiedlicher Leistungen, ermöglicht den Tausch. Der Preis drückt die tauschorientierte Wertschätzung des Marktes aus – oder bei hoheitlicher Taxe diejenige des Staates. Über den ideellen, persönlichen, künstlerischen, religiösen oder sonstigen Wert (also die Wertwürdigkeit) ist damit gar nichts gesagt, ebenso wenig über den Ertrags-, Gebrauchs- oder Nutzwert für den Empfänger oder den aufwendungsbezogenen Wert für den Leistenden⁵⁴. Deshalb hat der BGH die Ertragswertmethode als Vergleichswert für die Sittenwidrigkeit einer Gaststättenpacht verworfen:

»Der tatsächlich zu erzielende Marktpreis hängt aber nicht von einer solchen Rentabilitätsberechnung ab.«⁵⁵

Richtig konstatiert der BGH, dass § 138 BGB keinen rentabilitätsgeprägten Preisrahmen verordnen kann, der letztlich mit den guten Sitten einen Höchstgewinn verbindet. Diese »marktkonforme« Selbstbeschränkung des Gesetzes bestätigt § 119 Abs. 2 BGB: Der

53 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. Joussem, Rn. 14; 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971 = SAE 2005, 197 mit Anm. Schmitt; 23. 5. 2001 – 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB Nr. 29; zustimmend Hensler/Sittard, RdA 2007, 159 (161); Fischinger, JZ 2012, 546 (547); Schmitt, SAE 2005, 201 (204).

54 Dazu Ruskin, Wie wir arbeiten und wirtschaften müssen (1896, übersetzt von Feis), S. 118 ff., 123 ff. zum Preis als Tauschwert. Zu Ruskins Wertverständnis eindringlich: Reuß, Fors: Der Preis des Buches und sein Wert, 2013, insbesondere S. 241 ff.

55 BGH 28. 4. 1999 – XII ZR 150/97, BGHZ 141, 257 = NJW 1999, 3187 unter II 2 B b. Anders verfährt BGH vom 15. 5. 2012 – KVR 51/11 (Wasserpreise Calw), NJW 2012, 3243, Rn. 13 ff. bei der kartellrechtlichen Preiskontrolle auf Ausbeutungsmissbrauch; hier soll der Als-ob-Wettbewerbspreis kostenbasiert ermittelt werden.

»Wert«, also die wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit einer Sache ist keine verkehrswesentliche Eigenschaft⁵⁶. Eben deshalb meinen transportrechtliche Haftungs Vorschriften mit dem »gemeinen Wert« den gewöhnlichen Marktpreis⁵⁷.

Das heißt für den Lohnwucher insbesondere: Für das Referenzentgelt kommt es weder auf die Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers, also die Kaufkraft des Lohnes an (Ballungsraum vs. Ausland⁵⁸) noch umgekehrt auf den »Aneignungswert« für den Arbeitgeber⁵⁹. Dass sich die Arbeit für den Arbeitgeber nicht rechnet, fällt in sein Wirtschaftsrisiko. Für den Mietwucher hat der BGH eben dies klar betont:

»Die sogenannte Kostenmiete, d. h. die zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderliche Miete [. . .], ist als Berechnungsgrundlage für den Vergleich der beiderseitigen Leistungen ungeeignet, weil sie dazu führen würde, dass der Vermieter unter Ausnutzung einer starken Wohnungsnachfrage die Kosten unwirtschaftlich erlangter Mietobjekte voll auf den Mieter abwälzen könnte.«⁶⁰

Notlagen des Arbeitgebers können allenfalls über den subjektiven Tatbestand berücksichtigt werden (noch D.III.).

Umgekehrt ist es irrelevant, wenn der Arbeitgeber niedrige Arbeitsentgelte zahlt und hohe Gewinne erwirtschaftet⁶¹. Sowenig wie der Arbeitgeber sein Wirtschaftsrisiko auf den Arbeitnehmer verlagern darf, muss er den Arbeitnehmer am *Unternehmensgewinn* beteiligen. Es kommt nur auf den Marktvergleich an.

In die Entgeltvergleichsberechnung einzustellen sind mit dem BAG richtigerweise *Bruttolöhne*: Wieviel Steuern und Sozialabgaben abzuziehen sind, ist keine Frage der Austauschgerechtigkeit und der Vertragskontrolle nicht zugänglich. Umgekehrt entlasten staatliche Transferleistungen nicht, weil sie ebensowenig die Äquivalenz betreffen⁶². Richtig stellt das BAG für den Vergleich auch auf das *Grundentgelt* ab und lässt Sonderzahlungen und Zuschläge außer Betracht⁶³. Letztlich findet also ein »Stundenlohnvergleich« statt (anders als beim AEntG-Mindestlohn)⁶⁴.

§ 138 BGB verhält sich gegenüber sämtlichen Theorien der Tauschgerechtigkeit (von Aristoteles über Scholastik, Adam Smith und Karl Marx bis hin zu Oswald von

56 Statt aller Staudinger/Singer, BGB, 2011, § 119 Rn. 100 m. w. N.

57 Für § 429 Abs. 3 HGB etwa BGH 29. 7. 2009 – I ZR 171/08, NJW 2009, 3239, Rn. 8; weiter § 136 VVG für den Transportversicherungswert.

58 Weswegen der BGH in seiner strafrechtlichen Lohnwucherentscheidung dem in Tschechien wohnhaften Arbeitnehmer ungeschmäleren Lohnwucherschutz zuteil werden ließ: BGH 22. 4. 1997 – 1 StR 701/96, NZA 1997, 1166; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 524.

59 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. Joussem, Rn. 18.

60 BGH 8. 12. 1981 – 1 StR 416/81, BGHSt 30, 280.

61 Ebenso Franke, Lohnwucher, 2003, S. 107 f. A. A. Däubler, AiB 1996, 500 (501).

62 LAG Bremen 28. 8. 2008 – 3 Sa 69/08, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 2; Böggemann, NZA 2011, 493 (496). A. A. Mohr, BB 2008, 1065 (1067).

63 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. Joussem, Rn. 18.

64 BAG 18. 4. 2012 – 4 AZR 139/10, NZA 2013, 387 (390), Rn. 24; EuGH 7. 11. 2013 – Rs. C-522/12 (Tevfik Isbir), NZA 2013, 1359.

Nell-Breuning⁶⁵) resignativ: Die Norm kann nur die Abweichung des konkreten Preises vom sonst üblichen Preis beanstanden, über einen »objektiven« Wert der Leistung ist damit nichts gesagt. Die »Semantik des »gerechten Preises«« zielt mit *Luhmann* »auf moralische Vorgaben«, will den Eigennutz der Tauschmaximierer mit einer Gemeinwohllast versehen⁶⁶. Moderner lässt sich von »fairen« Preisen sprechen. Diese moralischen Anforderungen an Lohn- und Preisgerechtigkeit kann § 138 BGB nicht materialisieren. Dazu braucht es dann eine »Specialgesetzgebung«, die etwa einen Mindestlohn festsetzt, damit jeder Vollzeitbeschäftigte von seiner Arbeit leben können soll. Oder man vertraut auf die Tarifautonomie, deren Hauptzweck es ist, einen gerechten Lohn hervorzubringen.

Indem § 138 BGB auf den Marktpreis als Wertmaßstab verweist, kontrolliert es die Austauschgerechtigkeit mit einer Preisabweichung – auf derselben »Marktseite«. Es wird also der vereinbarte Preis mit dem allgemeinen oder üblichen Preis verglichen. Das ist nicht etwa ein Umschlagen in Verteilungsgerechtigkeit oder marktliche Diskriminierung, sondern Konsequenz des Umstandes, dass der Leistungswert am Marktpreis gemessen wird. Damit werden die Grenzen der Sittenwidrigkeitskontrolle deutlich: Sind alle Arbeitnehmer in einem bestimmten Wirtschaftszweig strukturell schwach und schlägt sich diese Marktschwäche in gleichförmig niedrigen Löhnen nieder, so hilft die richterliche Sittenwidrigkeitskontrolle nicht weiter. Sie kann immer nur auf die Korrektur von Marktausreißern zielen, niemals aber auf die Korrektur des Marktes selbst⁶⁷. Unterbietungswettbewerb lässt sich mit § 138 BGB nicht verhindern, sondern nur begrenzen⁶⁸. Dementsprechend kann § 138 BGB umgekehrt einen (aus anderen Gründen gewollten) Mindestlohn nicht entbehrlich machen⁶⁹.

2. Objektiver Abweichungskontrollmaßstab

An zweiter Stelle steht der objektive Abweichungskontrollmaßstab: Erst ab einem bestimmten »Missverhältnis« von vereinbartem zum Referenzentgelt kommt eine Beanstandung in Betracht. Die Entgeltkontrolle will die autonome Entgeltregelung nicht erübrigen und lässt der Privatautonomie ihren Raum. Dieses Abweichungsmaß kann – wie die Zinskontrolle bei Verbraucherdarlehen zeigt – als prozentualer Maßstab gefasst sein, oder aber als definierter Abstand (12 Prozentpunkte). Für den Rechtsanwender ist das Abweichungsmaß Kassationsmaßstab, also notwendige Bedingung für die Beanstandung der vertraglichen Regelung. Aus Sicht der Marktteilnehmer und ihrem Rechtssicherheitsbedürfnis definiert dieser Maßstab den »sicher erlaubten Bereich«: Wenn als

65 Instruktiver Überblick bei *Hecker*, Lohn- und Preisgerechtigkeit, 2008, der seinerseits aus Leistungs- und sozialer Gerechtigkeit bezeichnenderweise nur parolenartige Leitlinien entwickelt. Dort S. 309 ff. zum Marktpreis.

66 *Luhmann*, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 6. Aufl. 1994, S. 23 f.

67 Prägnant MünchArbR/*Krause*, 3. Aufl. 2012, § 54 Rn. 84.

68 *Bayreuther*, NJW 2007, 2023; *Jacobs*, in: Gedächtnisschrift Walz, 2008, S. 289 (298 f.).

69 So aber der Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP vom 26. 10. 2009, S. 21: »Die Rechtsprechung zum Verbot sittenwidriger Löhne soll gesetzlich festgeschrieben werden, um Lohndumping zu verhindern. Damit werden wir auch wirksam gegen soziale Verwerfungen in einzelnen Branchen vorgehen.« Entsprechend *Henssler/Sittard*, RdA 2007, 161 (165); *Franke*, Lohnwucher, 2003, S. 24.

wucherisch ein Lohn nur in Betracht kommt, der weniger als zwei Drittel des Üblichen beträgt, dann kann der Arbeitgeber bei einer Vergütung von 75 % hinreichend sicher deren Wirksamkeit kalkulieren.

3. Subjektiver Tatbestand

An dritter Stelle steht schließlich die Frage, ob und welcher subjektive Tatbestand erfüllt sein muss: Wenn man nicht in die Läsion zurückfallen und den »Freundschaftspreis« unbeanstandet lassen will, aber auch die Beschäftigung einer in der Leistungsfähigkeit eingeschränkten Person (behindert, krank, unzureichende Fähigkeiten und Fertigkeiten etc.), insbesondere zu sozialen Zwecken und ohne Gewinnerzielungsabsicht, dann führt am subjektiven Tatbestand kein Weg vorbei. Es ist dann eine Ausgestaltungsfrage, inwieweit »bewusstes Ausnutzen« oder »leichtfertiges Sich-Verschließen« positiv festgestellt werden müssen oder ob das objektive Missverhältnis eine entsprechende Vermutung auslöst.

Nach diesen Kernfragen stellt sich für alle Dauerschuldverhältnisse und besonders für das Arbeitsverhältnis, bei dem die Inflation zur Reallohnsenkung führt, die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der Wucherprüfung: Kann § 138 BGB die Austauschgerechtigkeit zeitdynamisch sichern und wie soll das geschehen?

Jenen Fragen (sowie: Beweislast und Rechtsfolge) geht diese Untersuchung nach.

B. Referenzentgelt

Zentrale Frage ist nun also: Wie ermittelt der Rechtsanwender das konkrete Referenzentgelt, an dem das streitige Arbeitsentgelt zu messen ist? Welcher Lohnmaßstab gilt für einen Koch, eine Reinigungskraft oder eine Pflegerin?

I. Tarifentgelt oder Marktentgelt?

1. BAG 2009: »Üblicher« Tariflohn

Das BAG geht für seine Wertbestimmung von den fachlich einschlägigen Tariflöhnen aus⁷⁰. Diese seien jedenfalls dann Wertindikator (aus Sicht des BAG: definierten den »objektiven Wert der Arbeitsleistung«), wenn sie üblicherweise gezahlt würden. Die Üblichkeit der Tarifvergütung könne angenommen werden, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden seien oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigten. Demgegenüber hält das BAG den Organisationsgrad der Arbeitnehmer für wenig aussagekräftig, da dieser ohne Tarifbindung der Arbeitgeber nicht zur Üblichkeit entspre-

70 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. Joussem, Rn. 14; 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971 = SAE 2005, 197 mit Anm. Schmitt; 23. 5. 2001 – 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB Nr. 29; 18. 4. 2012 – 5 AZR 630/10, NZA 2012, 978, Rn. 11; LAG Schleswig-Holstein 31. 8. 2010 – 5 Sa 121/10, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 5.

chender Tarifentgelte führe. Wird im einschlägigen Marktbereich (dazu sogleich 2.) üblicherweise unterhalb des Tariflohns gezahlt, so sei von diesem niedrigeren allgemeinen Lohnniveau auszugehen. Freilich fehlt in der Rechtsprechung des BAG der Satz, dass eine übliche übertarifliche Bezahlung ihrerseits das Tarifentgelt als Referenzentgelt ersetzt. Ob man aus der Betrachtung des untertariflichen Entgelttraumes schließen kann, dass der Fünfte Senat ein durchweg übertarifliches Entgelt nicht als Referenz berücksichtigt, scheint uns zweifelhaft. Man denke nur etwa an den Fall, dass ein Tarifvertrag seit langem nurmehr nachwirkt und die Löhne sich flächig über den Tarif hinweg entwickelt haben. Es gibt schlechthin keinen Grund, das für die Wucherkontrolle maßgebliche Referenzentgelt beim Tariflohn zu deckeln⁷¹ – zumal man sich so bei unterschiedlichen Tarifverträgen im relevanten Arbeitsmarkt Zusatzprobleme einfängt: Soll etwa der »billigste« aller Tarifverträge diesen Deckel definieren?

Wenn das aber so ist, dann ist das Tarifentgelt als solches gänzlich irrelevant. Es kommt eben auf das marktübliche Entgelt an. Das kann das Tarifentgelt sein – muss es aber nicht. Der »Erstzugriff« auf ein tariflich normiertes Entgelt hat immerhin eine Praktikabilität für sich: Entgeltregeln der Flächentarifverträge prägen vielfach das Tarifgebiet und auch die Entgeltsituation bei tariffreien Arbeitgebern – weil sie sich faktisch auf dem Arbeitsmarkt durchsetzen und derjenige Arbeitgeber, der durchweg untertariflich zahlt, Schwierigkeiten bei der Anwerbung jedenfalls von Fachkräften bekommt. Untertarifliche Bezahlung lohnt nur bei Geringqualifizierten – und wird dort künftig durch den Mindestlohn begrenzt.

Dementsprechend ist es sinnvoller zu fragen, ob es einen einschlägigen Tariflohn gibt und sodann dessen Marktüblichkeit zu prüfen – anstatt ohne flächendeckende Lohnstatistiken, die dann auch einzelne Berufe in unterschiedlichen Regionen ausweisen müssten, nach einem schwer greifbaren Marktlohn zu fragen. Mehr hat das BAG nicht gemeint.

2. Tarifentgelt als Vergleichsmaßstab?

a) Keine legitimationslose Quasi-Tarifgeltung

Immer wieder wird versucht, die Bezahlung in tariffreien Arbeitsverhältnissen am tariflichen Maßstab auszurichten – und zwar gerade unabhängig von der Üblichkeit oder Verkehrsgeltung des Tarifvertrages⁷². Derselbe »Trick« wurde auch bereits bei der Einführung der arbeitsrechtlichen AGB-Kontrolle versucht (80-Prozent-Entgeltgrenze via Angemessenheit)⁷³.

Jener Gedanke wirft ein grundsätzliches Legitimationsproblem auf – und zwar in zwei Stufen: Es ist nämlich zu klären, wie ein Tarifentgelt ohne staatliche Allgemeinverbindlicherklärung als allgemeiner Maßstab »gelten« soll, ohne dass dies eine unzulässige dynamische Verweisung des Gesetzes auf den Tarifvertrag ist. Jene hat das Bundesverfassungsgericht in der Bergmannsversorgungsschein-Entscheidung beanstandet, weil so

71 Franke, Lohnwucher, 2003, S. 90, 93.

72 Beppler, in: Festschrift Richardi, 2007, S. 189 (203); Däubler, NZA 2001, 1335; Kreutz, SAE 1974, 35 (37); Peters, AuR 2001, 510.

73 Däubler, NZA 2001, 1329 (1335); hiergegen Löwisch, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 311 (320 f.); Thüsing/Lambrich, RdA 2002, 193 (196).

entgegen dem Rechtsstaatsprinzip die Nicht- und Andersorganisierten einem Rechtsbefehl unterstellt werden, der für sie weder privatautonom (durch Mitgliedschaft) noch staatlich-demokratisch legitimiert ist⁷⁴. Damit knüpft das Bundesverfassungsgericht an die Entscheidungen zur Allgemeinverbindlichkeit an: Art. 9 Abs. 3 GG lässt tarifliche Rechtsetzung nur gegenüber Mitgliedern zu und verlangt deshalb für die Geltungserstreckung einen Staatsbefehl⁷⁵.

Der Fünfte Senat⁷⁶ weicht dem verfassungsrechtlichen Problem durch Rekurs auf die (fragwürdige) Tarifreueentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁷ aus: Dort habe das Bundesverfassungsgericht doch gerade betont, dass die negative Koalitionsfreiheit nicht vor Fernwirkungen der Tarifparteien schütze⁷⁸. Das ist doppelt schräg: Wenn der Erste Senat die Bergmannversorgungsschein-Entscheidung des Zweiten ernsthaft in Frage stellen wollte, so hätte er das Plenum anrufen müssen. Materiell betont das Bundesverfassungsgericht in der Tarifreue-Entscheidung, dass die Tarifierstellungspflicht doch gerade auf der freiwilligen (privatautonomen) Unterwerfung des Unternehmers unter die Vergabebedingungen resultiert. Davon kann bei § 138 BGB keine Rede sein. Hier resultiert die Tarifwirkung allein aus dem Bezug der staatlichen Norm auf den Tarifvertrag. Und eben deswegen bleibt es dabei: Diese »kalte« Allgemeinverbindlichkeit⁷⁹ (ohne Erklärung, ohne Verfahren und ohne Rechtsschutz gegen den exekutiven Erstreckungsakt⁸⁰) wäre schlechthin verfassungswidrig. Dass diese Kontrolle von Arbeitsverträgen am Tarifmaßstab nur »mittelbare« Tarifnormwirkung außerhalb von § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG über den Transmissionsriemen des § 138 BGB ist, rettet nicht. Es macht aus Legitimationssicht keinen Unterschied, ob der Staat positiv anordnet, dass der Arbeitsvertrag von Tarifinhalten modifiziert wird (Gebotsnorm) oder ob er umgekehrt den Tarifvertrag zum Kontrollmaßstab für den Arbeitsvertrag erhebt. Für die seinerzeit eingehend diskutierte AGB-Kontrolle am Angemessenheitsmaßstab des einschlägigen Tarifvertrages wurde eben dies einhellig verworfen: dass der nur für Mitglieder geltende Tarifvertrag einen allgemeinen Maßstab der Angemessenheit liefern könnte und auf diese Weise Leitbildfunktion für eine allgemeine AGB-Kontrolle sein könnte⁸¹.

74 BVerfG 14. 6. 1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208 = SAE 1984, 1 mit Anm. Scholz. Zur Diskussion um die Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit Hanau, in: Festschrift Scholz, 2007, S. 1036.

75 BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 345 ff.; 15. 7. 1980 – 1 BvR 24/74, 439/79, BVerfGE 55, 7 ff.

76 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. Jousen, Rn. 15.

77 BVerfG 11. 7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 (218 f.).

78 Dazu Schubert, RdA 2001, 199 (207).

79 Dies erkennend: ArbG Hagen 24. 6. 1987 – 3 Ca 163/87, NZA 1987, 610 (611); ArbG Essen 1. 2. 1977 – 6 Ca 3134/76, BB 1978, 255 (256).

80 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718.

81 Annuß, BB 2002, 458 (460); Bayreuther, RdA 2003, 81 (82 f.; 90); Haderer, FA 2002, 66 (68); Lingemann, NZA 2002, 181 (189); Tschöpe, DB 2002, 1830 (1833).

Das Legitimationsdefizit lässt sich nicht sozialstaatlich »überspielen«: Dass es bislang zuwenig statistische Lohndaten gibt, rechtfertigt keinen Systembruch⁸². Darlegungs- und Beweismöte der beweisbelasteten Partei rechtfertigen keine systemwidrige Konkretisierung des § 138 BGB – sondern machen eine »Specialgesetzgebung« erforderlich. Zu ihr ist der Richter nicht befugt. Wenn die Einkommenssituation mancher Bevölkerungsgruppen den Staat zum Eingreifen verpflichtet – dann muss er dies mit rechtsstaatlich einwandfreien Mitteln tun und darf nicht die Tarifparteien ermächtigen, durch ein von ihren tariflichen Entgeltsätzen abgeleitetes Mindestentgelt in die Berufsausübung der tariffreien Arbeitnehmer und Arbeitgeber regelnd einzugreifen, bei leistungsschwachen Arbeitnehmern das Risiko der Arbeitslosigkeit zu erhöhen und ertragsschwache Arbeitgeber mit der Produktivitätspeitsche vom Markt zu vertreiben.

b) Unbeachtliche Minderheiten-Tarifverträge

Dieses Legitimationsproblem trifft zuerst den nicht-repräsentativen Tarifvertrag. Auf formaler, tarifrechtlicher Ebene lässt sich sagen: Wenn tarifliche Entgeltsätze nicht einmal das 50-Prozent-Quorum des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG a. F. erreichen, also nicht einmal für allgemeinverbindlich erklärt werden könnten, wie können sie dann mit einem Prozentsatz ihres Entgeltes eine Mindestbezahlung definieren? Auch eine Allgemeinverbindlichkeit von 66 % des Tarifentgeltes wäre echte Tarifwirkung. Das nunmehr gestärkte TVG verschärft das Argument noch: Weil die erleichterte AVE (überwiegende Bedeutung, wirtschaftliche Fehlentwicklung) ersichtlich Beurteilungsspielräume der Exekutive schafft, in die die dritte Gewalt auch nicht mit Hilfe von § 138 BGB eingreifen darf.

Deutlich wirksamer ist das Argument aus § 138 BGB: Die Norm importiert das Anstandsgefühl *aller* billiger und gerecht Denkenden⁸³. Eine generelle Moralvorstellung dahin, dass jeder Arbeitgeber nach Tarif bezahlen müsse, wird man nicht belegen können.

Wenn in einer Branche und im maßgeblichen Gebiet nur eine Minderheit der Arbeitgeber Tarifverträge anwendet, dann ist deren autonome Selbstbindung von vornherein kein Anhaltspunkt dafür, welche Bezahlung *alle* Redlichen erwarten. Wer als Tarifgebundener den Tarifvertrag erfüllt, vollzieht damit eine Vertragspflicht und kein eigenständiges Sittlichkeitsgebot. Kurz: § 138 BGB lässt keine Tariferstreckung zu, wenn das Tarifentgelt nicht marktüblich ist. Gerechtigkeitsvorstellungen der Minderheit dürfen der Mehrheit nicht durch entscheidungsfreudige Richter aufgezwungen werden. Tarifverträge, die zwar einschlägig, aber nicht üblich sind, können nicht »Leitlinie« für das Mindestmaß an Austauschgerechtigkeit sein. Das nämlich wäre in der Tat legitimationslose Herrschaft der Minderheit über die Mehrheit.

c) Repräsentative Tarifentgelte: nur tatsächliche Anknüpfung

Auch repräsentative Tarifentgelte müssen sich der Legitimationsfrage stellen: Selbst wenn ein Tarifvertrag 80 % der Arbeitsverhältnisse im maßgeblichen Bereich erfasst, kann er doch nicht automatisch mit 66 % seines Entgeltsatzes für Tariffreie oder gar

82 So aber *Reimecke*, Sonderbeilage zu NZA 3/2000, 23 (32): »§ 138 BGB muss für die arbeitsgerichtliche Praxis auch und gerade in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit handhabbar sein. Es bleibt nur eine pragmatische Herangehensweise.«

83 Zur Anstandsformel näher *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 12 ff.

anderweit Tarifgebundene⁸⁴ »gelten«. Auch in diesem Fall bleibt das Erfordernis einer staatlich-demokratischen Legitimation, wenn der Tarifvertrag in seiner Geltung erstreckt werden soll.

Indes löst sich diese Verwirrung auf: Erforderlich ist der staatliche Geltungsbefehl dann und nur dann, wenn eine tarifliche Rechtsfolge in eine allgemeine Gesetzesnorm inkorporiert werden soll. Hier indes geht es um eine *tatbestandliche* Anknüpfung – wie der Vergleich mit anderen Wucherkontrollen zeigt: Mietwucher und Zinswucher kommen ohne Rückgriff auf normative Kollektivverträge aus; sie messen die Vergütung allein am Marktüblichen. Eben auf die Marktverhältnisse stellt § 138 Abs. 2 BGB ab – und wenn diese von einem Tarifvertrag geprägt werden, dann ändert dies an der nur tatbestandlichen Anknüpfung nichts.

Deutlich wird das, wenn man die Geltungskraft des Tarifvertrages betrachtet: Eine Tarifnormerstreckung durch rechtsfolgenbezogenen Geltungsbefehl scheitert, wenn der Tarifvertrag unwirksam ist. Weil die statische Verweisung voraussetzt, dass der Tarifvertrag als Tarifvertrag gilt. Die Normerstreckung eines unwirksamen Tarifvertrages geht ins Leere⁸⁵. Anders die marktübliche Vergütung: Bei der tatbestandlichen Anknüpfung kommt es nicht darauf an, weswegen »der Markt« mehrheitlich die Preise zahlt. Auch wenn ein abgelaufener oder unwirksamer Tarifvertrag in einem Arbeitsmarktsegment praktiziert wird, prägt er dort die Marktverhältnisse. Gerade im Entgelt orientieren sich viele tariffreie Arbeitgeber am Tarifvertrag. Auch das kann die Üblichkeit der tariflichen Bezahlung auslösen. Nur das kann der Fünfte Senat mit seinem Satz gemeint haben:

»Die einschlägigen Tarifverträge werden lediglich rechtstatsächlich als Vergleichsmaßstab zur Bestimmung der üblichen und angemessenen Vergütungshöhe herangezogen.«⁸⁶

Weil (nur) diese tatbestandliche Anknüpfung das Erfordernis eines staatlichen Geltungsbefehls erübrigt, ist die Konsequenz für § 138 BGB klar: Maßgebend ist immer das marktübliche Entgelt, es kann oberhalb oder unterhalb des Tarifentgeltes liegen oder es kann gerade den Tarifvertrag treffen. Vergleichsmaßstab oder Referenzentgelt ist *stets* und notwendig das allgemeine Lohnniveau des jeweiligen Wirtschaftszweigs im Wirtschaftsgebiet⁸⁷.

Entsprechend muss positiv feststehen, dass der Tariflohn üblicherweise bezahlt wird. Nur dann darf ihn das Arbeitsgericht als Vergleichsmaßstab heranziehen⁸⁸. Einen allgemeinen Erfahrungssatz, dass Arbeitgeber überwiegend mindestens den Tariflohn zahlen, gibt es nicht⁸⁹. Lässt sich das allgemeine Entgeltniveau des fraglichen Wirtschaftszweigs

84 Zu der Frage, ob ein Tarifvertrag seinerseits mit Hungerlöhnen sittenwidrig sein kann: *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 521 ff. m. w. N.

85 Statt vieler *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 41.

86 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 15.

87 Wie hier *Jacobs*, in: *Gedächtnisschrift Walz*, 2008, S. 289 (297); *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829 (835); *Henssler/Sittard*, RdA 2007, 159 (161).

88 Richtig BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (839) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 24: »Das Landesarbeitsgericht hat die Üblichkeit des Tariflohns nicht festgestellt. [...] Diese Frage ist zwischen den Parteien streitig geblieben. Sie ist im neuen Berufungsverfahren zu klären.«

89 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1773.

angesichts der Heterogenität der Löhne nicht ermitteln, so kann dem betroffenen Arbeitgeber kein Sittenwidrigkeitsvorwurf gemacht werden. Abhelfen kann man dem nur dadurch, dass die amtliche Lohnstatistik dergestalt nach unterschiedlichen Tätigkeiten in unterschiedlichen Branchen und unterschiedlichen Wirtschaftszweigen ausdifferenziert. Dann wären die üblichen Löhne bekannt. Bis dahin versucht das BAG den empirischen Zugang zur Marktüblichkeit dadurch zu erleichtern, dass es repräsentativen Tarifverträgen Indizwirkung beimisst. Auf die Repräsentativitätsanforderungen ist zurückzukommen: unter B.III.

d) *Ausbildungsvergütung als Gegenmodell?*

Für § 10 BBiG geht das BAG in ständiger Rechtsprechung⁹⁰ davon aus, dass Tarifverträge die angemessene Ausbildungsvergütung für die ganze Branche definieren:

– In einem ersten Schritt betont das BAG, dass tarifvertragliche Ausbildungsvergütungen stets als angemessen anzusehen seien – also nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BBiG nicht kontrolliert werden. Die Rechtsprechung verschont also niedrige tarifliche Ausbildungsvergütungen vor der Angemessenheitskontrolle, womöglich weil dies als Tarifzensur missverstanden werden könnte.

– In einem zweiten Schritt wechselt das BAG die Perspektive und meint, dass in der Konsequenz dann auch vertragliche Vergütungsvereinbarungen am »angemessenen« Tarifvertrag zu messen seien – und zwar gerade dann, wenn der Tarifvertrag normativ nicht gilt – insbesondere mangels Tarifgebundenheit. Denn der Tarifvertrag sei als Richtlinie auch für tariffreie Arbeitsverhältnisse tauglich, gebe insofern die Verkehrsauffassung wieder und sei also sachgerechter Kontrollmaßstab. Unangemessen ist danach eine Vergütung, die die tarifliche um mehr als 20 % unterschreitet.

Das ist erstaunlich, weil das BAG den Tarifvertrag ungeachtet seiner Repräsentativität der Verkehrsauffassung gleichstellt und damit in Abweichung von der Sittenwidrigkeitsrechtsprechung den nicht repräsentativen Minderheitentarif zum Maß einer allgemeinen, eben Verkehrsauffassung nimmt, obschon ein solcher Tarifvertrag nicht einmal das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ausdrückt. Ebenso erstaunlich ist es, dass das BAG hier anders als dort nicht fragt, welche Ausbildungsvergütung marktüblich ist.

Das Abstellen auf branchendifferenzierte Tarifverträge irritiert mit Blick auf die primäre Unterhaltsfunktion: Haben Lehrlinge in der Metallindustrie wirklich einen doppelt so hohen Unterhaltsbedarf wie Floristen-Azubis⁹¹? Und wie kann es sein, dass an der schmalen Grenze zwischen Industrie und Handwerk ganz unterschiedliche Bedarfe aufeinandertreffen⁹² und dass für dieselben Lehrberufe (z. B. Industriekaufmann) in unterschiedlichen Branchen unterschiedliche Beihilfen angemessen sind? Wäre nicht ein einheitlicher bedarfsorientierter Satz angelehnt an die Berufsbildungsbeihilfe in § 61 SGB III sachgerechter und gleichbehandelnd?

90 Leitentscheidung BAG 10. 4. 1991 – 5 AZR 226/90, NZA 1991, 773 = SAE 1992, 145 mit Anm. Natzel, zuletzt bestätigt BAG 16. 7. 2013 – 9 AZR 784/11, NZA 2013, 1202 (1203), Rn. 13.

91 Dazu die jüngste Ausbildungsvergütungsstatistik: http://www.bibb.de/dokumente/pdf/dav_Gesamtuebersicht_Ausbildungsverguetungen_2013.pdf [24. 1. 2014].

92 Dazu den Fall BAG 26. 3. 2013 – 3 AZR 89/11, juris.

Im Kern demonstrieren die hohen tariflichen Ausbildungsvergütungen die Leistungsfähigkeit der Branche und sollen Lehrlinge für gerade diese Branche gewinnen. Das aber wäre nicht einmal tauglicher Ansatzpunkt für eine Allgemeinverbindlicherklärung, weil das Brancheninteresse kein öffentliches ist und weil Attraktivitätsversuche nicht verordnet werden müssen.

Dass man damit in gefährliche Nähe zur Allgemeinverbindlichkeit gelangt, sieht das BAG. Es meint aber, dass der Tarifvertrag doch unterschritten werden könne (um 20 %) und dass der Arbeitgeber theoretisch einen Sonderfall geltend machen kann⁹³. 2005 mündete dies in den Satz:

»Es ist sachgerecht, als Vergleichsmaßstab auch für die nicht tarifgebundenen Parteien primär Tarifverträge heranzuziehen.«⁹⁴

Indes gilt auch hier: Eine Allgemeinverbindlichkeit in Höhe von 80 % der Ausbildungsvergütung bleibt Allgemeinverbindlichkeit. Die Unterschreitungsbefugnis rettet nicht, auch nicht die Möglichkeit des Ausnahmefalles. So wie das BAG § 17 BBiG versteht, ist das keine tatbestandliche Anknüpfung an Marktverhältnisse, sondern eine dynamische Verweisung des BBiG auf die einschlägigen Ausbildungstarifverträge und damit gegenüber den Tariffreien ohne hinreichende staatlich-demokratische Legitimation. Der zentrale Fehlschluss: dass dasjenige, was Tarifparteien für sich und ihre tarifgebundenen Mitglieder für richtig erachten, für »alle« ein sachgerechter Interessenausgleich ist, dass also Tarifparteien ein Mandat nicht bloß für Mitglieder, sondern für den ganzen Arbeitsmarkt haben. Das ist grundsätzlich irrig⁹⁵.

Das gilt noch stärker mit Blick auf die Sanktion: Die unangemessene vertragliche Ausbildungsvergütung wird dann durch die tarifliche ersetzt – zu 100 %⁹⁶. Wie soll das keine Tarifierstreckung auf Nichtorganisierte sein? Worin liegt die Legitimation? Welche demokratisch legitimierte Stelle hat erwogen und geprüft, ob der Oktroi hoher Ausbildungsvergütungen die Ausbildungsbereitschaft mindert⁹⁷ und ob der Versorgungsnutzen den Kollateralschaden übersteigt?

Mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung ist es dringend erforderlich, dass das BAG für die Nutzung tariflicher Vergütungssätze als Kontrollmaßstab für außertarifliche Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse zu denselben Rechtsprinzipien findet. In seiner Lohnwucher-Leitentscheidung aus 2009 benennt der Fünfte Senat diese Divergenz und befindet vornehm:

»Für Auszubildende hält § 17 BBiG eine Sondervorschrift bereit. Die hierzu ergangene Rspr. [...] lässt sich nicht auf Arbeitsverhältnisse übertragen.«⁹⁸

93 BAG 25. 7. 2002 – 6 AZR 311/00, AP Nr. 11 zu § 10 BBiG.

94 BAG 15. 12. 2005 – 6 AZR 224/05, AP Nr. 15 zu § 10 BBiG.

95 Zur langwährenden Diskussion: *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, Grndl. Rn. 42.

96 BAG 25. 7. 2002 – 6 AZR 311/00, AP Nr. 11 zu § 10 BBiG unter I.8; 16. 7. 2013 – 9 AZR 784/11, NZA 2013, 1202 (1204), Rn. 19 f.

97 Zum wieder abnehmenden Ausbildungsangebot: *Ulrich/Krekel/Flemming/Granath*, Die Entwicklung des Ausbildungsmarktes im Jahr 2012. Entspannung auf dem Ausbildungsmarkt gerät ins Stocken, www.bibb.de/dokumente/pdf/a21_beitrag_naa-2012.pdf [22. 12. 2013].

98 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 19.

II. Relevanter Vergleichsarbeitsmarkt

1. Funktion

Kommt es also auf das marktübliche Entgelt an, so muss dieses festgestellt werden. Wie ordne ich den betroffenen Arbeitnehmer seinem Vergleichsmarkt zu? Diese Frage stellt sich allgemein. So maß der BGH früher Zinsen für Verbraucherdarlehen an spezifischen Vergleichsdarlehen, die von der Bundesbank erfasst und mit einem »Schwerpunktzins« in den Monatsberichten veröffentlicht wurden. Seit 2003 wird nach einer europaweit einheitlichen Methode, aber bezogen auf Deutschland eine MFI-Zinsstatistik bezogen auf kurz-, mittel- und langfristige Verbraucherdarlehen erhoben⁹⁹. Beim Wohnraummietwucher spielt § 138 BGB keine Rolle, weil es eng auf die örtlichen Verhältnisse ankommt: Die Wohnung wird nach Größe, Zustand und Lage beurteilt und nach Möglichkeit in einen Mietspiegel eingeordnet¹⁰⁰. Schon bei der Miete von Geschäftsräumen und bei der Pacht¹⁰¹ gerät der Marktvergleich deutlich schwieriger: weil die Suche nach vergleichbaren Objekten in vergleichbarer Lage und Funktion (und mit zeitnahe Vertragsschluss) ergebnislos verlaufen kann. So hatte das Kammergericht etwa für einen Kindergarten zu entscheiden, dessen Gewerberaummiete nicht mit Lagerräumen, sondern »allenfalls« mit Fabrikationsräumen verglichen werden könne. Vergleichbare Kindergartenmietverträge waren nicht verfügbar¹⁰².

Für den Arbeitsvertrag heißt das: Der Vergleichsmarkt muss räumlich und fachlich definiert werden. Das ähnelt zwar dem Geltungsbereich des Tarifvertrages – hat aber damit nichts zu tun: Der tarifliche Geltungsbereich ist autonome Regelung der Tarifparteien und beschränkt den Geltungsanspruch der tariflichen Normen. Hier geht es um ein »Marktvergleichskonzept«: Das vereinbarte Arbeitsentgelt ist am Arbeitsmarkt zu spiegeln und auf seine »Marktausreißerqualität« im Verhältnis zur Preisbildung am Arbeitsmarkt zu prüfen. Ähnlich ist das Vergleichsmarktkonzept des Kartellrechts, um den Ausbeutungsmisbrauch marktbeherrschender Unternehmen (Art. 102 AEUV, §§ 19, 20 GWB) festzustellen: Es fragt nach dem hypothetischen Marktpreis, den das marktmächtige Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb am Markt durchsetzen könnte – und blickt hierzu auf andere, aber verwandte Märkte und deren Preisbildung.

Ein solcher Marktvergleich kann angebots- oder nachfrageseitig unterschiedlich ausfallen: An sich müssten die räumlichen und fachlichen Grenzen des Marktvergleiches von dem betroffenen Arbeitnehmer abgeleitet werden; man müsste mithin fragen, mit welchen anderen Arbeitnehmern er im (Leistungs- und Preis-)Wettbewerb austauschbar ist. Vielfach sind Arbeitnehmer immobil und konkurrieren auf einem örtlichen oder allenfalls regionalen Arbeitsmarkt um offene Stellen. Nur für bestimmte Fachkräfte gibt es

99 www.bundesbank.de/Navigation/DE/Statistiken/Geld_und_Kapitalmaerkte/Zinssaetze_und_Renditen/Einlagen_und_Kreditzinssaetze/einlagen_und_kreditzinssaetze.html [22. 12. 2013]; insoweit ist die auf das Fehlen eines europaweiten Verbraucherkreditmarkts bezogene Kritik von Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2011, § 138 Rn. 215 unberechtigt.

100 Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2011, § 138 Rn. 211; skeptisch MünchKommBGB/Armbrüster, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 147.

101 BGH 28. 4. 1999 – XII ZR 150/97, BGHZ 141, 257.

102 KG 22. 1. 2001 – 12 U 5939/99, juris.

einen überregionalen, bundesweiten oder womöglich auch internationalen Arbeitsmarkt – weil die Zahl der Stellen beschränkt ist. Und auch fachlich käme es auf den Beruf des Arbeitnehmers an – und keineswegs auf die Branche des Arbeitgebers. Stellensuchende Sekretärinnen, Buchhalter und dergleichen konkurrieren branchenübergreifend um Arbeitsplätze. Es gibt keinen Sonderarbeitsmarkt für Sekretärinnen in der Chemischen Industrie. Und ein Kfz-Schlosser kann sowohl im Handwerk wie in der Industrie arbeiten – zu unterschiedlichen Lohnsätzen.

2. Wirtschaftszweig

Die wesentliche Neuerung in der Entscheidung des Fünften Senats aus 2009 ist sein eigenständiges Marktvergleichskonzept: Das BAG will den Arbeitnehmer fachlich einem »Wirtschaftszweig« (und nicht: tariflichem Geltungsbereich) und räumlich einem »Wirtschaftsgebiet« zuordnen.

a) Rückgriff auf WZ 2008

Den »Wirtschaftszweig« will das BAG seit 2012 nach der (aktuellen) statistischen Klassifikation der Wirtschaftszweige aus dem Jahr 2008 (»WZ 2008«) bestimmen¹⁰³, die das Statistische Bundesamt¹⁰⁴ in Konkretisierungen unionsrechtlicher Vorgaben¹⁰⁵ führt. Diese Klassifikationen fußen auf Unternehmensbefragungen und geben insofern eine gewisse Verkehrsauffassung über zusammenhängende Branchen wieder¹⁰⁶. Sie ist aber weder auf Lohnstatistik noch Arbeitsmarktvorgänge ausgerichtet, sondern ordnet die wirtschaftliche Tätigkeit von Unternehmen, Betrieben und anderen statistischen Einheiten einheitlich ein. Das BAG stützt sich auf § 3 Gesetz über die Statistik der Verdienste und Arbeitskosten vom 21. 12. 2006¹⁰⁷, das eben eine Erhebung dieser Arbeitsmarktdaten unter klassifikatorischer Einordnung vorschreibt. Das hat mit realem Arbeitsmarktgeschehen nichts zu tun, ist aber greifbar.

Bezeichnend ist dabei, dass das BAG nicht auf die fachlichen Geltungsbereiche der einschlägigen Tarifverträge zurückgreift. Das hat nicht bloß praktische Gründe – weil es nicht überall Tarifverträge gibt und weil tarifliche Geltungsbereiche mitunter nur historisch zu verstehen sind. Vor allem aber kommt den Tarifparteien keine entsprechende Arbeitsmarkt-Definitionsmacht zu. Sie sind nicht berufen, für die Sittenwidrigkeitskontrolle zu bestimmen, welche Branchen einander ähneln und welche Entgelte miteinander verglichen werden sollen. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass Tarifverträge oder Satzungsregeln über die Tarifzuständigkeit auf eine allgemeine Verkehrsauffassung zurückzuführen sind; nie aber definieren jene autonomen Satzungen die für § 138 BGB maßgebende Marktstruktur.

103 BAG 18. 4. 2012 – 5 AZR 630/10, NZA 2012, 978 (979), Rn. 12.

104 www.destatis.de/DE/Methoden/Klassifikationen/Klassifikationen.html [22. 12. 2013].

105 ABl EU L 393 vom 30. 12. 2006, S. 1.

106 Eingehend zum Klassifikationswesen: *Greulich*, *Wirtschaft und Statistik* 2009, 36 (im Netz: www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/Klassifikationen/Klassifikation0109.pdf [22. 12. 2013]).

107 BGBl. I, S. 3291.

Die Wirtschaftszweigklassifikation 2008 ordnet die Branchen grob in Abschnitte (Großbuchstaben), sodann folgen die Abteilungen in numerischen Zahlen. Diese werden noch mehrstufig verfeinert in Gruppen, Klassen und Unterklassen, jeweils gekennzeichnet durch numerische Untergliederungen. Die beiden Fälle illustrieren, wie das BAG den Wirtschaftszweig bestimmt: Im Ausgangsfall vom 18. 4. 2012 war der Arbeitnehmer Briefzusteller in einem Unternehmen, das Tages- und Wochenzeitungen, aber eben auch Briefe zustellt (mit 21 von rund 130 Arbeitnehmern). Das BAG sieht das Unternehmen als »Post-, Kurier- und Expressdienst« (Abteilung 53), aber eben nicht in der Gruppe 53.1 »Postdienste von Universaldienstleistungsanbietern«, sondern in der Gruppe 53.2 »Sonstige Post-, Kurier- und Expressdienste« (dabei werden die Unterklassen vom BAG missverständlich als »Code« bezeichnet). Dass das Unternehmen überwiegend Zeitungen austragen lässt, findet in Abteilung 53 keine Berücksichtigung. Auch ein reines Zeitungszustellunternehmen wäre sonstiger Kurierdienst. Ob damit den Besonderheiten der Zeitungsausträger Rechnung getragen ist, darf man bezweifeln.

Im Ausgangsfall vom 22. 4. 2009 ist das BAG noch anders vorgegangen: Dort hat es den Schnittrosenzüchter als »Gartenbaubetrieb« angesehen und nach der Üblichkeit des Gartenbautarifentgelts gefragt (dann innerhalb des Geltungsbereichs). Der im Arbeitgebervortrag vor dem LAG geführte Einwand, wonach es in Deutschland infolge der ausländischen Billigkonkurrenz nur vereinzelte Familienbetriebe für Schnittrosen gebe, die generell nur geringe Gewinne erwirtschafteten und daher deutlich niedrigere Löhne zahlen könnten als im Gartenbau üblich¹⁰⁸, blieb ungehört. Eine Branche »Schnittrosenzucht« hat das BAG nicht sehen wollen. Die Wirtschaftszweigklassifikation hätte anders funktioniert: In der Abteilung »01 Landwirtschaft, Jagd und damit verbundene Tätigkeiten« ist die Erzeugung von Schnittblumen eine eigene Unterklasse: »01.19.1 Anbau von Zierpflanzen zum Schnitt | Diese Unterklasse umfasst: – Anbau von Blumen, Erzeugung von Schnittblumen und Blütenknospen«. Der Gartenbau ist ganz woanders einsortiert: In der Abteilung 81 Gebäudebetreuung; Garten- und Landschaftsbau«.

b) Branchenfremde Arbeitsleistung

Viele Unternehmen und Betriebe verrichten Tätigkeiten verschiedener Fachrichtungen und Wirtschaftszweige – sind sog. »Mischbetriebe«. Ein typisches Beispiel ist das Elektrogeschäft mit Verkaufsladen und Reparaturwerkstatt: Ob für dieses Unternehmen mit Blick auf den Laden die Tarife des Handels oder wegen der Werkstatt die des (Elektro-)Handwerks einschlägig sind, kann einen erheblichen Unterschied ausmachen¹⁰⁹.

aa) Betrieb oder Unternehmen?

Welche Einheit ist maßgebend? Die Klassifikation der Wirtschaftszweige 2008 sagt hierzu nichts, sondern setzt die »statistische Einheit«, die in das Klassifikationsraster einzuordnen ist, voraus. Das vom BAG herangezogene Verdienststatistikgesetz sprach früher von »Betrieben« (meinte aber Unternehmen) und spricht heute von »Erhebungseinheiten«. Auch das sind zuerst Unternehmen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 VerdStatG), daneben aber

108 Vgl. Beklagtenvortrag in LAG Hamburg 17. 4. 2008 – 1 Sa 10/07, juris.

109 Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn. 204.

auch »räumlich getrennte Teile der unter Nummer 1 fallenden juristischen Personen, insbesondere die Haupt- und Zweigniederlassungen sowie die Betriebe von Unternehmen (Teileinheiten)«. Hier ist offenkundig ein räumlicher Betriebsbegriff gemeint, der eher die Betriebsstätte erfasst. Mithin muss für den Marktvergleich nach dem Konzept des BAG gefragt werden, ob solche räumlich abgetrennten Einheiten vorhanden sind und für diese dann eine gesonderte Betrachtung durchgeführt werden.

bb) Quantitatives Überwiegen wie im Tarifrecht?

Bei Mischbetrieben mit verschiedenen Haupttätigkeiten kommt es für die fachspezifische Zuordnung zu einem Tarifvertrag nach ganz h. M. darauf an, welche Tätigkeit und damit welcher Betriebszweck überwiegt und dem Unternehmen das für den tariflichen Geltungsbereich maßgebliche »Gepräge« gibt¹¹⁰. Den »überwiegenden Betriebszweck« findet das BAG heraus, indem es nach dem jeweiligen zeitlichen Tätigkeitsanteil der Arbeitnehmer in der Belegschaft fragt und wirtschaftliche Faktoren außer Betracht lässt¹¹¹. Maßgebend ist das Verhältnis der aufgewandten Arbeitszeiten über einen längeren Zeitraum, grundsätzlich bezogen auf die jährlichen Arbeitsstunden¹¹². Fachfremde untergeordnete Hilfs- und Nebentätigkeiten, die zur sachgerechten Ausführung der Haupttätigkeit notwendig sind und deshalb mit dieser in Zusammenhang stehen und von den betroffenen Betrieben üblicherweise miterledigt werden, werden der Haupttätigkeit zugeschlagen¹¹³. Umsatzorientierte Gesichtspunkte, wie handels- und gewerberechtliche Kriterien – insbesondere Handelsregistereintragung – sind nicht von Bedeutung¹¹⁴.

Indes: Jene Praxis trägt dem Tarifwillen Rechnung und stützt sich auf die Formulierung des betrieblich-fachlichen Geltungsbereichs, aus dem sich eine betriebseinheitliche Tarifgeltung ergibt¹¹⁵. Das ist mithin keine zwingende Vorgabe, sondern kann von den Tarifparteien auch anders geregelt sein, etwa berufsbezogen. Dass die großen Gewerkschaften in Deutschland überwiegend nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert sind und organisationspolitisch »ein Betrieb, eine Gewerkschaft, einen Tarifvertrag« an-

110 St. Rechtsprechung, vgl. nur BAG 26. 8. 1998 – 4 AZR 471/97, NZA 1999, 154; 14. 9. 1994 – 4 AZR 761/93, NZA 1995, 537; 22. 3. 1994 – 1 ABR 47/93, EzA § 4 TVG Geltungsbereich Nr. 10 mit Anm. Rieble; 7. 4. 1993 – 10 AZR 618/90, NZA 1993, 1090; 14. 11. 2001 – 10 AZR 76/01, NZA 2002, 1049. Und H. L., vgl. nur v. Hoyningen-Huene, NZA 1996, 617 ff.; Wiedemann/Wank, TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 Rn. 140, 150; Gamillscheg, KollArbR Band I, 1997, S. 748; Kempen/Zachert/Stein, TVG, 4. Aufl. 2006, § 4 Rn. 101.

111 BAG 25. 11. 1987 – 4 AZR 361/87, NZA 1988, 317; 27. 11. 1963 – 4 AZR 486/62, DB 1965, 110.

112 BAG 25. 2. 1987 – 4 AZR 240/86, AP Nr. 81 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; 25. 11. 1987 – 4 AZR 361/87, AP Nr. 18 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel; 24. 8. 1994 – 10 AZR 980/93, NZA 1995, 1116. Nur Etzel, NZA 1987, Beil. 1, 19 (22), stellt allein auf die Zahl der Arbeitnehmer ab.

113 BAG 25. 2. 1987 – 4 AZR 240/86, BAGE 55, 78 = AP Nr. 81 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

114 Wiedemann/Wank, TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 Rn. 150; v. Hoyningen-Huene, Die Anwendung des branchenfremden Tarifvertrags, NZA 1996, 617 ff. A. A. nur Gamillscheg, KollArbR Band I, 1997, S. 749, der diese als Hilfskriterien heranzieht.

115 Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 4 Rn 179 ff.

streben – sagt über arbeitsmarktliche Preisbildung nichts. Jene Betriebsbezogenheit ist weder tarifrechtlicher Satz noch eine für § 138 BGB taugliche »Sitte«. Die tariffreien Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben sich diesem Tarifwillen nicht autonom untergeordnet – und der Staat hat sie nicht demokratisch unterworfen.

Die Verdienststatistik braucht zwar einheitenbezogene Daten und knüpft deshalb an das Unternehmen oder eine räumlich getrennte Betriebsstätte an (eben aa)); doch sagt das über den »objektiven Wert« oder den üblichen Preis von Arbeit nichts aus. Der für den Wuchertatbestand maßgebende Marktvergleich ist nicht an Branchen ausgerichtet – sondern an den Arbeitsmarktverhältnissen. Dort kommt es auf die Vergleichbarkeit der Leistung an – nicht anders als beim Zinswucher oder beim Mietwucher. Ein Koch, eine Buchhalterin oder eine Schreibangestellte konkurrieren auf dem Arbeitsmarkt branchenübergreifend. Dass der Koch in der chemischen Industrie mehr verdient als in der Gastronomie oder dass der Buchhalter beim Automobilhersteller mehr verdient als bei einer Volksbank oder Sparkasse hat doch seinen Grund nicht darin, dass der vermeintliche »objektive Arbeitswert« der vergleichbaren Arbeitsleistung im Industrieunternehmen höher ist. Vielmehr partizipiert der branchenfremde Arbeitnehmer aus tarifpolitischen (und organisationspolitischen) Gründen an den spezifisch hohen Wertschöpfungen der Industriebranche¹¹⁶.

Letztlich handelt es sich um eine Quersubvention des ertragsstarken Unternehmenskerns an branchenfremde Hilfsfunktionen. Im Kern würde mit einer engen Branchenbetrachtung doch ein »Aneignungswert« herangezogen. Eben dieser Umstand löst seit Jahrzehnten erheblichen Outsourcing-Druck aus, weil Lagerarbeiter, Köche und Reinigungskräfte usw. nach ihren branchenspezifischen Vergütungen teils deutlich weniger verdienen. Der Trend zu Outsourcing und Fremdvergabe hieße letztlich: Die immer weniger werdenden branchenfremden Mitarbeiter prägen die Marktverhältnisse und definieren einen immer kleiner werdenden Sonderarbeitsmarkt – bis dieser schließlich zusammenbricht. Dass in der Metallindustrie die unterste Vergütungsgruppe praktisch nicht mehr besetzt ist und es dort keine eigenen Reinigungskräfte mehr gibt, ist der Schlusspunkt. Praktisch gesprochen: Wenn der Lagerarbeiter nach Metalltarif Bayern rund 16 € je Stunde erhält und nach dem Logistiktarif 11 €¹¹⁷, dann hieße eine Branchenbetrachtung: Die Wucherlohngrenze für »Lagerarbeiter in der Metallindustrie« läge bei 10,66 € (zur Zwei-Drittel-Schwelle gleich unter C.) und damit in etwa auf der Höhe des einschlägigen Tarifs für Lagerarbeiter in der Logistik. Das ist einigermassen absurd.

Wer den Wuchertatbestand durch einen Blick auf die Wirtschaftszweige konkretisieren will, der kann die im Wirtschaftszweig gezahlten Vergütungen als Wertmaßstab nur für branchenspezifische Arbeitsleistungen heranziehen – weil es keinen Sonderarbeitsmarkt für branchenfremde Tätigkeiten innerhalb einer Branche gibt. Für Chemiefacharbeiter wird vielfach das Chemietarifentgelt ihrer Region üblich sein. Schon in der Metallbranche wird es schwieriger: Welche Branche definiert das Entgelt für einen Kfz-Mechatroniker, der auf einer Werft arbeitet? Ist das WZ »28.11.0 Herstellung von

116 Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 192, 1254.

117 Dazu Rieble, ZfA 2013, 137 (140).

Verbrennungsmotoren und Turbinen (ohne Motoren für Luft- und Straßenfahrzeuge)« oder »45.20 Instandhaltung und Reparatur von Kraftwagen« oder »28.30.0 Herstellung von land- und forstwirtschaftlichen Maschinen« oder ist doch die Automobilbranche prägend (»29.10.1 Herstellung von Personenkraftwagen und Personenkraftwagenmotoren«)?

Eben dies hat der Fünfte Senat schon 1973 betont: dass es bei der Beurteilung der »Angemessenheit« bzw. »Sittenwidrigkeit« einer Vergütung nach § 138 BGB auf das Anstandsgefühl *aller* billig und gerecht Denkenden ankomme – und nicht auf das Anstandsgefühl einer bestimmten Branche¹¹⁸.

c) Ersatzzugriff auf benachbarte Wirtschaftszweige?

Mitunter fehlen Daten über die Repräsentativität von Löhnen. Manche wollen dann »branchenähnliche«, »verwandte« Tarifverträge oder Tarifverträge »benachbarter Wirtschaftszweige« als Vergleichsmaßstab für die Sittenwidrigkeitskontrolle heranziehen: So misst das LAG Bremen die Regaleinräumerlöhne am Tariflohn des Einzelhandels (wegen diffusen Dazugehörens)¹¹⁹. Solche Dienstleister mit drittbezogenem Personaleinsatz seien kein eigener Wirtschaftszweig. Es gebe keine Branche »Logistikdienstleister für Verbrauchermärkte«. Mit dieser »Begründung« ließe sich die Selbstständigkeit nahezu jeder Industriedienstleistung verneinen¹²⁰. Das LAG Schleswig-Holstein stellt an die Branchenähnlichkeit zumindest hohe Anforderungen: Die überwiegend redaktionelle Tätigkeit der Zeitschriftenverlagsbranche sei mit dem von Lektoren betriebenen Dienstleistungsgewerbe nicht vergleichbar. Der Gehaltstarifvertrag für das Zeitschriftenverlagsgewerbe könne daher auch nicht als Vergleichsmaßstab für das Lektoratsgewerbe herangezogen werden¹²¹. In der Literatur findet sich vereinzelt Zustimmung¹²².

Hingegen hat das BAG 2009 besonderen Wert darauf gelegt, dass nur »einschlägige«, also für die Branche und den Wirtschaftszweig fachlich geltende Tarifverträge als Vergleichsmaßstab herangezogen werden können¹²³. Ausdrücklich hat das BAG entschieden, dass Tarifentgelte der *Leiharbeit* nicht an Tarifentgelten der Stammbranchen gemessen werden können¹²⁴ und betont, dass die Zeitarbeit eigenständiger Wirtschaftszweig sei. Das wird bestätigt durch WZ »78 Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften«.

118 BAG 11. 1. 1973 – 5 AZR 322/72, AP Nr. 30 zu § 138 BGB = SAE 1974, 33 mit Anm. *Kreutz*. A. A. *Franke*, *Lohnwucher*, 2003, S. 87; kritisch auch *Hensler/Sittard*, RdA 2007, 159 (161).

119 LAG Bremen 17. 6. 2008 – 1 Sa 29/08, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 1; 28. 8. 2008 – 3 Sa 69/08, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 2.

120 *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 523.

121 LAG Schleswig-Holstein 31. 8. 2010 – 5 Sa 121/10, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 5.

122 *Böggemann*, NZA 2011, 493; *ErfK/Preis*, 14. Aufl. 2014, § 612 BGB, Rn. 3a.

123 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 15, 19.

124 BAG 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971 = SAE 2005, 197 mit Anm. *Schmitt*.

Mit der Hinwendung zur Wirtschaftszweigklassifikation des Statistischen Bundesamtes sind jene Versuche einer »Nachbarschaftshilfe« überholt: Die WZ 2008 weisen durchgängig für Hilfs-Dienstleistungen gesonderte Abteilungen oder Klassen aus. Beispiele: »09 Erbringung von Dienstleistungen für den Bergbau und für die Gewinnung von Steinen und Erden«; »52 Lagerei sowie Erbringung von sonstigen Dienstleistungen für den Verkehr«; »62 Erbringung von Dienstleistungen der Informationstechnologie«. Herausgestellt ist sogar ein eigener Abschnitt N (»Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen«). Dahinter steht ein neues Konzept: Die Neufassung der WZ 2008 sollte gerade »eine klare Trennung zwischen der Produktion von Gütern einerseits und den damit verbundenen Dienstleistungen andererseits« bewirken, also eine Verselbstständigung insbesondere von »Reparatur, Instandhaltung und Installation von Waren sowie die Erbringung von Unterstützungsleistungen für die Produktion von Waren und Dienstleistungen«. Damit soll »neben der fortschreitenden Arbeitsteilung die Tatsache berücksichtigt [werden], dass in vielen Ländern der Welt Maschinen und Ausrüstungen zwar kaum hergestellt, aber sehr wohl instand gehalten, repariert oder installiert werden«¹²⁵.

Aber auch die damalige, stärker tariforientierte Rechtsprechung war methodisch nicht haltbar: Vielfach ist es nämlich so, dass die Tarifverträge und manchmal sogar die Tarifzuständigkeit einer Tarifpartei für solche fremden Dienstleister fehlt. Sowenig aber ein Tarifvertrag über seinen Geltungsbereich hinaus für allgemeinverbindlich erklärt werden kann¹²⁶, sowenig darf ein Arbeitsgericht ihn quasi-normativ zur »branchenübersteigenden Verkehrsauffassung« erheben. Lediglich dann, wenn in der fremden (womöglich tariflosen) Branche – wie den Regalräumern – die Entgelte des Handels zwar nicht rechtlich einschlägig, aber doch faktisch praktiziert würden, wären dort dieselben üblichen Entgelte anzutreffen. Das ist aber gerade nicht der Fall: Weil die Fremdvergabe dieser Logistikdienstleistung eben der Flucht aus dem Handelstarif dient. Und eben darin liegt die Anmaßung des LAG Bremen: dass es eine tatsächliche Entwicklung sozialpolitisch missbilligt und über § 138 BGB zu korrigieren versucht.

Davon abgesehen bringt solches Vorgehen erhebliche Schwierigkeiten im *subjektiven* Tatbestand mit sich: Dass dem (wohlgemerkt nicht tarifgebundenen!) Arbeitgeber die einschlägigen Tarifentgelte bekannt seien (unten D.III.), lässt sich schon nur unter der Prämisse halten, dass die fachliche Einschlägigkeit auf der Hand liegt. Allenfalls das LAG Bremen kommt dann auch dahin, dass ein Arbeitgeber die in benachbarten Branchen gezahlten Tariflöhne kennen muss – und das Nachbarschaftsverständnis seines Landesarbeitsgerichts¹²⁷.

125 *Greulich*, *Wirtschaft und Statistik* 2009, 36, 40 (im Netz: www.destatis.de/DE/Publikationen/WirtschaftStatistik/Klassifikationen/Klassifikation0109.pdf [22. 12. 2013]).

126 *Däubler/Lakies*, *TVG*, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 167 m. w. N.

127 *Klarer LAG Schleswig-Holstein* 31. 8. 2010 – 5 Sa 121/10, *LAGE* § 138 BGB 2002 Nr. 5: »Vorliegend verkennt der Kläger indessen, dass der GTV-Zeitschriftenverlagsgewerbe gerade nicht einschlägig ist. Ein Rückschluss auf die verwerfliche Gesinnung der Beklagten ist demnach nicht gerechtfertigt.«

3. Wirtschaftsgebiet

Räumlich stellt das BAG für den Vergleichsmarkt auf das Wirtschaftsgebiet ab – und das soll regelmäßig das Bundesland des Arbeitsorts sein¹²⁸. Früher stand dahinter der Gedanke, dass die räumlichen Geltungsbereiche der Flächentarifverträge vielfach bundeslandbezogen sind und dass dies irgendwie die Verkehrsauffassung prägen soll. Die Wirtschaftszweigklassifikation sagt zu dieser Frage nichts – weil sie nur eine fachliche Einordnung ermöglicht. Immerhin stellt § 5 Abs. 1 Nr. 1 Verdienststatistikgesetz auf das »Land« ab.

Ob aber dieser statistische Vereinheitlichungswille die Wirklichkeit trifft, darf man bestreiten: Nicht bloß lassen sich die Stadtstaaten schwerlich von ihrem Speckgürtel trennen. Ballungsräume in den Flächenstaaten (München, Stuttgart, Frankfurt) prägen einen eigenen regionalen Arbeitsmarkt, weil dort jedenfalls bestimmte Arbeitnehmergruppen nur mit übertariflicher Bezahlung zu gewinnen sind. Deshalb mag man den Weg des BAG als »Erstzugriff« billigen; stets muss aber gefragt werden, ob der Beschäftigungsort einen eigenen örtlichen Arbeitsmarkt prägt¹²⁹. Das kann von Branche zu Branche unterschiedlich sein: Die marktprägende Wirkung der BASF für Chemiefacharbeiter erfasst das Rhein-Main-Gebiet und ist nicht auf Rheinland-Pfalz beschränkt.

4. Repräsentativitätsraum für den Tarifvertrag

Die eigentliche Bedeutung erlangt der Vergleichsarbeitsmarkt mit Blick auf den beweiserleichternden Zugriff auf Tarifentgelte (sogleich III.): Die Bestimmung des fachlich maßgebenden Wirtschaftszweiges und des räumlich relevanten Wirtschaftsgebietes liefert das Arbeitsmarktsegment, in dem der Tarifvertrag repräsentativ sein muss, damit seine Entgelte die Verkehrsauffassung prägen können.

III. Beweislast für die Üblichkeit tariflicher Bezahlung

1. Beweislast des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer, der sich auf die Sittenwidrigkeit einer Lohnabrede beruft und das marktübliche Entgelt fordert, muss darlegen und beweisen, dass die vereinbarte Vergütung unangemessen von der üblichen Vergütung abweicht¹³⁰.

128 BAG 11. 1. 1973 – 5 AZR 322/72, AP Nr. 30 zu § 138 BGB = SAE 1974, 33 mit Anm. *Kreutz*; 23. 5. 2001 – 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB Nr. 29. Ferner LAG Schleswig-Holstein 31. 8. 2010 – 5 Sa 121/10, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 5; ArbG Leipzig 11. 3. 2010 – 2 Ca 2788/09, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 4. Demgegenüber hat das LAG München 3. 12. 2009 – 4 Sa 602/09, Rn. 51 noch ausdrücklich offengelassen, ob der Landkreis, Regierungsbezirk oder aber das Bundesland als maßgebliches Wirtschaftsgebiet anzusehen ist.

129 Strenger noch will *Yang*, ZJS 2011, 430 (432) unter Verweis auf die Motive auf die ortsübliche Vergütung abstellen.

130 BAG 11. 1. 1973 – 5 AZR 322/72, AP Nr. 30 zu § 138 BGB = SAE 1974, 33 mit Anm. *Kreutz*; LAG Schleswig-Holstein 31. 8. 2010 – 5 Sa 121/10. LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 5; LAG Hamm 18. 3. 2009 – 6 Sa 1284/08; Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 503.

Da die üblicherweise gezahlte Vergütung bei der Lohnwucherkontrolle als Vergleichs- und Kontrollmaßstab nur Tatbestandsmerkmal des § 138 BGB und keine Rechtsnorm ist, darf insbesondere die tarifübliche Vergütung von den Arbeitsgerichten *nicht von Amts wegen* ermittelt werden¹³¹. Insbesondere ist es den Gerichten verwehrt, ohne Beweisantritt Auskünfte bei regionalen Arbeitgeberverbänden, Gewerkschaften oder dem Statistischen Bundesamt einzuholen¹³². Denn jenes Recht fußt auf § 293 ZPO und ist damit auf die Anwendung des Tarifvertrages als Rechtsnorm beschränkt¹³³. Schließlich lässt sich keine *Beweislastumkehr* dahingehend begründen, dass der Arbeitgeber darlegen und beweisen muss, dass der Tariflohn nicht einschlägig bzw. unüblich ist¹³⁴. Eine solche Abkehr vom zivilprozessualen Beibringungsgrundsatz bedarf einer normativen Grundlage. Dass der Arbeitgeber den Beweis möglicherweise leichter führen könnte, ist kein Argument.

Immerhin kann der Arbeitnehmer Strafanzeige wegen Lohnwuchers gem. § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB erstatten. Bei der *strafrechtlichen* Verfolgung des Arbeitgebers hat die Staatsanwaltschaft den üblichen Vergleichslohn von Amts wegen zu ermitteln. Auf deren Ermittlungsergebnisse kann sich der Arbeitnehmer im Verfahren vor den Arbeitsgerichten berufen, wobei letztere an die staatsanwaltlichen Feststellungen allerdings ebenso wenig gebunden sind wie an das strafprozessuale Urteil¹³⁵. Zudem unterliegt die Staatsanwaltschaft bei der Ermittlung des üblichen Vergleichslohns denselben (häufig unüberwindbaren) rechtspraktischen Schwierigkeiten wie der Kläger.

2. Beweiserleichterung durch Indizwirkung von Tarifentgelten

Die bisherige Praxis mancher Arbeitsgerichte, den Tariflohn bei der Lohnwucherkontrolle auch dann zugrunde zu legen, wenn dieser nicht üblich war¹³⁶ oder seine Üblichkeit nicht geklärt war¹³⁷, ist unzulässig. Angesichts eines generell sinkenden gewerkschaftlichen Organisationsgrads und einer besonderen Tarifschwäche im lohnwuchergefährdeten Niedriglohnsektor besteht in tatsächlicher Hinsicht kein Anhaltspunkt für die Vermutung, dass ein fachlich und regional einschlägiger Tariflohn auch üblich ist. Normativ bestätigt dies § 5 Abs. 1 TVG in alter wie in neuer Fassung: Ein Tarifvertrag kann

131 *Löwisch/Rieble*, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 109; *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 503.

132 So aber *Böggemann*, NZA 2011, 493 (495).

133 Vgl. BAG 9. 8. 1995 – 6 AZR 1047/94, NZA 1996, 994; *Creutzfeld*, in: Festschrift Düwell, 2011, S. 286 ff.

134 So aber ohne nähere Begründung: *Böggemann*, NZA 2011, 493 (495); *Brecht-Heitzmann*, EZA Nr. 5 zu § 138 BGB; *Reinecke*, Sonderbeilage zu NZA 3/2000, 23 (33); ArbG Leipzig 11. 3. 2010 – 2 Ca 2788/09, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 4.

135 Dazu kritisch *M. Foerster*, Transfer der Ergebnisse von Strafverfahren in nachfolgende Zivilverfahren, 2008, S. 17 ff.

136 Vgl. nur ArbG Stralsund 10. 2. 2009 – 1 Ca 313/08, AuR 2009, 182.

137 Vgl. nur ArbG Leipzig 11. 3. 2010 – 2 Ca 2788/09, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 4. Ferner *Böggemann*, NZA 2011, 493 (495).

danach nur für allgemein verbindlich erklärt werden, wenn seine Repräsentativität positiv festgestellt worden ist¹³⁸.

Das BAG hat einen Weg einer gestuften Darlegungslast »erfunden« und inzwischen modifiziert: Weil eine gesonderte Lohnstatistik für alle Kombinationen von Wirtschaftszweig, -gebiet und Tätigkeit fehlt, insbesondere die Erhebungen des Statistischen Bundesamtes die Arbeitnehmer grob in fünf »Leistungsgruppen« sortieren und die Löhne nach allen Klassen und Unterklassen nicht ausdifferenzieren¹³⁹, hilft das BAG seit langem mit einem helfenden Zugriff auf die Tarifentgelte (schon oben B.I.2.). Der für den Wirtschaftszweig im Wirtschaftsgebiet maßgebliche einschlägige Tarifvertrag kann dann als Wucherkontrollmaßstab herangezogen werden, wenn er dort üblicherweise von den erfassten Arbeitgebern gezahlt wird.

Das BAG hat dezisionistisch eine Beweisregel erfunden¹⁴⁰: Die Tariflohnvergütung könne als üblich gelten, wenn entweder

- mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind oder
- wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigen.

Der Organisationsgrad der Arbeitnehmer sei hingegen wenig aussagekräftig, da dieser ohne Tarifbindung der Arbeitgeber nicht zur Üblichkeit entsprechender Tarifentgelte führe.

Die Aussagekraft dieser Vermutung lässt sich anhand einer neuen Tarifbindungsstatistik des Statistischen Bundesamtes für 2010¹⁴¹ darstellen, die noch mehr Tarifabwendung erkennen lässt als die ohnehin schon aussagekräftigen Studien des IAB und dessen Betriebspanel¹⁴². Sie ist deshalb von Bedeutung, weil sie auf eben jenem Verdienststatistikgesetz fußt, welches das BAG argumentativ heranzieht:

138 Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1773; Franke, Lohnwucher, 2003, S. 89.

139 Einen Überblick bietet: Statistisches Bundesamt, Verdienste und Arbeitskosten. Tarifbindung in Deutschland, 2010, S. 26, www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VerdiensteArbeitskosten/Tarifverdienste/Tarifbindung.html [22. 12. 2013]; detaillierter, aber für einen konkreten Vergleich gleichwohl zu grob gerastert ist die Fachserie 16: www.destatis.de/DE/Publikationen/ThemaVerdiensteArbeitskosten/ThemaVerdiensteArbeitskosten.html [22. 12. 2013].

140 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (839) = SAE 2010, 95 mit Anm. Joussem, Rn. 24.

141 Verdienste und Arbeitskosten. Tarifbindung in Deutschland, 2010, S. 7: www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/VerdiensteArbeitskosten/Tarifverdienste/Tarifbindung.html [22. 12. 2013].

142 Für 2012: Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2013, 281.

1.1. Tarifbindung nach Betrieben und Wirtschaftszweigen

1.1.1 Deutschland

Bezeichnung der Wirtschaftszweige (WZ 2008)	Branchentarifvertrag		Firmentarifvertrag		betriebliche Vereinbarung		kein Tarifvertrag	
	Arbeit- nehmer ^{*)}	Betriebe	Arbeit- nehmer ^{*)}	Betriebe	Arbeit- nehmer ^{*)}	Betriebe	Arbeit- nehmer ^{*)}	Betriebe
Angaben in Prozent								
B Bergbau, Gewinnung v. Steinen u. Erden	57	39	11	6	1	1	31	54
C Verarbeitendes Gewerbe	46	19	5	1	1	1	48	79
D Energieversorgung	61	52	23	24	0	0	16	24
E Wasservers., Entsorg., Beseit. Umweltver.	51	37	7	4	1	1	40	59
F Baugewerbe	46	41	1	0	0	0	53	59
G Handel, Instandhaltung; Reparatur von Kfz	31	25	1	1	0	0	67	74
H Verkehr und Lagerei	20	13	25	15	1	0	54	72
I Gastgewerbe	34	25	2	2	1	1	63	72
J Information, Kommunikation	16	8	12	7	1	0	71	85
K Erbring. v. Finanz- u. Versicherungsdienstl.	87	73	2	2	0	1	11	24
L Grundstücks- und Wohnungswesen	44	32	2	2	1	1	54	65
M Freiberufl. wiss., tech. Dienstleistungen	21	8	6	2	1	1	73	88
N Sonst. wirtschaftl. Dienstleistungen	57	47	3	2	0	0	40	51
O Öffentl. Verwaltung, Verteidig.; Sozialversich.	100	100	-	-	-	-	-	-
P Erziehung und Unterricht	94	40	0	1	0	4	5	55
Q Gesundheits- und Sozialwesen	36	18	8	5	23	16	32	60
R Kunst, Unterhaltung und Erholung	38	24	1	0	4	1	56	75
S Sonstige Dienstleistungen	33	30	5	4	11	11	51	55
B-S Produzierend. Gewerbe, Dienstleistungen	50	25	5	3	4	3	41	69

*) Arbeitnehmer in tarifgebundenen Betrieben; Quelle: Verdienststrukturerhebung 2010

Es kann sich hierbei nur um »Faustformeln« handeln, die bloße Beweiserleichterungen formulieren, nicht aber unwiderlegliche Vermutungsregeln statuieren¹⁴³. Die *erste* »Beweisregel«, wonach die tarifliche Vergütung üblich ist, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind, ist nämlich auch erfüllt, wenn viele kleine Arbeitgeber mit wenigen Arbeitnehmern tarifgebunden sind, wenige große Arbeitgeber mit der ganz überwiegenden Mehrheit der Arbeitnehmer hingegen nicht¹⁴⁴. Das ist zwar ein eher theoretischer Fall, weil die Tarifbindung statistisch mit der Unternehmensgröße zunimmt. Immerhin kann ein Tariflohn, der zwar eine Mehrheit der Arbeitgeber erfasst, aber die Minderheit der Arbeitsverhältnisse im Vergleichsmarkt, keine Verkehrsauffassung »aller« sein – und bietet keinen geeigneten Vergleichsmaßstab für die Sittenwidrigkeitskontrolle.

Die *zweite* Beweiserleichterung ist ersichtlich an das Repräsentativitätsquorum in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG angelehnt. In der Tat: Ein Tarifvertrag, der dieses Repräsentativitätserfordernis verfehlt, also auf dem Arbeitsmarkt in seinem Geltungsbereich nicht

143 Fischinger, JZ 2012, 546 (547); Yang, ZJS 2011, 430 (432).

144 Brecht-Heitzmann, EzA Nr. 5 zu § 138 BGB; Fischinger, JZ 2012, 546 (547); Jousen, SAE 2012, 95 (99 f.).

einmal die Hälfte der Arbeitsverhältnisse erreicht (wobei das TVG unterstellt, dass jeder tarifgebundene Arbeitgeber auch seine tariffreien Arbeitnehmer über Bezugnahme Klauseln gleichschaltet¹⁴⁵), der findet nicht die hinreichende Akzeptanz, um als Verkehrsauffassung und damit als Maßstab für § 138 BGB gelten zu können¹⁴⁶. Während die für § 5 TVG beschlossene Lockerung des Quorums (zum politisch gewollten Erhalt der SOKA Bau¹⁴⁷) durch eine intensivere Prüfung des öffentlichen Interesses womöglich kompensiert werden kann, ist das im Rahmen von § 138 BGB nicht möglich: Es ist schon gewagt, einen Tarifvertrag, der etwa 51 % aller Arbeitsverhältnisse (im Wirtschaftszweig – und nicht etwa im selbstgewählten Geltungsbereich) erfasst, als Maßstab für das Gerechtigkeitsempfinden *aller* Arbeitnehmer zu werten. Wenn 49 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftszweiges anderweitige Entgeltregelungen praktizieren, fällt es schwer, ihnen die knappe Mehrheit vorzuhalten. Auch kann dies dazu führen, dass einzelne Großunternehmen, die im Wirtschaftsgebiet mehr als 50 % der Arbeitsverhältnisse stellen (etwa: BASF für die Chemische Industrie in Rheinland-Pfalz; VW für den Automobilbau in Niedersachsen), letztlich den Mittelstand verpflichten, ihm das allgemeingültige Lohnniveau diktieren könnten.

Dementsprechend ist ein Geltungsmaß von 50 % letztlich zu gering, um von einer verkehrsüblichen Vergütung sprechen zu können, die ohne einen staatlichen Rechtsakt über § 138 BGB in die Arbeitsvertragsfreiheit eingreift. Es ist daher eine stärkere »Marktpprägung« durch ein Entgeltsystem zu fordern, welches etwa 2/3 oder 3/4 aller Arbeitsverhältnisse im Wirtschaftsgebiet erfasst – und so einen hinreichenden außernormativen Bezugspunkt liefert. Man kann dem BAG deshalb allenfalls mit folgendem Gedanken folgen: Ein Tarifvertrag, der dieses knappe Maß an Repräsentativität durch Tarifgeltung bei tarifgebundenen Arbeitgebern erreicht, wird vielfach eine weitergehende Prägung der Entgelte auch bei tariffreien Arbeitgebern bewirken – weil sich diese in ihrer Entgeltbemessung an Tarifentgelte anlehnen, um wettbewerbsfähig zu sein. Dann aber muss der in Anspruch genommene Arbeitgeber zur Widerlegung dartun können, dass die Marktprägung nicht so weit reicht.

3. Kein wirtschaftszweigüblicher Tariflohn

Gibt es für den Wirtschaftszweig, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, keinen Tarifvertrag oder erfasst dieser nicht wenigstens die Hälfte der Arbeitnehmerschaft, so kann der Arbeitnehmer nicht etwa ins Blaue hinein einen ihm günstigen Marktlohn behaupten und zum Beweis ein Sachverständigen Gutachten anbieten. Denn das ist ein unzulässiger

145 Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 121.

146 Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 120; Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 152 f.; Jacobs, in: Gedächtnisschrift Walz, 2008, S. 289 (304): »Sie ist in dieser Höhe erforderlich, um die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit der in der Allgemeinverbindlicherklärung liegenden Wettbewerbsbeschränkung zu gewährleisten.«

147 Verabredet im Koalitionsvertrag zur 18. Legislatur S. 67 <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> [22. 12. 2012]; zuvor schon der Entschließungsantrag aus der SPD: BT-Ds 17/8459 <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/084/1708459.pdf> [22. 12. 2013].

Ausforschungsbeweis¹⁴⁸. Vielmehr muss sich der Arbeitnehmer bemühen, Auskünfte hinsichtlich der üblichen Vergütung einzuholen, etwa bei den zuständigen Arbeitgeberverbänden, Gewerkschaften, den örtlichen Industrie- und Handelskammern sowie dem statistischen Bundesamt¹⁴⁹. Dass es dem darlegungs- und beweispflichtigen Arbeitnehmer mangels öffentlich zugänglicher statistischer Daten, insbesondere eines fehlenden »Lohnspiegels«, regelmäßig schwer fallen dürfte, das verkehrübliche Lohnniveau im betreffenden Wirtschaftsgebiet schlüssig darzulegen, rechtfertigt keine andere Beurteilung¹⁵⁰.

C. Grenzwert

I. BAG 2009: Zwei-Drittel

Der Fünfte Senat hat in seiner Entscheidung vom 22. 4. 2009¹⁵¹ eine Grenze von zwei Dritteln des marktüblichen Lohns bestimmt, unterhalb derer mangels besonderer Umstände Lohnwucher anzunehmen sei. Das Schrifttum sieht in dieser richterlichen Grenzziehung überwiegend eine zulässige richterliche Rechtsfortbildung, die aus Gründen der Rechtssicherheit geboten sei¹⁵². Das BAG hatte es zuvor noch ausdrücklich abgelehnt, einen solchen Richtwert festzulegen¹⁵³. Auch der BGH hat sich in seiner Entscheidung vom 22. 4. 1997 zum Lohnwucher gem. § 302a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB a. F.¹⁵⁴ – entgegen mancher Behauptung¹⁵⁵ – nicht auf eine Zwei-Drittel-Grenze, ab der ein auffälliges Missverhältnis anzunehmen sei, festgelegt. Im Gegenteil hat er ausdrücklich betont, dass diese quantifizierende Entscheidung dem Tatrichter vorbehalten sei und billigte lediglich die konkrete tatrichterliche Würdigung. Seine Wende »begründet« der Fünfte Senat apodiktisch: Werde der übliche Lohn in einem derartigen Ausmaß unterschritten, so liege

148 LAG Schleswig-Holstein 31. 8. 2010 – 5 Sa 121/10, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 5.

149 Bögemann, NZA 2011, 493 (495).

150 LAG Schleswig-Holstein 31. 8. 2010 – 5 Sa 121/10, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 5.

151 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. Jousseen, Rn. 13; bestätigt durch BAG 18. 4. 2012 – 5 AZR 630/10, NZA 2012, 978 (979), Rn. 11.

152 Vgl. nur Däubler, AiB 1996, 500; Franke, Lohnwucher, 2003, S. 103; MünchArbR/Krause, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 80; Nassibi, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, 2012, S. 65; Reinecke, Sonderbeilage zu NZA 3/2000, 23 (32). Einen guten Überblick über die unterschiedlichen Prozentzahlen in der früheren Judikatur liefert BAG 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971 (972 f.) = SAE 2005, 197 mit Anm. Schmitt. In der Literatur wurden Grenzwerte von 80 – 50 % diskutiert, vgl. nur ErfK/Preis, 14. Aufl. 2014, § 612 BGB, Rn. 3b: »Hälfte des Tariflohns«; MünchArbR/Hanau, 2. Aufl. 2000, § 63 Rn. 6: »Hälfte des Marktlohns«; MünchArbR/Krause, 3. Aufl. 2009, § 57 Rn. 80: 2/3 des üblichen Lohns; und schließlich Däubler, NZA 2001, 1335 mit dem »sozialsten« Vorschlag: Unterschreiten des Tariflohns um nur 20 %.

153 BAG 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, BAGE 110, 79 (84) = SAE 2005, 197 mit Anm. Schmitt.

154 BGH 22. 4. 1997 – 1 StR 701/96, NZA 1997, 1167.

155 Schaub/Linck, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, § 34 Rn. 11; Franke, Lohnwucher, 2003, S. 80.

»eine ganz erhebliche, ohne weiteres ins Auge fallende und regelmäßig nicht mehr hinnehmbare Abweichung vor«¹⁵⁶. Es bedürfe daher einer spezifischen Rechtfertigung durch besondere Einzelumstände, wenn diese Grenze im Einzelfall einmal überschritten werde.

II. Grenzen des Richterrechts

1. Generalklausel als gebundene Ermächtigung

In der Tat: Die positivrechtlichen Vorgaben für die richterliche Lohnwucherkontrolle sind dürftig. § 138 Abs. 2 BGB hält sich mit der Generalklausel vom »auffälligen Missverhältnis« zurück und erklärt das nicht weiter. Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ist wenig mehr als eine Leerformel¹⁵⁷. Es ist daher Aufgabe des Richters, die reichlich unbestimmten Termini des »auffälligen Missverhältnisses« und der »guten Sitten« im Fall des Lohnwuchers zu konkretisieren und durch Fallgruppenbildung praktisch handhabbar zu machen. So heißt es in den Motiven:

»Die Vorschrift stellt sich als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar, der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bislang unbekannt ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes darf indessen unbedenklich darauf vertraut werden, daß die Vorschrift nur in dem Sinne angewendet wird, in dem sie gegeben ist.«¹⁵⁸

Ermächtigt die zivilrechtliche Generalklausel des § 138 BGB den Richter auch zur Rechtsfortbildung¹⁵⁹, so muss diese doch *systemkonform* erfolgen, d. h. im Einklang mit den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung und den gesetzgeberischen Wertungen¹⁶⁰. Insbesondere hat der Richter bei seiner Entscheidungsfindung das klare gesetzgeberische Bekenntnis zugunsten der Privatautonomie zu beachten: Nicht jedes von ihm als »ungerecht«, »unbillig« oder »sozialstaatlich unzweckmäßig« empfundene Rechtsgeschäft kann als »sittenwidrig« bewertet und kassiert werden. Die einzelfallbezogene Sittenwidrigkeitskontrolle kann als »äußerste Toleranzgrenze«¹⁶¹ nur einen »auf Extremfälle beschränkten Minimalschutz«¹⁶² bieten¹⁶³. Insbesondere dürfen Rechtsgeschäfte, die die Rechtsordnung für grundsätzlich zulässig erachtet, nicht über § 138 BGB für nichtig erklärt werden – nur weil sie dem Richter nicht gefallen.

156 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 17.

157 Vgl. nur *Heldrich*, AcP 186 [1986] 74 (94).

158 Motive I 211.

159 Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 17.

160 *Flume*, Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 18 1. (S. 367).

161 *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 20.

162 *Canaris*, AcP 184 [1984], 201 (236).

163 MünchKommBGB/*Armbrüster*, 6. Aufl. 2010, § 138 Rn. 13; *Coester-Waltjen*, AcP 190 [1990], 1 (15, 31); *Dauner-Lieb*, AcP 201 [2001], 295 (325).

Bestätigt wird das durch die beiden BGB-Sondereingriffstatbestände, die dem Richter erlauben, ein im Einzelfall nur unangemessenes Rechtsgeschäft zu kassieren und durch Leistungsreduktion umzugestalten. Das betrifft die Ermäßigung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB (nicht unter Kaufleuten, § 348 HGB) und die Herabsetzung des Maklerlohns nach § 655 BGB. Jene Vorschriften sind Ausnahmeregeln. Dass ein Vertrag vom Richter nachträglich »gerecht« umgestaltet wird, der Richter also besser als die Vertragsparteien weiß, was für diese gut und »richtig« ist, entspricht nicht dem Vertragsautoniekonzept des BGB¹⁶⁴. Und erst recht ist dem BGB das Konzept einer Sozialbindung des Vertrages¹⁶⁵ fremd; mit § 138 BGB lässt sich eine allgemeine Verpflichtung der Vertragsparteien auf (sozialstaatliche) Drittinteressen¹⁶⁶ nicht begründen.

Ein rechtsvergleichender Hinweis illustriert das: In Schweden hat der Gesetzgeber die § 343 BGB entsprechende Vertragsstrafenkorrekturmächtigung in § 36 Avtalslag 1976 zu einer Generalklausel umfunktioniert. Die Norm ermächtigt nun zu umfassender richterlicher Vertragshilfe¹⁶⁷. Und eben dies soll der umgewidmete § 138 BGB besorgen: einen allgemeinen gesetzlichen Anspruch auf Lohnsteigerungen.

Faktisch hat der Fünfte Senat mit seiner Festlegung auf eine Zwei-Drittel-Grenze indes einen dynamischen richterlichen Mindestlohn geschaffen. Der BAG-Richter *Schmitz-Scholemann* spricht von »einem von der Rechtsprechung geschaffenen flächendeckenden Mindestlohn von 2/3 des jeweiligen Tariflohnes«¹⁶⁸. Wenn es so wäre, wäre dies ein klarer Verstoß gegen die Gewaltenteilung und eine Verletzung der dem Richterrecht gesetzten Grenzen¹⁶⁹. Der BAG-Richter *Bepler* hat dies klar gesehen¹⁷⁰. Will man den Lohnwucher am strikten Grenzwert ausrichten, so muss man das kodifizieren¹⁷¹.

2. Einzelfallgerechtigkeit oder dezisionistischer Richtwert?

Hier ist die zentrale Frage aufgeworfen, ob Gerichte für § 138 Abs. 2 BGB überhaupt dezisionistische Grenzen ziehen dürfen – wie das auch der BGH für die Wucherzinsprüfung getan hat (100 % oder 12 Prozentpunkte) und für den Mietwucher (50 %)¹⁷². Dabei hat der BGH die ihm selbst gezogene Grenze klar gesehen:

164 Statt aller *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit, in: Festschrift Lerche, 1993, S. 873 (886 f.).

165 Dazu *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 836 ff.

166 Näher *Grundmann/Renner*, JZ 2013, 379; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 153 ff.; *Martens*, AcP 177 (1977), 113 ff.; *Westermann*, AcP 208 (2008) 141 ff.

167 Dazu *Steltmann*, Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht, 2000, S. 155 f.

168 *Schmitz-Scholemann*, NZA 2012, 1001 (1003).

169 Grundlegend zu den Grenzen des »Richterrechts«: *E. Picker*, JZ 1988, 1 ff. *ders.*, JZ 1988, 62 (69 ff.).

170 *Bepler*, in: Festschrift Richardi, 2007, S. 189 (192).

171 So § 34 Abs. 2 des Diskussionsentwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes (August 2006) von *Henssler/Preis*, Beilage zu NZA 23/2006, 6 (13); *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829 (835 f.); kritisch *Jacobs*, in: Gedächtnisschrift Walz, 2008, S. 289 (299).

172 Nachweise bei *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 217 und 211.

»Mit der Einführung einer Kreditzinsbegrenzung (Preisgrenze), die auch unabhängig von individuell ausgehandelten Umständen (z. B. Sicherheiten) und ohne Rücksicht auf die sonstige Ausgestaltung des Vertrags und auf seine Rahmenbedingungen gelten soll, würde der Richter nicht die ihm obliegende Aufgabe der Konkretisierung des § 138 BGB erfüllen, sondern die ihm im gewaltenteilenden Rechtsstaat gesetzten Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung überschreiten.«¹⁷³

Davon abgesehen praktiziert die Justiz durchaus den Richtwert der *laesio enormis* von 100 %, oder genauer: den *Faktor 2* (Überschreitung um 100 %, Unterschreitung um 50 %) ¹⁷⁴ – anders als jene aber notwendig mit subjektivem Tatbestand. Dagegen ließe sich zuerst einwenden, dass § 138 BGB als Generalklausel den Richter auf Einzelfallgerechtigkeit verpflichte ¹⁷⁵. Gegenbeispiel ist etwa § 5 Abs. 2 Satz 1 WiStrG, der einen Grenzwert von 20 % definiert, dies aber durch das Tatbestandsmerkmal »Ausnutzung eines geringen Angebots« kompensiert ¹⁷⁶. Indes: § 138 Abs. 2 BGB sperrt nicht jede richterliche Faustregel, sondern nur die strikte, harte Grenze. Keinesfalls will die Norm eine unstrukturierte und unvorhersehbare richterliche Einzelfallentscheidung – die doch ihrerseits große Rechtsunsicherheit erzeugt und den Rechtsverkehr belastet. Deshalb gehört es zur richterlichen Rechtsfortbildung, weiche Generalklauseln durch konkretisierende Richtwerte praktikabel und vorhersehbar zu machen. Man denke insoweit nur an die dezisionistische BGH-Rechtsprechung zur Begrenzung von nach § 307 BGB unangemessenen Bauverzugsstrafen (Obergrenze von 5 %, Tagessatz von 0,3 % ¹⁷⁷), die der Vertragsgestaltung klare Regeln geliefert haben.

Selbstredend kann man anstelle einer Faustregel-Grenze eine lockerere Faustregel-Spanne erwägen. Das schlug etwa *Peter Hanau* vor: eine »Spanne von 50–70 %« der üblichen Vergütung ¹⁷⁸. Indes: Das steigert die Rechtsunsicherheit und weicht von der sonstigen zivilrechtlichen Praxis ab. Bei keinem anderen Vertrag praktiziert der BGH eine »Spanne«. Lediglich beim Zinswucher hat er (für Hochzinsphasen) neben der 100-Prozent-Grenze noch eine alternative 12-Prozentpunkte-Schranke verfügt.

Der Fünfte Senat hat 2012 selbst erkannt, dass die Faustregel weich sein muss und seine Rechtsprechung modifiziert: Das auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung allein reicht nicht aus, um eine Lohnabrede als sittenwidrig zu qualifizieren. Vielmehr bedürfe es *zusätzlicher* Umstände, aus denen geschlossen werden kann, dass der Arbeitgeber die Not oder einen anderen den Arbeitnehmer hemmenden Umstand in verwerflicher Weise zu seinem Vorteil ausgenutzt hat ¹⁷⁹. Insofern genügt der subjektive Tatbestand, um jede strenge Regel auszuschließen und die Grenze nach beiden Seiten »weich zu halten«.

173 BGH 12. 3. 1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153 (159).

174 Näher Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 208.

175 *Bepler*, in: Festschrift Richardi, 2007, S. 189 (192); *Joussen*, SAE 2010, 95 (100).

176 BGH 28. 1. 2004 – VIII ZR 190/03, NJW 2004, 1740.

177 Zuletzt BGH 6. 12. 2012 – VII ZR 133/11, NJW 2013, 1362 (1363), Rn. 15.

178 *Hanau*, EWIR 2002, 419 (420).

179 BAG 16. 5. 2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974 (977), Rn. 30, 35 ff.

Auch können weitere objektive Umstände in der Gesamtwürdigung eine Rolle spielen, etwa eine umfassend einseitige Vertragsgestaltung¹⁸⁰. Aber auch besondere Leistungsdefizite des Arbeitnehmers spielen eine Rolle¹⁸¹, weil es gegen die guten Sitten verstößt, wenn ein leistungsgeminderter Arbeitnehmer eine schlecht bezahlte Tätigkeit sucht. Die Gegenmeinung will letztlich Unterbietungswettbewerb verhindern – das aber ist kein Zweck von § 138 BGB (wohl aber eines allgemeinen Mindestlohnes). Verfolgt der Arbeitgeber gemeinnützige und mildtätige Zwecke i. S. d. §§ 51 ff. AO, ist das schon auf der objektiven Ebene zu seinen Gunsten zu berücksichtigen¹⁸². Problematisch ist die gegenläufige Entscheidung, wonach Personalkostensubventionen für Privatschullehrer den Grenzwert auf 75 % erhöhten. Will der Subventionsgeber die Zweckbindung durchsetzen, mag er das mit Auflagen oder auch Vertragsstrafen (wie seinerzeit die Treuhänder) verfolgen. § 138 BGB bezweckt solchen Drittschutz nicht.

3. Konkrete Grenze von zwei Drittel?

Zöge man (wie sonst beim Wucher) die Faustregel der *laesio enormis* heran (Faktor 2)¹⁸³, begänne das auffällige Missverhältnis erst bei der Hälfte der üblichen Vergütung. Nach Ansicht von *Krause* wird die Übertragung dieser 50 %-Grenze auf das Arbeitsentgelt »der existenziellen Bedeutung der Entlohnung für die Beschäftigten nicht gerecht«¹⁸⁴. Das aber ist eine sozialstaatliche Bedürftigkeitserwägung, auf die es auch nach seiner Einschätzung für die Beurteilung einer Lohnabrede als sittenwidrig nicht ankommen kann. Auf der anderen Seite gilt: Wenn das BAG sein Richterrecht auch auf diesen Bedarfsaspekt stützt, dann müsste in höheren Entgelt- und Qualifikationsgruppen ein weniger strenger Maßstab gelten. Zudem deckt der kommende Mindestlohn eben diese Bedarfsprüfung ab, so dass die Abweichung vom allgemeinen Wuchermaßstab hinfällig wird.

Normkonform ist allein eine Begründung, die die besondere Ausbeutungsgefahr des Arbeitnehmers belegt und daraus konkret ableitet, dass der Wuchertatbestand hiergegen mit seinem Grenzwert zu verschärfen sei. Eben deswegen ist beim Wohnungsmietwucher die Grenze auf 50 % Preisüberhöhung zu verschärfen – wohingegen es bei der Geschäftsraummiete und der Pacht beim Richtwert von 100 % bleibt¹⁸⁵. Damit wird der Läsions-Faktor auf 1,5 verschärft, was bei der Abweichung nach unten eben den 66,6 % des BAG entspricht. Dass der normale Grenzwert »nicht hinnehmbar« sei, genügt als Begründung jedenfalls nicht. Das ist bloßes Gefühlsrecht.

180 ArbG Reutlingen 16. 1. 1996 – 1 Ca 610/94, AiB 1996, 499.

181 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 19. Ablehnend *Brecht-Heitzmann*, EzA Nr. 5 zu § 138 BGB.

182 BAG 16. 5. 2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974 (977) = SAE 2013, 67 mit Anm. *Müller*, Rn. 40.

183 BGH 2. 7. 2004 – V ZR 213/03, NJW 2004, 2671 (2673); 26. 11. 1997 – VIII ZR 322/96, NJW-RR 1998, 1065; 22. 12. 1999 – VIII ZR 111/99, NJW 2000, 1254 (1255) – jeweils für einen Kaufvertrag; Palandt/*Ellenberger*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 138 Rn. 34a; MünchKommBGB/*Armbrüster*, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 114.

184 MünchArbR/*Krause*, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 80.

185 BGH 10. 1. 2008 – V ZR 81/07, juris-Rn. 38; 10. 7. 2002 – XII ZR 314/00, NJW-RR 2002, 1521.

Die Ausbeutungsgefahr des Arbeitnehmers auf Grund seiner »strukturellen« Marktschwäche ist allgemeines arbeitsrechtliches Paradigma. Das Problem liegt anderswo: dass nämlich eine Verschärfung des Grenzwertes den Tarifparteien Konkurrenz macht, vor allem im Dreiklang mit vermutetem subjektivem Tatbestand (gleich unter D.III.) und Zeitdynamik (unter E.). Geringverdienern verschafft das einen unterhaltsähnlichen dynamischen Teilhabeanspruch, der eine Gewerkschaftsmitgliedschaft erübrigen kann. Dass der Gesetzgeber mit einem staatlichen Mindestlohn dem Tarifsystem Konkurrenz machen darf¹⁸⁶, gilt für den Richter gerade nicht. Das ist eine dem Parlament vorbehalten Entscheidung.

D. Subjektiver Tatbestand

Das Verhältnis der beiden zivilrechtlichen Lohnwuchertatbestände ist in der Rechtsprechung zur Lohnwucherkontrolle bislang nicht hinreichend geklärt. Oftmals bleibt in den Entscheidungsgründen unklar, ob der Sachverhalt nun unter § 138 Abs. 2 BGB oder § 138 Abs. 1 BGB subsumiert werden soll.

I. Die logische Eigenständigkeit der Lohnwuchertatbestände

Dabei betont das BAG ausdrücklich die Eigenständigkeit der beiden Tatbestände¹⁸⁷. Diese Eigenständigkeit setzt indes voraus, dass sich die beiden Tatbestände voneinander abgrenzen lassen.

Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ist regelmäßig objektives Tatbestandsmerkmal auch des wucherähnlichen Geschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB¹⁸⁸. Ein *einseitiger* Sittenverstoß des Arbeitgebers lässt sich auch hier nur begründen, wenn damit ein Verstoß gegen die *Leistungsgerechtigkeit* verbunden ist¹⁸⁹. Insbesondere entfaltet § 138 Abs. 2 BGB bei sittenwidrigen Lohnabreden keine Sperrwirkung für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB: Zwar ist das Wuchergeschäft nach § 138 Abs. 2 BGB eine Konkretisierung des sittenwidrigen Geschäfts, so dass ein Rechtsgeschäft, welches die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB erfüllt, immer auch als sittenwidrig anzusehen ist¹⁹⁰. Eine Lohnabrede kann aber auch auf Grund anderer Umstände sittenwidrig sein, obzwar ein spezifischer Ausbeutungsvorsatz nicht festzustellen ist. Gesetzessystematisch zwingt § 138 Abs. 1 BGB nur dazu, dass der fehlende Ausbeu-

186 Bis zur Austrocknungsgrenze: Rieble, Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung, 2011, S. 17 ff.

187 BAG 23. 5. 2001 – 5 AZR 527/99, EzA § 138 BGB Nr. 29.

188 BAG 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05, NZA 2005, 1354, Rn. 16.

189 Siehe oben unter A.II.2.

190 RG 19. 10. 1909 – II 662/08, RGZ 72, 61 (69); 6. 5. 1918 – VI 450/17, RGZ 93, 27 (28 f.); Yang, ZJS 2012, 1 (7). Deutlich auch Art. 152 Abs. 2 WRV: »Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig«.

tungsvorsatz durch *zusätzliche* Tatbestandsvoraussetzungen ausgeglichen wird, so dass sich die beiden Absätze inhaltlich unterscheiden¹⁹¹. § 138 Abs. 1 BGB darf nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu einem Lohnwuchertatbestand »light« ausgebaut werden, der in objektiver Hinsicht wie § 138 Abs. 2 BGB nur ein auffälliges Missverhältnis verlangt, aber an den subjektiven Tatbestand keine oder geringere Anforderungen als § 138 Abs. 2 BGB stellt.

Ist § 138 Abs. 1 BGB gegenüber § 138 Abs. 2 BGB demnach *kein minus*, sondern ein *aliud*, so verbleibt der Norm bei der Sittenwidrigkeitskontrolle von Lohnabreden ein originärer Anwendungsbereich¹⁹². Offensichtlich wird dies nicht zuletzt dort, wo sich die Lohnabrede nicht gegen den Arbeitnehmer als Vertragspartner, sondern gegen schutzwürdige Interessen der Allgemeinheit oder Dritter richtet. So ist etwa eine Lohnabrede gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer kollusiv einen niedrigen, wenn auch nicht auffallend niedrigen Lohn vereinbaren, damit der Arbeitnehmer zusätzlich staatliche Transferleistungen zu Lasten der Sozialversicherungsträger¹⁹³ beziehen kann, obwohl der Arbeitgeber ihm sonst ohne weiteres einen marktgerechten Lohn zahlen könnte.

II. Ausbeutungsvorsatz als konstitutives Merkmal des § 138 Abs. 2 BGB

Der Tatbestand des Lohnwuchers setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Arbeitgeber eine beim Arbeitnehmer bestehende spezifische Schwächesituation (Zwangslage, Unerfahrenheit, mangelndes Urteilsvermögen, erhebliche Willensschwäche) »ausbeutet«. Diese subjektiven Tatbestandsmerkmale sind grundsätzlich eng auszulegen¹⁹⁴. Der Gesetzgeber wollte mit der Neufassung des strafrechtlichen, mit § 138 Abs. 2 BGB nahezu wortlautgleichen Wuchertatbestands bewusst verhindern, dass § 291 StGB zu einem uferlosen Delikt gegen jegliche geschäftliche Übervorteilung wird¹⁹⁵.

1. Ausbeutung

Ausbeutung liegt vor, wenn der Wucherer sich die Schwäche des Arbeitnehmers bei Abschluss der Lohnvereinbarung bewusst zunutze macht und vom Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen weiß¹⁹⁶. Eine besondere Ausbeutungsabsicht, etwa in Form einer Gewinnerzielungsabsicht, ist nicht erforderlich. Allerdings genügt Fahrlässigkeit, auch grobe Fahrlässigkeit, nicht¹⁹⁷. Vielmehr kommt nur § 138 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn

191 Hensler/Sittard, RdA 2007, 159 (162).

192 Zweifelnd Yang, ZJS 2011, 430 (435).

193 Allgemein zur Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften zu Lasten der Sozialversicherungsträger Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2011, § 138 Rn. 454 ff.

194 MünchArbR/Krause, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 88; Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2011, § 138 Rn. 229; Brecht-Heitzmann, EzA Nr. 5 zu § 138 BGB.

195 Sturm, JZ 1977, 84 (86).

196 Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 138 Rn. 74.

197 Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2011, § 138 Rn. 248.

sich der Wucherer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses leichtfertig der Einsicht verschließt, dass sich der andere Vertragsteil nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den ungünstigen Vertrag eingelassen hat¹⁹⁸.

Das Gericht muss den Ausbeutungsvorsatz positiv festgestellt haben¹⁹⁹. Dem sog. »Sandhaufentheorem«, wonach ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ausreichen soll, um die Nichtigkeit einer Lohnabrede nach § 138 BGB zu begründen²⁰⁰, mithin ein »übererfülltes« Tatbestandsmerkmal (das auffällige Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung) ein gleichfalls erforderliches anderes, aber nicht bzw. »untererfülltes« Tatbestandsmerkmal (hier die Unerfahrenheit oder Zwangslage des Arbeitnehmers) ausgleicht, folgt die h. M. zu Recht nicht²⁰¹. Denn diese Idee ist mit der Bindung des Richters an Gesetz und Recht unvereinbar. Der Gesetzgeber hat mit der abschließenden Aufzählung der qualifizierten subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 138 Abs. 2 BGB deutlich zu verstehen gegeben, dass er besonderen Wert auf die Verwirklichung dieser Merkmale legt. Ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung dürfte freilich häufig ein Indiz dafür sein, dass der Vertragspartner, der aus diesem objektiven Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung Vorteile zieht, einen den Vertragspartner beeinträchtigenden Tatumstand sittenwidrig ausgenutzt hat²⁰².

Beim Abschluss von Arbeitsverträgen, insbesondere bei der Vereinbarung der konkreten Entgelthöhe, dürften von den in § 138 Abs. 2 BGB aufgeführten Schwächesituationen die Unerfahrenheit sowie die Zwangslage praktisch relevant werden.

2. Unerfahrenheit

Unerfahrenheit ist ein Mangel an Lebens- und Geschäftserfahrung, infolge dessen der Bewucherte die Vor- und Nachteile des Rechtsgeschäfts nicht erkennen kann²⁰³. Dieser Erfahrungsmangel kann insbesondere bei Jugendlichen, alten Menschen und Ausländern vorliegen. Allein der Umstand, dass der Vertragspartner alt, jung oder Ausländer ist, begründet jedoch für sich keine Vermutung, dass dieser unerfahren ist und der andere Vertragspartner dies ausgenutzt hat²⁰⁴. Insbesondere begründen mangelnde Sprachkenntnisse für sich noch nicht die Unerfahrenheit des Arbeitnehmers²⁰⁵. Von Unerfahrenheit kann jedoch ausgegangen werden, wenn der Arbeitnehmer aus einem Land mit einem gänzlich anderen Wirtschaftssystem stammt, mit den Arbeits- und Wirtschaftsbe-

198 BGH 24. 5. 1985 – V ZR 47/84, NJW 1985, 3006 (3007).

199 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (839) = SAE 2010, 95 mit Anm. Joussem, Rn. 26; 16. 5. 2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974 (976 f.) = SAE 2013, 67 mit Anm. Müller, Rn. 26, 35 ff.

200 OLG Stuttgart 24. 4. 1979 – 6 U 169/78, NJW 1979, 2410 (2412).

201 BGH 12. 3. 1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153; Rittner, DB 1980, 1 (13).

202 BGH 14. 7. 1969 – VIII ZR 245/67, WM 1969, 1255 (1257).

203 Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 138 Rn. 70.

204 BGH 12. 3. 1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153. A. A. Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 1594.

205 Nägele, BB 1997, 2162 (2163).

dingungen in der BRD – anders als der Durchschnittsarbeitnehmer – nicht vertraut ist und sich dies in seinem Arbeitsvertrag niedergeschlagen hat, etwa weil sich die dort vorgesehenen Arbeitsbedingungen nachteilig von denen der übrigen Arbeitnehmer im Betrieb unterscheiden²⁰⁶.

3. Zwangslage

Eine *Zwangslage* liegt vor, wenn wegen einer erheblichen (wirtschaftlichen) Bedrängnis für den Betroffenen ein dringendes Bedürfnis nach einer Geld- oder Sachleistung besteht²⁰⁷. Zwar muss die Geldnot nicht mehr die wirtschaftliche Existenz des Bewucherten bedrohen, wie es als Voraussetzung einer »Notlage« i. S. d. § 138 Abs. 2 BGB a. F. gefordert wurde; notwendig ist jedoch, dass dem Betroffenen schwere Nachteile drohen²⁰⁸.

Bei niedrigen Lohnabreden wird vielfach generell unterstellt, dass sich der Arbeitnehmer bei Abschluss des Arbeitsvertrages in einer Zwangslage befunden und der Arbeitgeber diese ausgenutzt hat²⁰⁹. Anders sei nämlich nicht zu erklären, warum sich der Arbeitnehmer auf ein derart niedriges Arbeitsentgelt eingelassen habe. Dabei beruft man sich auf das Bundesverfassungsgericht, welches beim Abschluss des Arbeitsvertrages von einem strukturellen Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgeht²¹⁰. Gegen diese Pauschalisierung spricht indes rechtstatsächlich, dass selbst im Niedriglohnsektor ganz überwiegend marktübliche Löhne gezahlt werden, so dass sich eine Zwangslage gar nicht erst in einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung manifestiert. Niedriglöhne sind hier oft den Marktverhältnissen geschuldet, weil Leistungen zu höheren Löhnen keine Nachfrage fänden. Rechtsdogmatisch ist dagegen einzuwenden, dass die »Zwangslage« ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal ist, welches kumulativ neben dem auffälligen Missverhältnis erfüllt sein muss. Nicht jede Unterlegenheit und erst recht nicht der Umstand, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein Missverhältnis besteht, begründen daher eine Zwangslage i. S. v. § 138 Abs. 2 BGB.

Auch die These, dass zumindest bei Arbeitslosen²¹¹, bei Frauen²¹² oder bei Ausländern²¹³ vom Bestehen einer Zwangslage auszugehen ist, entbehrt jeder empirischen Grundlage (und diskriminiert). Eine solch pauschale Unterstellung wird auch dem Ausnahmecharakter des § 138 Abs. 2 BGB nicht gerecht. Insbesondere bleibt unklar, warum nur die im Niedriglohnsektor beschäftigten Frauen, nicht aber die dort beschäftigten Männer ausgebeutet werden. Die These, dass ein Arbeitsloser »erfahrungsgemäß« bereit

206 Vgl. ArbG Reutlingen 16. 1. 1996 – 1 Ca 610/94, AiB 1996, 499.

207 Palandt/*Ellenberger*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 138 Rn. 70.

208 BGH 8. 2. 1994 – XI ZR 77/93, NJW 1994, 1275 (1276).

209 LAG Bremen 17. 6. 2008 – 1 Sa 29/08, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 1.

210 Vgl. nur BVerfG 23. 11. 2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, 85.

211 ArbG Essen 1. 2. 1977 – 6 Ca 3134/76, BB 1978, 255 (256); *Franke*, Lohnwucher, 2003, S. 137.

212 *Peter*, Gesetzlicher Mindestlohn, 1996, S. 119.

213 *Franke*, Lohnwucher, 2003, S. 144 ff.

sei, »nur um eine Anstellung zu finden, Arbeitsbedingungen zuzustimmen, die für ihn absolut nachteilig sind«²¹⁴, ist schon deshalb unrichtig, weil die (drohende) Arbeitslosigkeit typischerweise keine wirtschaftliche Notlage begründet, da das Arbeitslosengeld regelmäßig²¹⁵ mehr als nur den Notbedarf deckt²¹⁶. Der Fünfte Senat hat es daher zu Recht abgelehnt, nur deshalb von der Ausbeutung einer Zwangslage auszugehen, weil viele Menschen arbeitslos sind²¹⁷.

Eine Zwangslage kann aber auch bei denjenigen Personen nicht pauschal unterstellt werden, die die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld (noch) nicht erfüllen²¹⁸. Denn hier gewährleistet zumindest die Grundsicherung nach dem SGB das wirtschaftliche Existenzminimum. Bei Nicht-EU-Ausländern ist freilich zu beachten, dass die Inanspruchnahme staatlicher Sozialleistungen nach § 46 Nr. 6 AuslG ein Ausweisungsgrund ist und sie deshalb häufig auf ein Arbeitsentgelt angewiesen sind²¹⁹.

Schließlich kann auch der Ansicht, dass die verschärften Zumutbarkeitsanforderungen in der Arbeitslosenversicherung eine Zwangslage begründen²²⁰, nicht gefolgt werden. Das Gesetz bestimmt in § 140 Abs. 2 SGB III ausdrücklich, dass die Beschäftigung einer arbeitslosen Person unzumutbar ist, wenn die Beschäftigung rechtswidrig ist. Die Aufnahme einer sittenwidrig niedrig bezahlten Arbeit ist damit stets unzumutbar.

Eine Zwangslage lässt sich nur anhand aller Umstände des Einzelfalls beurteilen. Der Arbeitnehmer muss sich in finanzieller Bedrängnis befinden. Ein Ausbeuten dieser Zwangslage ist anzunehmen, wenn der vom Arbeitgeber vorformulierte Arbeitsvertrag neben dem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung weitere ungewöhnliche, für den Arbeitnehmer nachteilige Arbeitsbedingungen enthält²²¹. Im Urteil des Fünften Senats vom 22. 4. 2009 gab es solche Anhaltspunkte: Der Arbeitgeber hatte mit der portugiesischen Arbeitnehmerin, die kaum Deutsch konnte und keinerlei Kenntnisse vom deutschen Rechtssystem hatte, nicht nur einen Hungerlohn, sondern auch überlange, das Zulässige weit übersteigende Arbeitszeiten vereinbart²²².

214 ArbG Essen 1. 2. 1977 – 6 Ca 3134/76, BB 1978, 255 (256).

215 Natürlich kann das Arbeitslosengeld bei einem niedrigen Arbeitsentgelt das Sozialhilfeniveau auch unterschreiten, hierzu *Franke*, Lohnwucher, 2003, S. 137.

216 *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 1594; *Schaub*, ArbR-Handbuch, 9. Aufl. 2000, § 35 Rn. 5.

217 BAG 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971 = SAE 2005, 197 mit Anm. *Schmitt*.

218 So aber offenbar *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 1594; *Nägele*, BB 1997, 2162 (2163), die hier von einer Zwangslage ausgehen wollen.

219 *Franke*, Lohnwucher, 2003, S. 146.

220 *Franke*, Lohnwucher, 2003, S. 138.

221 LAG Bremen 27. 9. 1974 – 1 Sa 60–61/74, AP Nr. 33 zu § 138 BGB.

222 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*.

III. Verfehlte »Entsubjektivierung« des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts

Ob ein Verstoß gegen die guten Sitten des § 138 Abs. 1 BGB stets auch die Verwirklichung eines subjektiven Tatbestandsmerkmals voraussetzt²²³, kann offen bleiben. Jedenfalls bedarf es eines solchen Merkmals – entgegen weitverbreiteter Meinung²²⁴ – im Fall des wucherähnlichen Geschäfts. Wollte man hier *ausschließlich* auf das objektive Äquivalenzmissverhältnis abstellen, so fiel man gesetzwidrig auf die Läsion zurück und unterliefe § 138 Abs. 2 BGB²²⁵. Zudem kann dem begünstigten Vertragspartner bei einem *ex post* festgestellten Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung kein Sittenwidrigkeitsvorwurf gemacht werden, wenn er sich *ex ante* redlich darum bemüht hat, die Angemessenheit des Äquivalenzverhältnisses zu ermitteln.

Im Ausgangspunkt zutreffend verlangt die höchstrichterliche Rechtsprechung daher – entgegen dem allgemein zu beobachtenden Trend zur »Verobjektivierung«²²⁶, genauer: »Entsubjektivierung«²²⁷ der Lohnwucherkontrolle²²⁸ – dass auch beim wucherähnlichen Geschäft zum Missverhältnis ein subjektives Tatbestandsmerkmal, insbesondere eine verwerfliche Gesinnung des Gläubigers, hinzutreten muss²²⁹. Während der BGH die verwerfliche Gesinnung beim wucherähnlichen Geschäft jedoch für »unerlässlich« erachtet²³⁰, betrachtete das BAG sie zunächst nicht als konstitutives Merkmal des § 138 Abs. 1 BGB, sondern nur als einen von mehreren Aspekten, der im Wege einer Gesamtbetrachtung die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts begründet²³¹. Wörtlich heißt es in der Grundsatzentscheidung vom 22. 4. 2009, dass neben dem Äquivalenzmissverhältnis »weitere sittenwidrige Umstände, z. B. eine verwerfliche Gesinnung des durch den Vertrag objektiv Begünstigten, hinzutreten« müssen²³². Weithin unbestritten ist der Ver-

223 Zum Streitstand *Flume*, Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 18 1. (S. 372 ff.); Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 18.

224 MünchKommBGB/*Armbrüster*, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 129 m. w. N.

225 Ebenso MünchArbR/*Krause*, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 88; *Franke*, Lohnwucher, 2003, S. 155. Ausführlich Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 267 ff. m. w. N. zu dem allgemeinen, im Arbeitsrecht unzureichend aufgearbeiteten Streit.

226 ErfK/*Preis*, 14. Aufl. 2014, § 611 BGB, Rn. 337.

227 *Yang*, ZJS 2011, 430 (435).

228 MünchKommBGB/*Armbrüster*, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 117, 130.

229 BAG 16. 5. 2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974 (977) = SAE 2013, 67 mit Anm. *Müller*, Rn. 30, 35 ff.; 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (839) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 27; 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05, NZA 2006, 1354, Rn. 16; BGH 12. 3. 1981 – III ZR 92/79, BGHZ 80, 153; 2. 7. 2004 – V ZR 213/03, NJW 2004, 2671 (2673). Nicht überzeugend die Kritik hieran durch C. F. *Majer*, DNotZ 2013, 644 ff.

230 BGH 2. 7. 2004 – V ZR 213/03, NJW 2004, 2671 (2673); 9. 10. 2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, Rn. 6.

231 MünchKommBGB/*Armbrüster*, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 130 m. w. N.

232 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 9. Insofern übereinstimmend mit MünchKommBGB/*Armbrüster*, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 130 m. w. N., nach dessen Ansicht die verwerfliche Gesinnung kein notwendiges Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit ist, aber im Rahmen einer Gesamtwürdigung ein ansonsten unbedenkliches Rechtsgeschäft als sittenwidrig erscheinen lassen kann.

werflichkeitsvorwurf, wenn der wirtschaftlich oder intellektuell Überlegene die schwächere Lage des anderen Teils erkennt und bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt²³³.

Die erforderliche verwerfliche Gesinnung wird von der Rechtsprechung aber auch schon dann bejaht, wenn der stärkere Vertragspartner sich leichtfertig der Einsicht verschließt, dass sich der andere nur wegen seiner schwächeren Lage bzw. unter dem Zwang der Verhältnisse auf den ungünstigen Vertrag einlässt²³⁴. Das heißt: § 138 Abs. 1 BGB erfordert im subjektiven Tatbestand nur eine grob fahrlässige Unkenntnis, hier des Arbeitgebers. Dann aber teilen Lohnwucher und wucherähnliches Geschäft den objektiven Tatbestand und unterscheiden sich im subjektiven nur dadurch, dass an die verwerfliche Gesinnung des Abs. 1 deutlich geringere Anforderungen gestellt werden als an den Ausbeutungsvorsatz des Abs. 2. § 138 Abs. 1 BGB wird so systemwidrig zum Lohnwuchertatbestand »light«²³⁵.

2012 konturiert der Fünfte Senat die verwerfliche Gesinnung etwas anders²³⁶, auch mit Blick auf die jüngere BGH-Rechtsprechung: Könne ein besonders (!) grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung nicht festgestellt werden, weil der Wert der Leistung nicht mehr als doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung, so bedürfe es *zusätzlicher* Umstände, aus denen geschlossen werden könne, dass der Arbeitgeber die Not oder einen anderen den Arbeitnehmer hemmenden Umstand in verwerflicher Weise zu seinem Vorteil ausgenutzt habe²³⁷. Dafür sei der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig. Allein aus dem bloß auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung könne jedenfalls kein Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung gezogen werden²³⁸. Nur wenn ein besonders grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliege, weil der Wert der Leistung mindestens doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung, sei eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu vermuten²³⁹. Dann bedürfe es zwar noch der Behauptung der verwerflichen Gesinnung, doch seien an diesen Vortrag keine hohen Anforderungen zu stellen. Es genüge, dass die benachteiligte Vertragspartei sich auf die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung der anderen Vertragspartei beruft. Diese tatsächliche Vermutung der verwerflichen Gesinnung des begünstigten Vertragsteils könne dann im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert werden, für die der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast trage.

Auf diese Weise wird der Tatbestand des wucherähnlichen Geschäfts nun doch schon auf der objektiven Tatbestandsseite vom Wucher getrennt: Weil der subjektive Tatbe-

233 Etwa BGH 16. 2. 1994 – IV ZR 35/93, BGHZ 125, 135.

234 St. Rspr., vgl. nur BGH 13. 6. 2001 – XII ZR 49/99, NJW 2002, 55 (56); BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (839) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 27; 30. 7. 1985 – 3 AZR 401/83, AP Nr. 39 zu § 138 BGB.

235 Ebenso *Yang*, ZJS 2011, 430 (435).

236 BAG 16. 5. 2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974 (977) = SAE 2013, 67 mit Anm. *Müller*, Rn. 35 ff.

237 BAG 16. 5. 2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974 (977) = SAE 2013, 67 mit Anm. *Müller*, Rn. 38.

238 Ebenso BGH 2. 7. 2004 – V ZR 213/03, NJW 2004, 2671 (2673).

239 BAG 16. 5. 2012 – 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974 (977) = SAE 2013, 67 mit Anm. *Müller*, Rn. 36; ähnlich MünchArbR/*Krause*, 3. Aufl. 2009, § 54 Rn. 90; *Henssler/Sittard*, RdA 2007, 159 (162); *Mohr*, BB 2008, 1065 (1066).

stand so viel großzügiger ist, braucht es ein objektiv-tatbestandliches »Mehr« – und das kann neben anderweitigen Benachteiligungen eben auch ein verschärftes Missverhältnis sein. Dies wird durch Rückkehr zum Grundfaktor 2 bewirkt (zur Verschärfung im Wohnungsmiet- und Arbeitsrecht oben C.II.3.).

Gleichwohl bleibt auch dann ein Rest an subjektivem Tatbestand; dieser verlangt zwar keinen Ausbeutungsvorsatz, aber doch konkrete Kenntnis vom Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen²⁴⁰. Bewusstsein der Sittenwidrigkeit oder Schädigungsabsicht sind nicht erforderlich²⁴¹. Die Eigenheit des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts liegt darin, dass dieser Tatbestand auf Grund des besonders groben Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung tatsächlich (nicht rechtlich²⁴²) zu vermuten ist. Nach allgemeiner Lebenserfahrung lässt sich aus dem krassen Missverhältnis schließen, dass sich die Erkenntnis der Äquivalenzstörung Normalbegabten aufdrängt und ebenso, dass solch außergewöhnliche Leistungen vom Vertragspartner in der Regel aus Not, Bedrängnis oder sonstiger Schwäche zugestanden werden²⁴³. Damit ist gerade kein Verzicht auf das subjektive Tatbestandsmerkmal verbunden. Vielmehr indiziert das grob unangemessene Arbeitsentgelt nur die subjektive Ausnutzung²⁴⁴. Die Darlegungslast bleibt dabei beim Arbeitnehmer: Er muss die verwerfliche Gesinnung behaupten – und ist durch die tatsächliche Vermutung nur im Beweis erleichtert²⁴⁵.

Die Vermutung ist aber widerlegt, wenn der Arbeitgeber nachweislich keine Kenntnis von der Wertverzerrung hatte; ihm kann dann nicht vorgehalten werden, dass er sich leichtfertig der Erkenntnis der Zwangslage seines Vertragspartners oder des besonders groben Missverhältnisses verschlossen hat²⁴⁶. Dies gilt erst recht, wenn der Arbeitgeber seine Unkenntnis nicht zu vertreten hat, weil es ihm nicht möglich war, den Marktlohn für die fragliche Arbeitsleistung zu ermitteln²⁴⁷. Nun ist der Arbeitgeber über § 138 BGB nicht zur Marktforschung verpflichtet. Es geht darum, ob er die Augen vor der Äquivalenzstörung verschlossen hat. Da es bislang keine ausdifferenzierte Lohnstatistik gibt (»Lohnspiegel«), hat sich die Rechtsprechung bislang auf die Kenntnis der brancheneinschlägigen Tariflöhne gestützt, die aber doch entgegen dem BAG²⁴⁸ nicht mit der Kenntnis ihrer Üblichkeit verbunden ist. Überdies kommt es seit 2012 ja nicht mehr auf die

240 Schon BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (839) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 26; Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 74.

241 BAG 22. 7. 2010 – 8 AZR 144/09, NZA 2011, 743 (745), Rn. 30; 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05, NZA 2006, 1354 (1355), Rn. 16.

242 Zum Unterschied: BGH 9. 10. 2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363 (364), Rn. 12 ff.

243 BGH 28. 3. 2012 – VIII ZR 244/10, NJW 2012, 2723 – Rn. 19; 9. 10. 2009 – V ZR 178/08 (KG), NJW 2010, 363 (364), Rn. 16; 13. 6. 2001 – XII ZR 49/99, NJW 2002, 55 (56).

244 *Bepler*, in: Festschrift Richardi, 2007, S. 189 (192); *Jacobs*, in: Gedächtnisschrift Walz, 2008, S. 289 (297).

245 BGH 9. 10. 2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363, Rn. 13.

246 Ebenso im Fall des Grundstückskaufs: BGH 2. 7. 2004 – V ZR 213/03, NJW 2004, 2671 (2673). A. A. jedoch BGH 19. 1. 2001 – V ZR 437/99, ZIP 2001, 747.

247 Ebenso im Fall des Grundstückskaufs: BGH 27. 9. 2002 – V ZR 218/01, NJW 2003, 283 (284).

248 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (839 f.) = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 28.

Üblichkeit im Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrages an, sondern auf die Üblichkeit im Wirtschaftszweig (oben B.II.2). Da die Wirtschaftszweige nicht mit fachlichen Geltungsbereichen von Tarifverträgen abgestimmt sind, darf man dem Arbeitgeber keine weitgehende Kenntnis unterstellen.

Schließlich sind in der Gesamtbetrachtung entlastende Umstände zu berücksichtigen. Eine wirtschaftliche Notlage rechtfertigt zwar keine Ausbeutung, weil dann die Arbeitnehmer das Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers tragen. Wohl aber kann in einer für den Unternehmer existenzbedrohenden Krise der Verwerflichkeitsvorwurf ausnahmsweise entfallen, wenn die Arbeitsplätze der betroffenen Arbeitnehmer anderenfalls entfielen und der Arbeitgeber diese bei der Einstellung oder Vertragsänderung ausdrücklich darauf hinweist und ihnen zugleich in Aussicht stellt, dass sie mit einer raschen Anpassung ihrer Löhne im Fall der Besserung seiner ökonomischen Situation rechnen können.

E. Zeitpunkt der Sittenwidrigkeitskontrolle

Lohnabreden »altern«. Ein im Zeitpunkt des Vertragsschlusses angemessenes oder gar hohes Arbeitsentgelt kann infolge allgemeiner Lohnsteigerungen während der Laufzeit des Arbeitsverhältnisses »zu« niedrig werden. Die entscheidende Frage lautet nun: Kann die Sittenwidrigkeitskontrolle einen nachträglich sittenwidrig niedrig gewordenen Lohn beanstanden?

I. Zivilrechtlicher Ausgangspunkt

1. Rechtsgeschäftskontrolle im Vornahmezeitpunkt

§ 138 BGB ist kassatorische Rechtsgeschäftskontrolle und deshalb im Zivilrecht nach unbestrittener Meinung notwendig auf den Zeitpunkt des Rechtsgeschäftes, also des Vertragsschlusses bezogen²⁴⁹. § 138 BGB prüft, ob der vereinbarte Vertragsinhalt oder aber das Abschlussverhalten anstößig sind – beides lässt sich nur in der Sekunde des Vertragsschlusses beurteilen. *Nipperdey* wusste das noch²⁵⁰:

»Für die Frage der Anwendbarkeit des § 138 kommt es bei Verträgen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an. Eine rückwirkende Sittenwidrigkeit für zur Abschluszeit einwandfreie Verträge gibt es nicht«.

Der spätere Leistungszeitpunkt ist gleichgültig. Also kann das Rechtsgeschäft nicht nachträglich sittenwidrig und dadurch vernichtet werden – auch wenn sich die guten Sitten wandeln (Mätressentestament) oder die Marktverhältnisse. Umgekehrt kann ein

249 Ganz h. M.: BGH ständig, etwa BGH 15. 4. 1987 – VIII ZR 97/86, BGHZ 100, 353, 359; 26. 4. 1995 – VIII ZR 124/94, NJW 1995, 2350 (2352) für einen Handelsvertretervertrag; *Canaris*, DB 2002, 930; *Flume*, Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 18 6. (S. 377); *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, BGB AT, § 41 Rn. 30; *Mayer-Maly*, JZ 1981, 801 (804); *Medicus*, NJW 1995, 2577 (2578); *Schmoeckel*, AcP 197 (1997), 1 ff., 48 f.; *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 98.

250 *Enneccerus/Nipperdey*, Allg. Teil des Bürgerlichen Recht, 15. Aufl. 1960, § 191, S. 1165.

im Vornahmezeitpunkt sittenwidriges Geschäft nicht nachträglich durch Sittenänderung geheilt werden. Das bestätigt explizit § 139 BGB: Im Fall der Teilnichtigkeit kommt es doch darauf an, ob das Rechtsgeschäft »auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde« – also im Abschlusszeitpunkt und eben nicht darauf, ob die Parteien es heute und jetzt auch ohne den kassierten Teil gelten ließen²⁵¹. Und auch für § 140 BGB ist der Rückbezug der umdeutenden Auslegung auf den Vornahmezeitpunkt unbestritten (»gewollt sein würde«)²⁵². Gerade die Bestätigung als Neuvernahme gem. § 141 BGB bekräftigt, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht geheilt wird.

Bestätigt wird das durch § 134 BGB. Das Verbotsgesetz muss in der Sekunde des Rechtsgeschäfts gegolten haben; das nachträgliche Verbotsgesetz ändert an dem wirksamen Rechtsgeschäft nichts – kann aber den Leistungsvollzug nachträglich verbieten und so zur rechtlichen Unmöglichkeit führen²⁵³. Der Verbotsgesetzgeber kann Rechtsgeschäften die Wirksamkeit auch nachträglich absprechen – dies folgt dann aber nicht aus § 134 BGB, sondern aus dem Umgestaltungswillen des Verbotsgesetzes.

Der BGH hat seine ständige Rechtsprechung zu § 138 BGB im Jahr 2012 nochmals bekräftigt und das Prinzip modifiziert, wenn die Parteien die ursprüngliche Vereinbarung nachträglich geändert haben. Dann nämlich gibt es einen zweiten Vornahmezeitpunkt und also eine zweite Sittenwidrigkeitsprüfung:

»Richtig an dieser Begründung ist nur der Ausgangspunkt, dass es in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich darauf ankommt, ob das zu beurteilende Rechtsgeschäft bei seiner Vornahme sittenwidrig war [. . .]. Für die Feststellung eines besonders groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und die daran anknüpfende Schlussfolgerung einer verwerflichen Gesinnung sind die objektiven Werte der auszutauschenden Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend und nachträgliche Veränderungen grundsätzlich ohne Bedeutung [. . .]. Von nachfolgenden Änderungen der Umstände zu unterscheiden sind jedoch Änderungen des Rechtsgeschäfts selbst [. . .] Ändern die Parteien das vertragliche Leistungssoll, so verändern sie damit auch die Grundlage für die Beurteilung des Rechtsgeschäfts am Maßstab des § 138 BGB.«²⁵⁴

Richtig ist zwar, dass die zivilrechtliche Diskussion in erster Linie letztwillige Verfügungen²⁵⁵ und einmalige Austauschgeschäfte²⁵⁶ im Blick hat. Doch auch für Miet- und Pachtverhältnisse, Dienstverträge selbstständiger Handelsvertreter sowie langjährige Darlehen ist dieses Grundprinzip unbestritten. Deshalb kann der Marktpreisvergleich nur anhand der marktüblichen Konditionen zum Abschlusszeitpunkt vorgenommen werden. Ein langjähriges Darlehen aus einer Hochzinsphase wird nicht sittenwidrig, wenn Marktzinsen sinken. Der Schuldner kann über § 138 BGB keine Umschuldung auf ein Niedrigzinsdarlehen erzwingen; er hat sich für die Laufzeit selbst gebunden. Und ein Handelsvertretervertrag erfährt keine Anpassung über § 138 BGB, wenn der Provisionsertrag im Zeitverlauf unzuträglich niedrig ausfällt, also zur Hungerprovi-

251 Staudinger/H. Roth, BGB, 2010, § 139 Rn. 77 m. w. N.

252 Staudinger/H. Roth, BGB, 2010, § 140 Rn. 27 m. w. N.

253 Näher Staudinger/Sack/Seibl, BGB, 2011, § 134 Rn. 55 m. w. N.

254 BGH 10. 2. 2012 – V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 (1571), Rn. 13 f.

255 Vgl. nur BGH 15. 2. 1956 – IV ZR 294/55, BGHZ 20, 71.

256 Vgl. nur BGH 5. 10. 2001 – V ZR 237/00, NJW 2002, 429.

sion²⁵⁷ verkommt²⁵⁸. Denn auf diese Weise nähme der Richter eine umfassende Vertragsbewertung vor und könnte jene Zukunftsrisiken, die beide Seiten im Abschlusszeitpunkt wirksam eingegangen sind, nachträglich umverteilend korrigieren. Der Handelsvertreter kann kündigen, weil sich seine Verdienstmöglichkeiten ins Unerträgliche entwickelt haben²⁵⁹. Nachträgliche Vertragskorrektur ist nur mit Sondervorschriften wie §§ 343, 655 BGB möglich.

Alternativ sind solche Vorschriften zu nennen, die die faktischen Wirkungsfolgen rechtsgeschäftlichen Verhaltens beanstanden. An erster Stelle steht das Kartellverbot des § 1 GWB, das mit dem »bezwecken oder bewirken« von Wettbewerbsbeschränkungen nur in der ersten Variante auf die Einigung zwischen den Parteien abzielt und in der zweiten auf die faktischen Wirkungszusammenhänge – weswegen es auf den Zeitpunkt des Vollzugs wettbewerbsbeschränkender Abreden ankommt. § 138 BGB verbietet nicht solche Verträge, die eine »Ausbeutung bewirken«; § 138 BGB beanstandet nur solche Verträge, die die Ausbeutung rechtsgeschäftlich programmieren. Das blanke Realverhalten des Arbeitgebers, der eine ausbeuterisch gewordene Lohnabrede vollzieht, lässt sich nicht über das zugrundeliegende Rechtsgeschäft beanstanden – wohl aber deliktisch über § 826 BGB (noch III.3.).

2. Aber: Arbeitsvertragsänderungen

Mit dem BGH kann gerade der Aspekt späterer Vertragsänderungen den Ausbeutungsschutz effektiv machen. Selbstredend ist bei jeder Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrages eine erneute Wucherkontrolle erforderlich. Jede Veränderung der Tätigkeit (Beförderung) löst das aus, aber auch eine unzureichende Lohnerhöhung. Auch die Einführung von Nebenleistungen und sei es durch betriebliche Übung ist Neuabschluss. Der Arbeitnehmer kann durch Teilzeitbegehren oder Entgeltumwandlungsverlangen sogar selbst denjenigen Änderungsvertrag erzwingen, der dann eine Kontrolle nach § 138 BGB auslöst.

Hierher gehört auch die vertragsersetzende Ausübung von Leistungsbestimmungsrechten²⁶⁰: Also nicht die einfache Arbeitsweisung (von »Hau Ruck« bis zur bloßen Konkretisierung von Leistung und Zeit), wohl aber die vorbehaltenen Änderungen des Arbeitszeitumfangs, die Versetzung an einen anderen Arbeitsort kraft Mobilitätsklausel, die Bemessung eines variablen Entgeltbestandteiles (auch wenn Sonderzahlungen bei der Sittenwidrigkeitsprüfung nicht berücksichtigt werden).

257 Vgl. die *Eismann*-Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 30. 1. 1998 – 16 U 182/96, NJW 1998, 2978.

258 *Evers*, BB 1992, 1365 (1368) scheidet sehr klar anfängliches und nachträgliches Missverhältnis.

259 Dazu BGH 20. 3. 1981 – I ZR 12/79, LM Nr. 17 zu § 89a HGB für den nachträglichen Wegfall eines Kunden mit 40-prozentigem Provisionsverlust.

260 Zur vertragsersetzenden Regelungsfunktion der Leistungsbestimmung *Staudinger/Rieble*, BGB, 2009, § 315 Rn. 114 ff.

3. Keine Vorsorgepflicht

Mit diesem strikten Zeitbezug ließe sich die spätere Entgeltentwicklung im Rahmen der Wucherprüfung nur berücksichtigen, wenn man dem unbefristeten Arbeitsvertrag von vornherein einen Anpassungsmechanismus abverlangte. Sittenwidrig wäre es dann, dass der Vertrag eine Vergütung »für lange Zeit« vorgibt, ohne dessen Anpassung zu regeln. Als Anpassungsmechanismen kommen dynamische Indexierung, Anspruch auf Vertragsänderung oder ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB in Betracht.

Anstelle also den Zeitbezug innerhalb von § 138 BGB auf die Gegenwart zu verlagern, bezöge man den künftigen Vertragsverlauf auf den Vornahmezeitpunkt zurück. Die vom BAG aus § 138 BGB gewonnene Anpassungsverpflichtung haftete dem Arbeitsvertrag also von Anfang an an. Das müsste dann aber auch für jeden Miet- und Pachtvertrag gelten und für den Dienstvertrag des selbstständigen Handelsvertreters. Auch der langjährige Darlehensvertrag müsste jedenfalls für krasse Fälle eine Anpassung an die Marktverhältnisse vorsehen, etwa als Zinsanpassung durch Leistungsbestimmung nach § 315 BGB. Schon das ist als Vorstellung einigermaßen merkwürdig.

Indes stellte das jede Dogmatik auf den Kopf: § 138 BGB lässt solchen Einbezug künftiger Anpassungsbedürfnisse nicht zu – weil das Schuldrecht auf autonome Vertragsanpassung setzt. Wer Geldentwertung oder Marktpreisauftrieb schmerzhaft spürt, mag um Vertragsanpassung bitten und notfalls mit Kündigung drohen (Änderungskündigung) oder sich einen anderen Vertragspartner suchen. Markt und Wettbewerb sorgen dann für Preisanpassung. Dass Dauerschuldverhältnisse notwendig zumindest »irgendwann« ordentlich kündbar sind, sichert auch diese Anpassung. Das wird beleuchtet durch den strukturähnlichen gesetzlichen Mieterhöhungsanspruch des Wohnungs Vermieters nach §§ 558 ff. BGB, der ebenfalls auf Marktpreise, nämlich die Vergleichsmiete, gerichtet ist. Dieser Anspruch auf Vertragsanpassung drückt keinen allgemeinen Rechtsgedanken aus – sondern ist Ausgleich dafür, dass dem Vermieter seit 1971 (heute: § 573 Abs. 1 Satz 2 BGB) die Änderungskündigung zur Mietanpassung verboten ist²⁶¹. § 138 BGB dient nicht dazu, in der Sekunde des Vertragsschlusses einen »optimalen und selbststeuernden« Vertrag zu erzwingen.

Eine Ausnahme käme allenfalls dann in Betracht, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Lohn sehr knapp über der Sittenwidrigkeitsgrenze liegt und eine Lohnsteigerung im Wirtschaftszweig und in nächster Zukunft derart absehbar ist, dass der vereinbarte Lohn bei erneutem Vertragsschluss nicht mehr vereinbart werden könnte. Indes ist eine solche Prognose nur in bestimmten Branchen denkbar (etwa Automobilbau mit hohem Tarifbindungsgrad). Zudem müsste eine Laufzeit definiert werden, für die der vereinbarte Lohn gelten können soll. Aber auch in einem solchen Fall fehlt es doch an der hinreichend sicheren Prognose, dass der Arbeitnehmer zum späteren Zeitpunkt noch beschäftigt sein wird, etwa die Probezeit »überlebt«. Kurz: es fehlt an der verwerflichen Ausbeutungshaltung. § 138 BGB richtet sich gegen das Rechtsgeschäft und nicht gegen die Gesinnung der Vertragsparteien²⁶².

261 Staudinger/*Emmerich*, BGB, 2011, § 558 Rn. 2.

262 *Flume*, Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 18 5. (S. 376).

4. Nachträgliche Korrektur nur über §§ 242, 313, 157 BGB

Das dogmatische Zivilrecht reagiert auf nachträgliche Veränderungen nicht mit nachträglicher Sittenwidrigkeit – sondern mit der Rechtsausübungskontrolle des § 242 BGB, die das ursprünglich wirksame Rechtsgeschäft als wirksam belässt, aber die nunmehr sittenwidrige Rechtsausübung aus solchen Verträgen verhindert.

Beispielhaft ist die BGH-Rechtsprechung zur nachträglichen Übersicherung: Sie kann den Sicherungsvertrag nicht vernichten, wohl aber dem Anspruch auf Übertragung weiterer Sicherheiten entgegenstehen oder die Geltendmachung einer Vorausabtretung hindern²⁶³.

Eine ganze Rechtsprechungsserie hat der Familiensenat des Bundesgerichtshofes geschaffen: Eheverträge sind für eine lange Laufzeit konzipiert, weswegen ihre Regeln im Zeitablauf fragwürdig werden können. Dennoch trennt der Familiensenat sorgfältig: Sittenwidrig kann der Ehevertrag nur im Zeitpunkt seines Abschlusses sein²⁶⁴; den späteren Schutz des benachteiligten Ehegatten (meist der Frau) übernimmt § 242 BGB:

»Soweit ein Ehevertrag – wie hier – der Wirksamkeitskontrolle standhält, muss der Richter im Rahmen einer Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung zu berufen. Entscheidend ist insofern, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluß der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Hält die Berufung eines Ehegatten auf die getroffene Regelung der Ausübungskontrolle nicht stand, so führt dies weder zur Unwirksamkeit des Ausschlusses der gesetzlichen Scheidungsfolge noch dazu, daß die gesetzliche Regelung in Vollzug gesetzt wird. Der Richter hat vielmehr diejenige Rechtsfolge anzuordnen, die den berechtigten Belangen beider Parteien in der eingetretenen Situation in ausgewogener Weise Rechnung trägt.«²⁶⁵

§ 242 BGB kann – wie § 138 BGB – aber grundsätzlich nur kassieren, also einen Vertrag oder eine Rechtsausübung verhindern. Rechtserweiternde Wirkung haben beide nicht. Insofern bleibt dann nur die ergänzende Vertragsauslegung oder die Anpassung an eine gestörte Geschäftsgrundlage. Nur diese Instrumente können dem Benachteiligten eine »Anpassung des Vertrages nach oben« verschaffen – sei es, weil dies dem redlich fortgeschriebenen Parteiwillen entspricht, sei es, weil in der Sonderverbindung Treu und Glauben eine Vertragsanpassung gebieten.

Das wird besonders bestätigt durch § 655 BGB (schon oben D.II.1.), der den Richter ermächtigt, den Honoraranspruch des Personalmaklers nachträglich durch Gestaltungsakt herabzusetzen. Hier kommt es mit dem BGH nicht auf den Vertragsschluss als Rechtsgeschäft, sondern auf den missratenen Leistungsaustausch an – maßgeblich ist der Zeitpunkt der gerichtlichen (gestaltenden) Entscheidung²⁶⁶. Denn § 655 BGB ist

263 So schon BGH 14. 7. 1952 – IV ZR 1/52, BGHZ 7, 111 ff.; zur Vorausabtretung BGH 15. 4. 1987 – VIII ZR 97/86, BGHZ 100, 353; allgemein Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2011, § 138 Rn. 98.

264 Leitentscheidung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen: BGH 11. 2. 2004 – XII ZR 265/02, BGHZ 158, 81.

265 BGH 31. 10. 2012 – XII ZR 129/10, NJW 2013, 380 (383), Rn. 35.

266 BGH 18. 3. 2010 – III ZR 254/09, NJW 2010, 3222 (3225), Rn. 29.

Rechtsausübungskontrolle – nicht anders als sein Vorbild, die Vertragsstrafeermäßigung nach § 343 BGB²⁶⁷ – und geht insoweit über § 138 BGB hinaus.

Im Arbeitsrecht kann der Arbeitnehmer schließlich über den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz geschützt werden. Hat ein Arbeitnehmer über Jahre keine Entgelterhöhung erhalten, so kann er sich an einen später eingestellten und besser entlohnten »Kollegen anhängen«, wenn dieser vergleichbare Arbeit leistet und kein Differenzierungsgrund den Lohnabstand deckt.

II. Arbeitsrechtlicher Sonderweg?

1. Herrschende Meinung: Zeitpunkt des Leistungsaustausches

BAG²⁶⁸ und überwiegendes arbeitsrechtliches Schrifttum²⁶⁹ entscheiden grundlegend anders: »Überalterte Lohnabreden« könnten infolge unterbliebener Anpassung an die marktübliche Entgeltentwicklung nachträglich sittenwidrig werden. Das BAG beruft sich hierbei auf § 138 Abs. 2 BGB mit seinem »sich gewähren lassen«. Hierdurch werde letztlich der Leistungsvollzug maßgebend, »weil die beiderseitigen Leistungen weiterhin von dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien getragen sind«. Das mündet in den vom BAG-Richterverein autorisierten Orientierungssatz:

»Vielmehr kann eine Entgeltvereinbarung auch nachträglich wucherisch werden, wenn sie nicht an die allgemeine Lohnentwicklung angepasst wird.«

Diese Begründung darf man als unzureichend²⁷⁰, aus zivilrechtlicher Sicht als absurd ansehen. Das Wortlautargument ist kreativ und zeigt ein Textverständnis, das dem BGB bislang fremd war. Wurde doch § 138 Abs. 2 BGB mit »sich gewähren lassen« einhellig so verstanden, dass damit ausnahmsweise das Trennungsprinzip durchbrochen und mit dem wucherischen Verpflichtungsgeschäft auch das Erfüllungsgeschäft fällt. Der Grund: Das Erfüllungsgeschäft ist »fortgesetzte Ausübung des Wuchers«, so dass der anfängliche Makel des Verpflichtungsgeschäfts auf das spätere dingliche Geschäft durchschlagen muss²⁷¹. Auch wenn zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft ein gewisser Zeitraum liegt, bleibt zivilrechtlich für die Missverhältnisprüfung der Zeitpunkt des Grundgeschäfts maßgeblich. § 138 BGB lässt sich nicht relativieren: Als Rechtsgeschäftskontrolle ist die Norm notwendig auf den Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts bezogen.

267 Dazu näher Staudinger/Rieble, BGB, 2009, § 343 Rn. 127; prägnant eindeutig Böttcher, ZfA 1970, 25 Fn. 56.

268 BAG 26. 4. 2006 – 5 AZR 549/05, NZA 2006, 1354 (1356), Rn. 17; 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 = SAE 2010, 95 mit Anm. Joussem, Rn. 10.

269 ErfK/Preis, 14. Aufl. 2014, § 612 Rn. 3; MünchKommBGB/Müller-Glöge, 5. Aufl. 2009, § 611 Rn. 812; Schaub/Linck, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, § 34 Rn. 13; Brecht-Heitzmann, EzA Nr. 5 zu § 138 BGB; Helml, AuA 2010, 298 (299); Joussem, SAE 2010, 95 (97 f.).

270 Zu Recht kritisch auch Joussem, SAE 2010, 95 (96); Fischinger, JZ 2012, 546 (548 ff.).

271 Luzide von Tuhr, Allgemeiner Teil II/2, 1918, S. 46.

Merkwürdigerweise kommt dem BAG nicht in den Sinn, dass jenes Wortlautargument für das wucherähnliche Geschäft des § 138 Abs. 1 BGB von vornherein nicht gelten kann. Dass der Leistungsvollzug vom Vertragswillen getragen sei, entfacht den Streit um Erfüllungstheorien neu. Funktional geht es um eine Rechtspflicht zur Anpassung nach oben, die § 138 BGB nach herkömmlichem Verständnis nicht liefern kann. Mehr als eine *petitio principii* hat der Fünfte Senat nicht zu bieten. Zudem: Das BAG lässt die Lohnabrede »von der jeweiligen Tageslage« abhängen²⁷²; schwankende Vergleichslohnentwicklung führt zur Rechtsunsicherheit.

Vor allem aber: Das BAG deutet § 138 BGB grundlegend anders als der BGH in ständiger, auf das Reichsgericht zurückzuführender Rechtsprechung. Da hätte der Fünfte Senat den GemSOGB anrufen müssen. Das BAG war nicht der gesetzliche Richter. Ob das Zivilrechtssystem für längerfristige Dauerschuldverhältnisse auf eine nachträgliche Sittenwidrigkeitskontrolle im Zeitpunkt des Leistungsaustausches auszurichten ist, betrifft eine Vielzahl von Vertragstypen – insbesondere auch die Dienstverträge freier Handelsvertreter, aber auch Franchiseverträge etc., die ja durchaus Alternative zum Anstellungsvertrag sein können. So entscheidet das Hanseatische OLG für einen Tankstellenverwaltervertrag:

»Es muss an dieser Stelle in aller Deutlichkeit hervorgehoben werden, daß es für die Frage der Nichtigkeit ausschließlich auf die Verhältnisse bei Vertragsschluß ankommt. Ein späteres Fehlverhalten der Klägerin kann den Vertrag nicht sittenwidrig machen.«²⁷³

Ob hier eine zeitdynamische Sittenwidrigkeitshürde greift, das muss über die Rechtsweggenese hinweg einheitlich entschieden werden.

Erstaunlicherweise geht das BAG nicht darauf ein, dass der Grundsatz der Rechtsgeschäftskontrolle nach den Verhältnissen im Vertragsschlusszeitpunkt ein gerade das Arbeitsrecht durchgängig prägendes Rechtsprinzip ist. Die Befristungskontrolle nach dem TzBfG, die AGB-Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB, auch die gern praktizierte Umgehungskontrolle – etwa mit Blick auf die Rechtsfolgen des § 613a BGB – knüpfen doch sämtlich an den Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts an. Wie will der Fünfte Senat seine Freirechtsschöpfung auf die Fälle des § 138 BGB beschränken?

2. Richtig: Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Ein Landesarbeitsgericht und eine Literaturstimme bleiben auf festem Zivilrechtsboden: Das LAG Hamburg als Vorinstanz zur kritischen 2009er-Entscheidung des BAG befand deutlich:

»Allein der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und nicht der streitgegenständliche Zeitraum kann herangezogen werden, weil die verschiedenen Vorschriften zum Entgeltwucher jeweils auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft und nicht auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Leistungsaustausches abstellen. Ein solcher Leistungsaustausch ist einer »Nichtigkeitsfolge« unzugänglich.«²⁷⁴

So klar, so schön – aber doch sozialpolitisch missvergnüglig?

272 Treffend *Fischinger*, JZ 2012, 546 (550).

273 Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg 13. 4. 2000 – 3 U 285/98, juris, Rn. 164.

274 LAG Hamburg 17. 4. 2008 – 1 Sa 10/07; zustimmend *Fischinger*, JZ 2012, 546 (548 ff.).

Fischinger unterscheidet strikt zwischen dem ursprünglichen Vertragsschluss und der späteren Veränderung der Umstände²⁷⁵. Der schleichenden Lohnentwertung will er dreistufig begegnen²⁷⁶:

– Primär sei im Wege *ergänzender Vertragsauslegung* zu ermitteln, welchen Lohn die Parteien vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten²⁷⁷. Ließen sich der ursprünglichen Lohnabrede Umstände entnehmen, an denen sich die Parteien bei der Bemessung des Lohnes orientierten, so könnten diese zur nachträglichen Lückenfüllung herangezogen werden. Insbesondere könne »ein Zusammenhang« mit dem Tariflohn genutzt werden.

– Sei das jeweilige Verhältnis zwischen dem vereinbarten Entgelt und dem üblichen Tariflohn nicht Vertragsinhalt geworden, so könne es immer noch die *Geschäftsgrundlage* für die Lohnabrede bilden und also die Geldentwertung zur Anpassung genutzt werden²⁷⁸.

– Höchsthilfsweise stehe dem Arbeitnehmer subsidiär aus § 242 i. V. m. § 612 Abs. 2 BGB analog ein Anspruch auf das (tarif-)übliche Entgelt zu²⁷⁹. In diesem Schlussergebnis unterscheidet sich *Fischinger* nicht vom BAG.

III. Schwächen zivilrechtlicher Anpassungsinstrumente

Jener Vorschlag bemüht sich um zivilrechtliche Systematik, ist indes endogen problematisch.

1. Keine ergänzende Vertragsauslegung

Die ergänzende Vertragsauslegung kann nicht herangezogen werden: Wenn ein tariffreier Arbeitgeber den Tariflohn in seinen Arbeitsverhältnissen dynamisch-verpflichtend zur Anwendung bringen will, dann kann er sich der allseits bekannten Bezugnahme Klausel bedienen. Es ist auch denkbar, auf einen Prozentsatz der einschlägigen Tarifvergütung zu verweisen oder aber dem Arbeitnehmer explizit zuzusagen, sein Entgelt entsprechend den Tarifierhöhungen aufzustocken. Das ist – wenn auf einen einschlägigen Tarif verwiesen wird – auch nicht nach dem Preisklauselgesetz verboten, sondern als Spannungsklausel gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 Preisklauselgesetz zulässig. Wenn der Arbeitsvertrag eine solche Anpassungsdynamik nicht enthält, kann sie auch nicht durch ergänzende Vertragsauslegung unterstellt werden. Die Vertragsparteien können ebenso auf punktuelle Anpassungsverhandlungen setzen – weil sie sich nicht »auf ewig« binden wollen. Und eben

275 *Fischinger*, JZ 2012, 546 (548 ff.).

276 *Fischinger*, JZ 2012, 546 (550 ff.).

277 *Fischinger*, JZ 2012, 546 (550 f.); Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 106, 507.

278 *Fischinger*, JZ 2012, 546 (551).

279 *Fischinger*, JZ 2012, 546 (551 f.).

deshalb lehnt das BAG richtigerweise eine betriebliche Übung ab, die den Arbeitgeber nach mehrfacher Tarifierung dynamisch-dauernd verpflichtet²⁸⁰.

Nur und immerhin lässt sich auf eine punktuelle Rechtsprechung des BGH hinweisen, die eben dies anordnet: Dass nämlich ein nachträglich entstandenes Missverhältnis zwischen Gesellschaftsanteilswert und vereinbarter Abfindung durch ergänzende Vertragsauslegung zu korrigieren sei – damit nicht die Austrittsfreiheit in sittenwidriger Weise beschränkt werde. Der BGH betont zuerst das Grundprinzip:

»Eine ursprünglich wirksame, zunächst weder nach § 138 BGB zu beanstandende noch das Kündigungsrecht der Gesellschafter entgegen § 723 Abs. 3 BGB faktisch beeinträchtigende Abfindungsklausel wird nicht dadurch nichtig, daß sich – insbesondere bei wirtschaftlich erfolgreichen Unternehmen – Abfindungsanspruch und tatsächlicher Anteilswert im Laufe der Jahre immer weiter voneinander entfernen.«

Und meint dann zur Korrektur:

»Es geht vielmehr darum, ob die Parteien, wenn sie bei Vertragsschluß die spätere Entwicklung der Verhältnisse in Betracht gezogen hätten, es gleichwohl bei der vereinbarten Regelung belassen oder ob sie bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner jener Entwicklung durch eine anderweitige vertragliche Bestimmung Rechnung getragen hätten.«²⁸¹

Allerdings weist die Lehre zu Recht darauf hin, dass solche ergänzende Vertragsauslegung kein Instrument zur richterlichen Vertragskorrektur von außen sein dürfe und keinen Vertragspaternalismus erlaube²⁸² – und machen so eben jene Systemgerechtigkeit geltend, die auch dem BAG entgegensteht.

Bei Erbbauzinsanpassungen achtet der BGH eben diese Scheidung: Nur dann, wenn eine Wertsicherung vereinbart war, kann diese Klausel ergänzend ausgelegt werden – haben die Parteien indes auf eine solche Klausel verzichtet, bleibt nur die Anpassung an die gestörte Geschäftsgrundlage²⁸³.

2. Anpassung nach § 313 Abs. 1 BGB?

Sowenig das fixe Verhältnis des Vertragslohns zum Tariflohn oder zum marktüblichen Lohn Vertragsinhalt geworden ist, sowenig ist es Geschäftsgrundlage. § 313 Abs. 1 BGB setzt eine entsprechende gemeinsame Vorstellung beider Vertragsparteien voraus. Sie darf nicht untergeschoben werden.

280 BAG 16. 1. 2002 – 5 AZR 715/00, NZA 2002, 632; 20. 6. 2001 – 4 AZR 290/00, NZA 2002, 351; 9. 2. 2005 – 5 AZR 284/04, juris. Zur Tarifbindung durch betriebliche Übung: *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, S. 356 ff.

281 BGH 20. 9. 1993 – II ZR 104/92, BGHZ 123, 281 (283 f.); bestätigt durch BGH 2. 6. 1997 – II ZR 81/96, BGHZ 135, 387.

282 *Ulmer/Schäfer*, ZGR 1995, 134 (richterliche Vertragskorrektur); *Gerd Müller*, ZIP 1995, 1561; *Volmer*, DB 1998, 2507 (Vertragspaternalismus); klar auch *Dauner-Lieb*, GmbHR 1994, 836.

283 BGH 18. 11. 2011 – V ZR 31/11, NJW 2012, 526, Rn. 12 f.

Bei Geldleistungspflichten lässt sich nur die *Geldwertstabilität* als Geschäftsgrundlage einordnen²⁸⁴: weil die Parteien mit dem Geldwert der Gegenleistung auch eine gewisse Kaufkraftvorstellung verbinden. Der Geldgläubiger soll mit dem Gelde ja nicht bloß einen Nominalbetrag erhalten, sondern einen eintauschbaren Wert. Der Kaufkraftschwund fällt zwar zunächst in das einseitige Risiko des Geldgläubigers (der auf eine Wertsicherungsklausel verzichtet hat), ab einer bestimmten Opfergrenze schlägt die einseitige Belastung dann aber in eine Geschäftsgrundlagenstörung um. Diese Opfergrenze ist mit dem BGH notwendige Folge der Vertragstreue, weil sonst der Richter über die Anpassung nach § 313 BGB demjenigen hilft, der zum eigenen Schaden auf eine Wertsicherungsklausel verzichtet hat. Bezeichnenderweise betrifft die Rechtsprechung vor allem Erbbauzinsanpassungen²⁸⁵ – und bis zur Einführung des § 16 BetrAVG im Jahr 1975 die Dynamisierung von Betriebsrenten durch BAG²⁸⁶ und BGH (für rentenberechtigte Organmitglieder)²⁸⁷.

Daran ist für unsere Frage zweierlei bezeichnend:

– Erstens zeichnen sich Erbbauzins und Betriebsrente dadurch aus, dass der normale »marktmäßige« Konfliktlösungsmechanismus der Änderungsforderung mit Kündigungsandrohung ausscheidet. Beide Seiten sind einander dauerhaft verbunden.

– Zweitens versagt die Rechtsprechung bei den Betriebsrenten jeden unmittelbaren und pauschalierenden Aufwertungsanspruch aus der Geschäftsgrundlagenlehre, sondern verweist den Rentner darauf, mit dem Arbeitgeber zu verhandeln und von ihm gegebenenfalls eine Entscheidung nach billigem Ermessen zu verlangen. Zwar bleibt auch dann die richterliche Ersatzvornahme nach § 315 Abs. 3 BGB zulässig, aber eben einzelfallorientiert und nicht schematisch.

Allerdings kann es im Rahmen von § 313 BGB nicht darum gehen, dem Arbeitnehmer den Lohnwert zu erhalten. Ein Arbeitgeber, der deutlich über dem Markt entlohnt, hat das Recht, diese Mehrentlohnung mit Hilfe der Geldentwertung abzuschmelzen; so wie der übertariflich zahlende Arbeitgeber Tarifentgelterhöhungen anrechnen darf. Denn er hat diese üppige Vergütung nicht auf Dauer versprochen, schuldet keinen Werterhalt. Jenes Abschmelzen gehört zum Arbeitnehmersisiko. Der Arbeitnehmer ist nur davor zu schützen, dass der Arbeitgeber mit der Geldentwertung eine unerträglich niedrige, eben ausbeutende Vergütung erreicht. Insofern kann die Erwartung sittlicher Bezahlung in § 313 BGB hineingelesen werden.

Es bleibt nur ein auszuräumendes Gegenargument: Muss dem Arbeitnehmer wirklich mit einem Anpassungsanspruch geholfen werden, obschon er doch den Arbeitsplatz aufgeben und sich eine andere Stelle suchen könnte – wie dies das BGB sonst jedem zumutet? Indes passt diese Sicht nicht zum Kündigungsschutz. Ihn könnte der Arbeitgeber durch »Vergrämen« von Arbeitnehmern unterlaufen.

284 Allgemeine Meinung, MünchKommBGB/*Finkenauer*, 6. Aufl. 2012, § 313 Rn. 185 ff. m. w. N.; grundsätzliche Einwände gegen solche richterliche Vertragshilfe erhebt *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 518 ff. Grundlegend vorbereitet durch das Reichsgericht; luzide dazu *Hedemann*, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 245 ff.

285 BGH 17. 12. 1982 – V ZR 306/81, BGHZ 86, 167; 18. 9. 1992 – V ZR 116/91, BGHZ 119, 220.

286 BAG 30. 3. 1973 – 3 AZR 26/72, NJW 1973, 959.

287 BGH 28. 5. 1973 – II ZR 58/71, NJW 1973, 1599.

3. Alternativ: Hilfe mit § 826 BGB?

Wucher ist auch sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB – unter dessen Voraussetzungen²⁸⁸. Anders als § 138 BGB ist die Norm nicht kassatorisch auf ein Rechtsgeschäft im Abschlusszeitpunkt ausgerichtet, sondern auf das Realverhalten, das zur Schädigung führt. Allerdings bedarf das schädigende Verhalten näherer Bestimmung: Wirft man dem Arbeitgeber vor, dem Arbeitnehmer eine Lohnerrhöhung qua Vertragsänderung vorzuenthalten, ist der fragwürdige Kontrahierungszwang aus § 826 BGB betroffen²⁸⁹. Innerhalb einer bestehenden Vertragsbeziehung gerät es systemwidrig, über das Deliktsrecht einen Vertragsanpassungsanspruch zu konstruieren.

Sittenwidrige Schädigung kann indes der tatsächlich ausbeutende Leistungsvollzug sein: Derjenige Arbeitgeber, der eine Arbeitsleistung einfordert und entgegennimmt und dafür bewusst nur einen »Hungerlohn« zahlt, der verhält sich unseres Erachtens mit dem Leistungsaustausch sittenwidrig. Zudem könnte § 291 StGB neben dem wucherischen Versprechen auch den wucherischen Leistungsvollzug ahnden (»sich . . . gewähren lässt«). Indes lehnt sich die strafrechtlich vorherrschende Meinung zu sehr an § 138 BGB an und meint, das nachträgliche auffällige Missverhältnis erst bei Leistungsaustausch genüge nicht²⁹⁰. Auch insoweit wird die unterschiedliche Zweckperspektive vernachlässigt: § 138 BGB ist kassatorische Rechtsgeschäftskontrolle; gegen den ausbeutenden Realakt kann jene Norm nichts unternehmen. § 826 BGB vermittelte auf diese Weise dem ausgebeuteten Arbeitnehmer einen gesetzlichen Anspruch auf denjenigen sittlich gebotenen Mindestlohn, der sich aus dem Vergleich mit den Marktverhältnissen ergibt, wenn man dem BAG folgt also auf die 2/3 des üblichen Lohns.

Voraussetzung ist aber Vorsatz sowohl hinsichtlich der Tatsachengrundlage für die Sittenwidrigkeitswertung als auch hinsichtlich der konkreten Schädigung²⁹¹. Haftbar ist also nur derjenige Arbeitgeber, der um die konkrete Anstößigkeit seines Leistungsvollzuges positiv weiß und insbesondere die marktübliche Vergütung kennt. Gegebenenfalls ist es Sache des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber die Augen zu öffnen.

IV. Keine nachträgliche Anpassungspflicht

Dauerschuldverhältnisse sind »Entwürfe in eine unbekannte Zukunft«²⁹². Für *beide* Parteien des Arbeitsvertrags folgt hieraus ein spezifisches Bedürfnis nach Vertragsanpassung, wenn der ursprünglich vereinbarte Lohn dem Marktwert der Arbeitsleistung nicht mehr entspricht²⁹³. Insofern liegt das BAG richtig, wenn es ausführt:

288 Schon von *Tuhr*, Allgemeiner Teil II/2, 1918, S. 45.

289 Luzide Staudinger/*Oechsler*, BGB, 2014, § 826 Rn. 433.

290 Schönke/Schröder/*Heine*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 291 Rn. 19; MünchKommStGB/*Pananis*, 2. Aufl. 2006, § 291 Rn. 21; wie hier dagegen Leipziger Kommentar/*Wolff*, 12. Aufl. 2008, § 291 Rn. 52; RG 29. 4. 1926 – 2 D 173/26, JW 1926, 2187.

291 Statt aller Staudinger/*Oechsler*, BGB, 2014, § 826 Rn. 61.

292 *Fastrich*, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 251 (252).

293 *Chr. Picker*, Die betriebliche Übung, 2011, S. 49.

»Bei einem unter Umständen jahrzehntelangen Arbeitsverhältnis kann nicht allein an die Verhältnisse bei Vertragsschluss angeknüpft werden und die weitere Entwicklung unberücksichtigt bleiben.«²⁹⁴

Nur ist der Weg des BAG gleich aus zwei Gründen nicht gangbar: *Erstens* kann ein Rechtsgeschäft nicht sittenwidrig und nichtig werden. Für die Anpassung eines ursprünglich wirksamen Rechtsgeschäfts an veränderte Sitten- oder Faktenverhältnisse genügt die nur negativ wirkende Kassation nicht; vielmehr braucht es einen positiv auf Anpassung des Rechtsgeschäfts oder unmittelbar auf Leistung gerichteten Anspruch. Das geltende Recht kann insofern nur mit der Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB wegen Kaufkraftschwundes dienen oder mit einem deliktischen Anspruch, der auf den ausbeutenden Leistungsaustausch reagiert.

Zweitens ist eine *automatische Anpassung* der Vergütungsabrede durch das vom BAG befürwortete Zusammenspiel von Nichtigkeit und § 612 Abs. 2 BGB als Mechanismus fragwürdig. § 313 Abs. 1 BGB erlegt dem von der Veränderung nachteilig Betroffenen seit der Schuldrechtsreform zu Recht eine Anpassungsdurchsetzungslast auf: Er muss vom Vertragspartner den Änderungsvertrag verlangen und diesen Anspruch gegebenenfalls durchsetzen. Dieses Prinzip der Eigenverantwortung (*tua res agitur*) passt auch im Arbeitsrecht – wie die zu § 16 BetrAVG geronnene Rechtsprechung des BAG zeigt: Der Betriebsrentner hatte danach die Last, den Arbeitgeber zu Vertragsverhandlungen aufzufordern, von ihm eine Anpassungsentscheidung nach § 315 BGB zu verlangen und dies notfalls über die richterliche Ersatzvornahme des § 315 Abs. 3 durchzusetzen. Dass § 16 BetrAVG nun den ersten Schritt (scheinbar) erübrigt, indem er den Arbeitgeber alle drei Jahre zur Anpassungsprüfung verpflichtet, ändert nichts daran, dass der Betriebsrentner dies durchsetzen muss. Ohne gesetzliche Regelung lässt sich eine periodische Anpassungsprüfung nicht aus § 313 BGB ableiten; § 16 BetrAVG ist nicht analogiefähig.

Dem Arbeitgeber kann auch keine permanente Kontrolllast auferlegt werden, derentwegen er sowohl die Entgelte eines jeden Arbeitsvertrags im Betrieb als auch die allgemeine Marktentwicklung der Löhne für jede einzelne in seinem Betrieb verrichtete Tätigkeit zu beobachten hätte²⁹⁵. Dass die Sicherung der Mindestvergütung eine gewisse »Lästigkeit« und Mühe verlangt, ist in der Regelungskonkurrenz zum automatisch wirkenden Tarifvertrag von Bedeutung. Vergleichbar wirkt zwar auch der allgemeine Mindestlohn – aber eben kraft besonderer gesetzlicher Regelung.

Drittens schließlich ist hinsichtlich der Folge zu bedenken: Sobald man Arbeitnehmern – über welche Rechtsgrundlage immer – einen Anspruch auf das aktuell marktübliche Entgelt verschafft, wird insoweit der Tarifvertrag durch staatliche Regelungskonkurrenz entwertet²⁹⁶. Die Gerichte sind nicht als Ersatzgewerkschaft berufen. Gerade wenn und weil ein allgemeiner Mindestlohn den Regelungsspielraum der Tarifvertragsparteien und besonders die Schutzfunktion der Gewerkschaften deutlich schmälert, ist im vom Mindestlohn verschonten Arbeitsmarktsegment Zurückhaltung angezeigt. Un-

294 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 (838) = SAE 2010, 95 mit Anm. Joussem, Rn. 10.

295 So aber LAG Hamburg 17. 4. 2008 – 1 Sa 10/07, juris (Vorinstanz zu BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 = SAE 2010, 95 mit Anm. Joussem).

296 Zu den verfassungsrechtlichen Fragen Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, Grundl. Rn. 163 ff; Henssler, ZfA 1998, 1 ff.

seres Erachtens spricht deshalb viel dafür, dem Arbeitnehmer stets nur die Anpassung auf die gerade noch erträgliche Lohnschwelle zu verschaffen.

F. Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit

I. Meinungsstand

Ist die Lohnabrede nach § 138 Abs. 2 BGB bzw. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, so hat der Arbeitnehmer nach h. M. gem. § 612 Abs. 2 BGB Anspruch auf die übliche Vergütung: § 138 BGB vernichtet nicht den Arbeitsvertrag, sondern nur die Lohnabrede²⁹⁷. Die entstandene Lücke soll § 612 Abs. 2 BGB schließen, so dass anstelle des vereinbarten sittenwidrig niedrigen Entgelts der übliche Lohn tritt. Eine geltungserhaltende Reduktion, wonach der wucherische Arbeitgeber den niedrigst zulässigen Lohn zu gewähren hat, wird überwiegend abgelehnt²⁹⁸.

Einige Stimmen lehnen die Anwendbarkeit des § 612 BGB ab²⁹⁹. Die Fiktion einer Willenserklärung nach § 612 BGB setze voraus, dass die Parteien keine ausdrückliche oder schlüssige Lohnabrede getroffen hätten³⁰⁰. Bei einer sittenwidrigen Lohnabrede hätten sich die Parteien aber gerade auf einen inhaltlich bestimmten, wenn auch unzulässigen Arbeitslohn geeinigt. § 612 Abs. 1 BGB sei nicht einschlägig, da eine Vergütungsabrede nicht fehle. Anderenfalls würde das arbeitsrechtliche Synallagma künstlich aufgespalten. Sei die Lohnzahlungspflicht nicht wirksam vereinbart, so entstehe auch keine Arbeitsverpflichtung³⁰¹. Bei einer klaren, wenn auch sittenwidrigen Vergütungsabrede müsse die Rückabwicklung daher über das Bereicherungsrecht erfolgen. Da die Höhe des Lohns »bestimmt« sei, könne hier auch § 612 Abs. 2 BGB keine Anwendung finden, da dieser nur für solche Abreden gelte, die wirksam begründet und lediglich in der Lohnhöhe unbestimmt sind³⁰².

Eine »geltungserhaltende Reduktion« der vertraglichen Vereinbarung bis zur Grenze dessen, was noch als angemessen anzusehen wäre, wird überwiegend abgelehnt. Ist die Tarifvergütung einschlägig, so kann der Arbeitnehmer den Tariflohn verlangen – aller-

297 BAG 22. 4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837 = SAE 2010, 95 mit Anm. *Joussen*, Rn. 9; 25. 7. 2002 – 6 AZR 311/00, AP Nr. 11 zu § 10 BBiG; 24. 9. 1960 – 5 AZR 3/60, AP Nr. 15 zu § 612 BGB = SAE 1961, 69 mit Anm. *Herschel*; ErfK/*Preis*, 14. Aufl. 2014, § 611 BGB, Rn. 343; Staudinger/*Richardi/Fischinger*, BGB, 2011, § 612 Rn. 35, 37; MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, 6. Aufl. 2012, § 612 BGB, Rn. 32; *Franke*, Lohnwucher, 2003, S. 165 f.

298 ErfK/*Preis*, 14. Aufl. 2014, § 612 BGB, Rn. 4; MünchKommBGB/*Müller-Glöge*, 6. Aufl. 2012, § 612 BGB, Rn. 35; Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 141; *Franke*, Lohnwucher, 2003, S. 166 f.; einschränkend *Henssler/Sittard*, RdA 2007, 159 (162).

299 *Beuthien*, RdA 1969, 161 (166); *Oertmann*, DJZ 1913, Sp. 254, 258; *Sack*, RdA 1975, 171 (178); zuletzt *Yang*, ZJS 2012, 1 (3 ff.).

300 *Beuthien*, RdA 1969, 161 (166).

301 *Beuthien*, RdA 1969, 161 (166).

302 *Beuthien*, RdA 1969, 161 (167). Inkonsequent insofern Staudinger/*Richardi/Fischinger*, BGB, 2011, § 612 Rn. 18 und Rn. 35, die im Fall der unwirksamen Vergütungsabrede zwar nicht § 612 Abs. 1 BGB, wohl aber § 612 Abs. 2 BGB anwenden wollen.

dings nur nach Maßgabe einer etwaigen tariflichen Ausschlussfrist (damit nicht § 612 Abs. 2 BGB zu einer Besserstellung gegenüber den Tarifgebundenen führt)³⁰³. Anders entscheidet das BAG erstaunlicherweise bei Ausschlussfristen für die angemessene Ausbildungsvergütung³⁰⁴ und bei der Entgeltgleichstellung aus § 10 Abs. 4 AÜG (keine wesentliche Arbeitsbedingung)³⁰⁵.

II. Keine Gesamtnichtigkeit

Wäre der Arbeitsvertrag im Fall des Lohnwuchers *insgesamt* nichtig, so könnte dem Arbeitnehmer zwar für die *Vergangenheit* im Rahmen einer bereicherungsrechtlichen Lösung nach §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf den marktüblichen Lohn zugesprochen werden³⁰⁶. Der Arbeitgeber ist richtigerweise nicht um den Wert des *Arbeitsergebnisses*, sondern um den Wert der *Arbeitsleistung* bereichert³⁰⁷. Für die *Zukunft* stünde der Arbeitnehmer indes ohne Arbeitsverhältnis da³⁰⁸. Kein Arbeitnehmer würde in Anbetracht des drohenden Arbeitsplatzverlustes gegen sittenwidrige Lohnabreden vorgehen. Der ausgebeutete Arbeitnehmer erhielte Steine statt Brot. Die Rechtsfolge »Gesamtnichtigkeit« würde so den Arbeitnehmerschutz konterkarieren und den Arbeitgeber, dem bei sittenwidrig niedrigen Lohnabreden regelmäßig allein der Sittenwidrigkeitsvorwurf gemacht werden kann, zweckwidrig privilegieren. Sie wäre zudem »überschießend«, weil sich der Sittenwidrigkeitsvorwurf gerade nicht gegen den *Inhalt* des Arbeitsvertrages (und damit gegen den Arbeitsvertrag insgesamt), sondern allein gegen die *zu niedrige Lohnabrede* richtet.

§ 138 BGB vernichtet daher nur die Lohnabrede und nicht das ganze Rechtsgeschäft. Auch wenn § 138 BGB anders als § 134 BGB keinen expliziten Normzweckvorbehalt kennt, darf die Nichtigkeit nicht über den Schutzzweck der verletzten Sittennorm hinausreichen, diesem jedenfalls nicht zuwiderlaufen³⁰⁹. Zwischen § 134 BGB und § 138 BGB besteht kein qualitativer Unterschied: § 134 BGB regelt die Rechtsfolge bei Verstößen gegen Verbotsnormen, also *geschriebene* Verhaltensnormen, § 138 BGB die Rechtsfolge bei Verstößen gegen Sittennormen und damit *ungeschriebene* Verhaltensnormen³¹⁰. Das Ausbeutungsverbot des § 138 BGB dient keineswegs nur dem Schutz

303 BAG 20. 4. 2011 – 5 AZR 171/10, NZA 2011, 1173 (1175), Rn. 22.

304 BAG 25. 7. 2002 – 6 AZR 311/00, AP Nr. 11 zu § 10 BBiG.

305 BAG 23. 3. 2011 – 5 AZR 7/10, NZA 2011, 850 (851), Rn. 14.

306 *Beuthien*, RdA 1969, 161 (167 ff.); *Yang*, ZJS 2012, 1 (3 ff.).

307 *Beuthien*, RdA 1969, 161 (167 ff.); *Yang*, ZJS 2012, 1 (3 ff.).

308 *Beuthien*, RdA 1969, 161 (167) will diese Konsequenz ziehen: »Mögen die Parteien entscheiden, ob sie den Vertrag unter zulässigen Bedingungen weiterführen wollen.« Ebenso *Yang*, ZJS 2012, 1. Dagegen zutreffend *J. Hager*, JuS 1985, 264 (265).

309 So zutreffend die im Vordringen befindliche Ansicht, die die Sanktion vom Normzweck der verletzten Sittennorm abhängig machen will, vgl. nur *J. Hager*, JuS 1985, 264 ff.; *Sack*, RdA 1975, 171 (176 f.); *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 110 m. w. N.

310 *Sack*, RdA 1975, 171 (176 f.).

der öffentlichen Ordnung³¹¹, sondern gerade dem Schutz des ausgebeuteten Arbeitnehmers. Denn das Arbeitsrecht ist *generell* bemüht, rechtswidrige Arbeitsverträge zum Schutz des Arbeitnehmers aufrechtzuerhalten. Verstöße gegen Arbeitsschutznormen vernichten nicht den Arbeitsvertrag nach § 134 BGB, sondern bewirken nur ein Beschäftigungsverbot³¹². Aus dem gleichen Grund greift die Vermutungsregel des § 139 BGB im Arbeitsvertragsrecht regelmäßig nicht; Teilnichtigkeit ist die Regel³¹³.

III. Geltungserhaltende Reduktion oder übliche Vergütung?

Entscheidend ist aber die Frage nach der ersatzweisen Vergütungshöhe: Tritt an die Stelle der sittenwidrigen Vergütung die »übliche« Vergütung i. S. v. § 612 Abs. 2 BGB (so die h. M.), oder ist die sittenwidrige Lohnabrede dahingehend geltungserhaltend zu »reduzieren« genauer: zu korrigieren, dass der »wuchernde« Arbeitgeber nunmehr den niedrigsten noch sittengemäßen Lohn schuldet³¹⁴? Eben im letzteren Sinne verfährt der BGH beim Mietwucher: die Miete wird auf das höchstzulässige Maß beschränkt und nicht auf die ortsübliche Vergleichsmiete zurückgeführt³¹⁵.

Die Gegenauffassung, die dem Arbeitnehmer die übliche und damit auch eine übliche Tarifvergütung zusprechen will, muss zuerst den Charakter von § 612 Abs. 2 BGB modifizieren. Die Norm ist keine Arbeitnehmerschutzregel, sondern dienstvertraglich einzustufen – wie ihr Funktionsnachbar für den Werkvertrag, § 632 Abs. 2 BGB. Beide wollen nur den Dissens vermeiden und keine gesetzliche Regelvergütung schaffen. Sie vermuten einen übereinstimmenden und hilfsweisen Parteiwillen. Eben dies ist der Unterschied zwischen auslegendem und dispositivem Recht: Das auslegende Recht will den wahren Willen der Parteien erkunden; das dispositive Recht formuliert den Willen des Gesetzgebers, den die Parteien beiseiteschieben können, aber auch müssen (Abbedingungslast). Die Auslegungsregel vermutet einen Willen, enthebt den Richter aber nicht der Mühe, nach einer anderen Willensrichtung zu forschen³¹⁶. Dementsprechend greift § 632 Abs. 2 BGB nicht, wenn die Parteien sich bei unterschiedlichen Preisvorstellungen nicht haben einigen können³¹⁷. Und auch § 612 Abs. 2 BGB ist nur Auslegungsregel und definiert kein dispositives Regelentgelt. Den Arbeitgeber trifft keine Abbedingungslast.

311 So aber *Yang*, ZJS 2012, 1 (5).

312 Vgl. nur *Reichold*, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2008, Rn. 41 f.

313 Vgl. nur *ErfK/Preis*, 14. Aufl. 2014, § 611 BGB, Rn. 342.

314 So *Sack*, RdA 1975, 171 (178); *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1758.

315 BGH 11. 1. 1984 – VIII ZR 237/82, BGHZ 89, 316 (320 f.). A. A. *Canaris*, in: Festschrift Steindorff, 1990, S. 519 (529 f.); *Staudinger/Sack/Fischinger*, BGB, 2011, § 138 Rn. 139: ortsüblicher Mietzins.

316 Sehr klar schon *von Tuhr*, *Allgemeiner Teil* II/1, 1914, 186 f.; *Larenz*, NJW 1963, 737 ff.

317 OLG Düsseldorf 14. 1. 2011 – 22 U 198/07, NJW 2011, 1081 (1082); *Staudinger/Jacoby*, BGB, 2013 § 632 Rn. 47; *MünchKommBGB/Busche*, 6. Aufl. 2012, § 632 Rn. 19.

Mithin kann § 612 Abs. 2 BGB an sich nicht als »heteronome Eingriffsnorm« genutzt werden, um dem bewucherten Arbeitnehmer ein Schutzentgelt zu verschaffen. Zu § 612 Abs. 2 BGB und damit der üblichen Vergütung kann man nur auf zwei Wegen gelangen:

– Entweder versteigt sich die Rechtsprechung zu einer richterrechtlichen Verschärfung dieser dienstvertraglichen Vorschrift – nur für Arbeitnehmer, um der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG (Untermaßverbot) Rechnung zu tragen. Dann wäre die Norm im Arbeitsrecht dispositive Regelvergütung, so dass der wucherischen Entgeltabrede das Abbedingen misslingt.

– Oder man sieht als Rechtsfolge des § 138 BGB nicht bloß die Entgeltabrede als Rechtsgeschäftselement vernichtet, sondern auch jeden sittenwidrigen Entgeltwillen im Vorfeld. Dann und nur dann ließe sich vom tatsächlichen Fehlen einer Vergütungsvereinbarung sprechen.

Bei der Abwägung, welchen Weg man gehen soll, spielen insgesamt *vier Aspekte* eine Rolle:

– Dem Respekt vor der Privatautonomie entspricht es, Rechtsgeschäfte immer nur so weit zu korrigieren, als das zur Meidung von Gesetzeswidrigkeiten erforderlich ist. Dem Arbeitnehmer mehr zuzugestehen, als den untersten, eben nicht wucherischen Lohn (also 66 % mit Ausbeutungsvorsatz oder 50 % beim wucherähnlichen Geschäft, oben D.III.), bedeutet für den Arbeitgeber überschießende »Sanktion« und für den Arbeitnehmer ungerechtfertigten Vorteil – eben weil und solange § 612 Abs. 2 BGB kein dispositives Regelentgelt hergibt.

– Hinzu kommt aber der im AGB-Recht entwickelte allgemeine verhaltenspsychologische Gedanke, man solle es dem Wucherer nicht so leicht machen, der ja dann stets auf richterliche Rettung im eben noch zulässigen Ausbeutungsmaß hoffen dürfe. Gegen jede geltungserhaltende »Reduktion« spricht das generalpräventive Ziel des § 138 BGB »im Volksleben den Sinn für gute Sitten und für die Interessen der öffentlichen Ordnung zu stärken«³¹⁸. Das aber setzt dann stets das erforderliche subjektive Moment voraus und trifft denjenigen Arbeitgeber, der nicht schutzwürdig ist.

– Wenn man wie hier § 138 BGB nur auf die im Rechtsgeschäftsmoment (aber auch: bei späterer Änderung) festzustellende »anfängliche« Sittenwidrigkeit anwendet, ist auf Kohärenz zu den bei nachträglicher Ausbeutung greifenden Korrekturmechanismen zu achten: Sowohl § 313 Abs. 1 BGB (oben E.III.2.) und erst recht § 826 BGB (E.III.3.) können dem Arbeitnehmer nicht zu einem mittleren marktüblichen Entgelt verhelfen.

– Schließlich und vor allem ist auf den systematischen Abstand gegenüber Tarifentgelten zu achten. Die staatliche Rechtsordnung sollte sich hüten, Arbeitnehmern von Rechts wegen dasjenige zu verschaffen, wofür sie sich nach dem Leitbild von Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie in der Gewerkschaft organisieren müssen. Das gilt um so mehr, als der Mindestlohn die Gewerkschaftsmitgliedschaft im unteren Arbeitsmarktsegment deutlich unattraktiver gemacht hat.

318 Mot. II S. 849 f. (zu § 817 BGB).

G. Zusammenfassung

1. Das »auffällige Missverhältnis« zwischen Leistung und Gegenleistung ist Tatbestandsmerkmal nicht nur des Wuchertatbestands (§ 138 Abs. 2 BGB), sondern auch des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts (§ 138 Abs. 1 BGB). Maßgebendes Referenzentgelt ist notwendig und stets das *marktübliche* Entgelt für die konkrete Tätigkeit. Denn § 138 BGB will vertragliche Austauschgerechtigkeit und nicht sozialrechtliche Bedarfsgerechtigkeit gewährleisten. Der »Hungerlohn« ist somit nicht automatisch ein »Wucherlohn«. Eine absolute Lohnuntergrenze lässt sich weder aus dem verfassungsrechtlichen Existenzgewährleistungsanspruch des Art. 1 Abs. 1 GG noch aus völkerrechtlichen (Art. 4 Abs. 1 ESC) oder europarechtlichen Normen (Art. 31 EU-GrCharta) in § 138 BGB »hineinprojizieren«.
2. Die Lohnwucherkontrolle kann deshalb nur auf die Korrektur von Marktausreißern zielen, niemals aber auf die Korrektur des Arbeitsmarktes selbst. Unterbietungswettbewerb (»Lohndumping«) lässt sich über § 138 BGB nicht verhindern, sondern allenfalls begrenzen. Einen »Mindestpreis für abhängige Arbeit« darf nur der Gesetzgeber bestimmen – durch den künftigen gesetzlichen Mindestlohn. Dieser erübrigt die Lohnwucherkontrolle umgekehrt nicht: weil ein *absoluter* staatlicher Mindestpreis nicht zugleich von einer *relativen* Mindestpreiskontrolle entbindet. Oberhalb eines gesetzlichen Mindestlohns bleibt daher Vertragsunrecht möglich.
3. Das maßgebliche Referenzentgelt bestimmt sich nach dem marktüblichen Entgelt. Tarifentgelten kommt keine legitimationslose Quasi-Tarifgeltung zu: Minderheiten-Tarifverträge können niemals das »übliche« Lohnniveau definieren – weil eine solch »kalte« Allgemeinverbindlicherklärung legitimationslose Herrschaft der organisierten Minderheit über die tariffreie Mehrheit bedeuten würde. Auch »repräsentative« Tarifentgelte entfalten über § 138 BGB keine Rechtsnormwirkung auf nicht tarifgebundene Arbeitsverhältnisse. Sie können allerdings als tatsächlicher Anknüpfungspunkt für das marktübliche Entgelt dienen – wenn sie die Marktlöhne im einschlägigen Wirtschaftszweig über das Geltungsmaß von 50 % hinaus »prägen«.
4. Das vereinbarte Arbeitsentgelt ist am Marktpreis des jeweiligen Arbeitsmarkts zu spiegeln und so auf seine »Marktausreißerqualität« zu überprüfen. Hierfür muss der Arbeitnehmer einem relevanten Vergleichsarbeitsmarkt zugeordnet werden. Dieser Vergleichsarbeitsmarkt muss räumlich und fachlich definiert werden. Dem Geltungsbereich des Tarifvertrages entspricht er nicht – da die Tarifparteien keine Arbeitsmarkt-Definitionsmacht für Tariffreie haben. Vielmehr ist – übereinstimmend mit der neueren Rechtsprechung des BAG – ein eigenständiges »Marktvergleichskonzept« zu entwickeln: Der relevante *Wirtschaftszweig* bestimmt sich nach der aktuellen statistischen Klassifikation der Wirtschaftszweige aus dem Jahr 2008. Freilich können die im Wirtschaftszweig gezahlten Vergütungen nur als Wertmaßstab für branchenspezifische Arbeitsleistungen herangezogen werden – weil es keinen Sonderarbeitsmarkt für branchenfremde Tätigkeiten innerhalb einer Branche gibt. Die »Branchenlösung«, wonach ein Mischbetrieb als Einheit einem Tarifvertrag fachlich *insgesamt* zugeordnet wird, lässt sich somit nicht auf tariflose Betriebe übertragen. Maßgebliches *Wirtschaftsgebiet* ist das jeweilige Bundesland – sofern das Lohnniveau am Beschäftigungsort nicht durch einen eigenen örtlichen oder bundeslandübergreifenden Arbeitsmarkt geprägt wird.

5. In dem so ermittelten Arbeitsmarktsegment muss der Tarifvertrag *üblich* sein, damit seine Entgelte die Verkehrsauffassung prägen können. Nur wenn positiv feststeht, dass der Tariflohn üblicherweise bezahlt wird, darf ihn das Arbeitsgericht als Vergleichsmaßstab heranziehen. Beweisbelastet ist insofern der Arbeitnehmer, der sich auf einen Entgelttarifvertrag als Vergleichsmaßstab für die übliche Vergütung beruft. Da die üblicherweise gezahlte Vergütung bei der Lohnwucherkontrolle als Vergleichsmaßstab nur Tatbestandsmerkmal des § 138 BGB und keine Rechtsnorm ist, darf sie von den Arbeitsgerichten nicht von Amts wegen ermittelt werden. Die an das Repräsentativitätskriterium des § 5 TVG angelehnten »*Beweisregeln*« des BAG sind als bloße »Faustformeln« zu verstehen. Auch ein Geltungsmaß von 50 % ist letztlich zu gering, um von einer verkehrüblichen Vergütung sprechen zu können. Repräsentative Tarifverträge können die Tarifüblichkeit daher lediglich (widerleglich) indizieren.

6. Die Festlegung eines »dynamischen richterlichen Mindestlohns«, wonach bei einem Unterschreiten eines *Grenzwerts* von zwei Dritteln des üblichen Lohns *stets* von einem sittenwidrig niedrigen Lohn auszugehen ist, wäre unzulässig. Denn das Aufstellen einer solch abstrakt-generellen Regel ist dem Gesetzgeber vorbehalten. Jedoch sperrt § 138 BGB nicht jede richterliche Faustregel, sondern nur die harte Grenze. Weiche Generalklauseln darf der Richter durch konkretisierende Richtwerte praktikabel und vorhersehbar machen – sofern dies systemkonform erfolgt. Danach ist der Grenzwert von zwei Dritteln des marktüblichen Lohns als Richtwert zu billigen; stets sind dabei aber weitere objektive Umstände im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu würdigen.

7. Entgegen dem allgemeinen Trend zur »Entsubjektivierung« der Sittenwidrigkeitskontrolle muss der Arbeitgeber auch beim wucherähnlichen Geschäft (§ 138 Abs. 1 BGB) Kenntnis vom auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung haben. Anderenfalls würde die *laesio enormis* ins BGB eingeführt. Bei einem besonders groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung kann freilich widerleglich vermutet werden, dass der Arbeitgeber vom Missverhältnis Kenntnis hatte. Ein solch besonders grobes Missverhältnis setzt voraus, dass der übliche Vergleichslohn um mehr als die Hälfte unterschritten wird.

8. § 138 Abs. 1 BGB darf nicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu einem Lohnwuchertatbestand »light« ausgebaut werden, der in objektiver Hinsicht wie § 138 Abs. 2 BGB nur ein auffälliges Missverhältnis verlangt, aber an den subjektiven Tatbestand keine oder zumindest geringere Anforderungen als § 138 Abs. 2 BGB stellt. Vielmehr muss der bei § 138 Abs. 1 BGB fehlende Ausbeutungsvorsatz durch *zusätzliche* Tatbestandsvoraussetzungen ausgeglichen werden – so dass sich die beiden Tatbestände des § 138 BGB inhaltlich voneinander unterscheiden.

9. § 138 BGB ist kassatorische Rechtsgeschäftskontrolle und deshalb notwendig auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogen. Der spätere Leistungszeitpunkt ist gleichgültig. Entgegen BAG und h. M. können »überalterte Lohnabreden« infolge unterbliebener Anpassung an die marktübliche Entgeltentwicklung daher nicht nachträglich sittenwidrig werden. Der Arbeitnehmer benötigt hier vielmehr einen positiv auf Anpassung des Rechtsgeschäfts oder unmittelbar auf Leistung gerichteten Anspruch. Das geltende Recht hilft ihm insofern nur mit der Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB wegen

Kaufkraftschwundes oder mit einem deliktischen Anspruch aus § 826 BGB, der auf den ausbeutenden Leistungsaustausch reagiert.

10. § 138 BGB vernichtet nicht den Arbeitsvertrag insgesamt, sondern nur die sittenwidrig niedrige Lohnabrede. An die Stelle der nichtigen Lohnabrede tritt grundsätzlich nach § 612 Abs. 2 BGB ein Anspruch des Arbeitnehmers auf die übliche Vergütung. Eine geltungserhaltende Reduktion, wonach der wucherische Arbeitgeber den niedrigsten noch zulässigen Lohn zu gewähren hat, ist aus generalpräventiven Erwägungen abzulehnen, wenn und weil der Arbeitgeber Kenntnis von der Sittenwidrigkeit der Lohnabrede hatte.

11. Dies alles zeigt: Die Lohnwucherkontrolle über die zivilrechtlichen Generalklauseln unterliegt systemimmanenten Grenzen und – daraus resultierend – zahlreichen rechtspraktischen Schwierigkeiten. Mit ihr können nur evidente Missbrauchsfälle korrigiert werden. Strukturelle Fehlentwicklungen auf dem Arbeitsmarkt, insbesondere im Niedriglohnsektor, wird nur der parlamentarische Gesetzgeber mit Hilfe eines bundesweit einheitlichen Mindestlohns lösen können. Um den Beweisschwierigkeiten des beweisschwachen Arbeitnehmers sowie der Rechtsunsicherheit des Arbeitgebers bei der Lohnfindung begegnen zu können und die Lohnwucherkontrolle praktisch durchführbar zu gestalten, ist rechtspolitisch ein dem Mietspiegel vergleichbarer amtlicher »Lohnspiegel« zu fordern. Die amtliche Lohnstatistik müsste hierfür nach unterschiedlichen Tätigkeiten in unterschiedlichen Wirtschaftszweigen und -gebieten ausdifferenziert werden.