

Rechtsschutz gegen Mindestlöhne*

Von Dr. Clemens Latzel und Stephan Serr, ZAAR München

	Seite		Seite
I. Ausgangslage	392		
II. Klagen von Arbeitgebern im Verwaltungsrechtsweg	393		
1. Entscheidungen der Gerichte	393		
a) VG Berlin			
b) OVG Berlin-Brandenburg			
c) BVerwG			
2. Stellungnahme	397		
a) Ermittlung des Rechtsschutzzieles			
b) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs			
(1) Rechtswegeröffnung nach allgemeinen Regeln			
(2) Rechtswegeröffnung für Normkontrollklagen			
(a) Vorab: Normerlass- und Normkontrollkonstellationen			
(b) Normkontrolle nach § 47 VwGO			
(c) Normkontrolle nach § 43 VwGO			
(3) Rechtswegeröffnung für Normkontrollklagen gegen Mindestlohnverordnungen			
(a) Keine verwaltungsgewichtlichen Anwendungsstreitigkeiten			
(b) Repressive Privatrechtsgestaltung			
(c) Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG			
(d) Keine »Eilzuständigkeit« der Verwaltungsgerichte			
(4) Ergebnis: Kein Verwaltungsrechtsweg gegen Mindestlohnverordnungen			
		c) Zulässigkeit der Feststellungsklage	
		(1) Statthaftigkeit	
		(a) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis	
		(b) Kein Bedürfnis nach einer Feststellungsklage gegen den Normgeber	
		(c) Subsidiarität der Feststellungsklage	
		(2) Feststellungsinteresse und Klagebefugnis	
		3. Zwischenergebnis	418
		III. Klagen von Arbeitgeberverbänden im Verwaltungsrechtsweg	419
		1. Entscheidungen der Gerichte	419
		a) VG Berlin	
		b) OVG Berlin-Brandenburg	
		c) BVerwG	
		2. Stellungnahme	421
		a) Ermittlung des Rechtsschutzzieles	
		b) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	
		c) Zulässigkeit der Feststellungsklage	
		(1) Statthaftigkeit	
		(a) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis	
		(b) Subsidiarität der Feststellungsklage	
		(2) Feststellungsinteresse und Klagebefugnis	
		3. Zwischenergebnis	424
		IV. Klagen von Gewerkschaften im Verwaltungsrechtsweg	424
		V. Rechtsschutzmöglichkeiten in anderen Rechtswegen	425
		1. Inzidentkontrolle in Anwendungsstreitigkeiten	425

* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der LMU München.

Seite	Seite
a) Inzidentkontrolle durch die Arbeitsgerichte	d) Inzidentkontrolle durch die ordentlichen Gerichte
b) Inzidentkontrolle durch die Sozialgerichte	2. Isolierte Normkontrolle
c) Inzidentkontrolle durch die Finanzgerichte	a) Normkontrolle durch die Arbeitsgerichte
(1) Rechtsschutz gegen Prüfungsanordnungen im Allgemeinen	(1) Rechtswegeröffnung nach Anwendungstreitigkeiten
(2) Rechtsschutz gegen Prüfungsanordnungen zum Zwecke der Inzidentkontrolle	(2) Zuständigkeit der Arbeitsgerichte
(3) Vorbeugender Rechtsschutz	(a) Zusammenhangsklage
(a) Vorbeugende Unterlassungsklage gegen Prüfungsanordnungen	(b) Beschlussverfahren
(b) Vorbeugende Feststellungsklage gegen Melde- und Protokollierungspflichten	b) Normkontrolle durch das BVerfG
	3. Grundrechtsschutz durch Verfahren
	437
	VI. Mindestlöhne nach § 4 Abs. 3 MiArbG und § 11 Abs. 1 AEntG
	438
	VII. Mindestlöhne nach § 5 TVG
	438
	VIII. Zusammenfassung
	440

Mindestlöhne beschäftigen längst nicht mehr nur die Politik, sondern sind auch vor den Gerichten angekommen. Am Beispiel der vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) für den Briefdienstleistungssektor erlassenen Mindestlohnverordnung (BriefArbbV)¹ hatte nun das BVerwG Gelegenheit, über den Rechtsschutz gegen Mindestlöhne zu entscheiden². Anhand dieses Urteils und der Entscheidungen der Vorinstanzen sollen die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen staatliche Mindestlöhne aus Sicht von Arbeitgebern, Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften untersucht werden. Der Schwerpunkt wird auf Mindestlöhne nach § 7 Abs. 1 AEntG gelegt.

I. Ausgangslage

Nach § 1 Abs. 3a AEntG a. F. (§ 7 Abs. 1 AEntG n. F.)³ wird das BMAS ermächtigt, auf gemeinsamen Antrag der Parteien eines Tarifvertrages, der die Voraussetzungen der §§ 3 ff. AEntG erfüllt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die Rechtsnormen dieses Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch auf alle bislang nicht an diesen Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung finden.

Am 28. 12. 2007 erließ das BMAS die BriefArbbV, welche den zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di geschlossenen bundesweiten Tarifvertrag vom 29. 11. 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen zur Mindestar-

1 Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen, BAnz. Nr. 242 vom 29. 12. 2007, S. 8410.

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

3 Im Folgenden wird das AEntG in seiner neuen Fassung vom 20. 4. 2009 zitiert.

beitsbedingung erhob. Dagegen wandten sich klageweise diverse Arbeitgeber⁴ und der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste (BdKEP) als Arbeitgeberverband an das VG Berlin. Der BdKEP hatte mit der Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste (GNBZ)⁵ am 12. 12. 2007 einen ebenfalls bundesweit Geltung beanspruchenden Tarifvertrag geschlossen, der mit dem durch die BriefArbbV allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag konkurrierte, aber ungünstigere Arbeitsbedingungen vorsah und deshalb verdrängt zu werden drohte⁶. Die klagenden Arbeitgeber waren Mitglieder im Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste (AGV NBZ)⁷ und bislang an einen mit der GNBZ geschlossenen Tarifvertrag gebunden⁸. Sie sollten nun der »teureren« Brief-ArbbV unterfallen. Die Kläger beantragten im Hauptsacheverfahren⁹ festzustellen, dass die BriefArbbV sie in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt¹⁰. Die Klagen waren in erster und dritter Instanz erfolgreich, vor dem OVG Berlin-Brandenburg hatte nur die Klage des Arbeitgeberverbandes Erfolg.

II. Klagen von Arbeitgebern im Verwaltungsrechtsweg

1. Entscheidungen der Gerichte

a) VG Berlin

Das VG Berlin erachtet die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO für Arbeitgeber als statthaften Rechtsbehelf gegen Rechtsverordnungen nach dem AEntG. Es leitet ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis daraus her, dass die Mindestlohnverordnung hoheitlich auf privatrechtliche Vereinbarungen in Gestalt der überlagerten Tarifverträge einwirke und damit eine rechtliche Beziehung zwischen dem Ordnungsgeber (Bund) und den an die überlagerten Verträge gebundenen Arbeitgeber begründe¹¹.

4 PIN Group AG als Muttergesellschaft verschiedener Briefdienstleistungsunternehmen (Klagerücknahme in erster Instanz), TNT Post Regioservice GmbH und Ridas Sicherheits- und Handelsgesellschaft mbH aus der TNT Gruppe.

5 Gegründet am 8. 10. 2007; Tarifunfähigkeit rechtskräftig festgestellt durch Beschluss des LAG Köln vom 20. 5. 2009 – 9 TaBV 105/08, AuR 2009, 316; vgl. BAG, Pressemitteilung Nr. 28/10 vom 15. 4. 2010.

6 Dies folgt aus der normhierarchischen Überordnung der einseitig zwingenden Rechtsverordnung gegenüber Unterbietungstarifverträgen mit demselben Geltungsbereich, vgl. *Giesen*, ZfA 2008, 355 (364 f.); *Klebeck/Weninger*, SAE 2009, 162 f.

7 Gegründet am 11. 9. 2007.

8 Tarifvertrag zwischen GNBZ und AGV NBZ vom 11. 12. 2007.

9 Der BdKEP beantragte bereits im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO), dass die BriefArbbV einstweilen nicht auf seine Mitglieder anzuwenden ist; abgelehnt vom VG Berlin durch Beschluss vom 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris. Auch die Verfassungsbeschwerde des BdKEP gegen das AEntG n. F. hatte keinen Erfolg, BVerfG (Kammer), Nichtannahmebeschluss 10. 6. 2009 – 1 BvR 1196/09, juris.

10 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (484).

11 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (485).

»Der Ordnungsgeber verlangt von ihnen die Befolgung der Norm. Sie sind auch ihm (und nicht nur ihren Arbeitnehmern) gegenüber zur Normbefolgung verpflichtet.«¹²

Das berechtigte Interesse an der alsbaldigen Feststellung (§ 43 Abs. 1 Halbsatz 2 VwGO) folge daraus, »dass jemand, der monatlich Lohn zu zahlen hat, bald wissen will, wie viel er zu zahlen hat«¹³. Auch die Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO stehe einer Feststellungsklage der Arbeitgeber nicht entgegen, »[denn] dazu müssten die Kläger ihre Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage (vor dem Verwaltungsgericht) verfolgen können«. Diese Möglichkeit bestehe aber nicht, weil nach § 16 AEntG die Zollbehörden für die Prüfung der Einhaltung der Pflichten der Arbeitgeber zuständig seien, gegen deren Handeln nicht der Verwaltungsrechtsweg, sondern der Rechtsweg zu den Finanzgerichten eröffnet sei (§ 17 Satz 1 AEntG i. V. m. § 23 SchwarzArbG).

»Die bloße Möglichkeit, die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Verordnung auch in einem anderen Gerichtszweig aufzuwerfen, hindert die Feststellungsklage wegen der Gleichwertigkeit der Gerichtszweige nicht. Einen [. . .] ungeschriebenen Subsidiaritätsgrundsatz [. . .] gibt es zwischen der Verwaltungsgerichtsbarkeit und anderen Gerichtsbarkeiten nicht. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG, der eine Auffangzuständigkeit des ordentlichen Rechtswegs begründet, ist an dieser Stelle unergiebig.«¹⁴

Im Gegenteil: Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gebiete es, bei der Auslegung der Prozessordnungsvorschriften dem Verständnis den Vorzug zu geben, welches eine Klärung des streitigen Rechtsverhältnisses in angemessener Zeit besser ermöglicht.

»Nach Lage der Dinge ist dem Gericht die für eine Entscheidung zur Verfügung stehende ›angemessene Zeit‹ zu knapp bemessen erschienen, um die Kläger auf die weitere Suche nach einem Rechtsschutzweg zu verweisen.«¹⁵

Abschließend beruft sich das VG Berlin auf den grundlegenden Beschluss des BVerfG vom 17. 1. 2006 zum fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen. Danach müssen Personen, die von einem untergesetzlichen Rechtsakt betroffen sind, der keines Umsetzungsaktes bedarf, *Feststellungsklage* gegen den Normgeber erheben können, wenn eine Inzidentkontrolle des Rechtssatzes in Verfahren gegen seine Anwendung nicht möglich ist oder allein nicht zur Beseitigung der Grundrechtsverletzung führt¹⁶. Das VG Berlin meint, dies gelte auch für Klagen gegen Mindestlohnverordnungen¹⁷.

b) OVG Berlin-Brandenburg

Das OVG Berlin-Brandenburg lehnt ein konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen dem Bund als Ordnungsgeber und den betroffenen Arbeitgebern ab. Obwohl die Arbeitgeber durch die BriefArbbV *unmittelbar verpflichtet* würden, ihren Arbeitnehmern entsprechende Mindestlöhne zu zahlen, ziele ihr Klagebegehren gegenüber dem Bund als exekutiven Normgeber nur auf die abstrakte Feststellung, dass die Brief-

12 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (485).

13 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (485).

14 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (485 f.).

15 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (486).

16 BVerfG 17. 1. 2006 – 1 BvR 541/02 u. a., NVwZ 2006, 922 (923).

17 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (486).

ArbbV eine solche Verpflichtung nicht zu begründen vermöge¹⁸. In dieser Beziehung liege jedoch *kein konkretes Rechtsverhältnis*, denn der Normgeber sei nicht an der Umsetzung der Norm gegenüber den Adressaten beteiligt¹⁹. Vielmehr erschöpfe sich die Beziehung der Arbeitgeber zum Bund darin, dass letzterer rechtsetzend tätig geworden sei und dies für die Arbeitgeber Pflichten begründe. Diese bestünden aber nicht gegenüber dem Bund, sondern gegenüber ihren Arbeitnehmern.

Das OVG erachtet eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zur abstrakten Klärung der Bindung eines Arbeitgebers an eine Mindestlohnverordnung für unzulässig und verweist die Arbeitgeber auf *inzidente Prüfungsmöglichkeiten vor den Arbeitsgerichten*²⁰. Innerhalb des konkreten Arbeitsverhältnisses könne die Wirksamkeit von Mindestlohnverordnungen zwischen den unmittelbar betroffenen Rechtssubjekten verbindlich entschieden werden, ohne dass es der Hilfskonstruktion eines ausnahmsweise anzuerkennenden Rechtsverhältnisses zwischen Normadressat und Normgeber bedürfe. Auch »Erwägungen der Prozessökonomie oder der höheren Effektivität einer zentralen Klage« könnten den Vorrang einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage nicht begründen²¹.

Obiter führt das OVG aus, dass die Möglichkeit der Inzidentprüfung im arbeitsgerichtlichen Verfahren auch die – entgegen der Ansicht des VG Berlin – rechtswegübergreifend anzuwendende *Subsidiaritätssperre* nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO auslöse, um unnötige Feststellungsklagen zu vermeiden²².

c) BVerwG

Nach Ansicht des BVerwG sind die Klagen der Arbeitgeber zulässig, weil sie nicht auf die Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Norm, sondern auf *subjektive Rechtspositionen* der Arbeitgeber gerichtet sind, um »Einschränkungen der tarifautonomen Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen ihrer Beschäftigten auf der Grundlage des [AEntG] abzuwehren«²³. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ergebe sich aus der Anwendung der Ermächtigungsgrundlage (§ 7 Abs. 1 AEntG) und den Grundrechten der Arbeitgeber aus Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 GG. Streitig sei,

»ob der zuständige Minister [...] formell- und materiellrechtlich gegenüber den [Arbeitgebern] befugt war, auf der Grundlage des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 AEntG] die streitige Rechtsverordnung zu erlassen, und ob die [Arbeitgeber] nach wie vor berechtigt sind, ihre Arbeitnehmer zu niedrigeren Löhnen zu beschäftigen«²⁴.

18 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 mit Anm. Klebeck/Weninger (Rn. 31).

19 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 32).

20 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 34); noch offen gelassen in OVG Berlin 10. 3. 2004 – 1 B 2.02, AuR 2004, 351.

21 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 35).

22 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 37) m. w. N.

23 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 25).

24 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 26).

Zwar bestehe die Mindestlohnzahlungspflicht für Arbeitgeber nur gegenüber ihren Arbeitnehmern, doch schließe dies ein parallel bestehendes Rechtsverhältnis zum Verordnungsgeber nicht aus.

Auch ohne Vorliegen einer Normerlasskonstellation, sei ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen Normadressat und Normgeber anzuerkennen, weil

»mangels administrativen Vollzugs kein konkretes Rechtsverhältnis zwischen Normanwender und Normadressat begründet [ist], die Rechtsbeeinträchtigung bereits unmittelbar durch die Norm bewirkt wird und effektiver Rechtsschutz nur im Rechtsverhältnis zwischen Normgeber und Normadressat gewährleistet werden kann«²⁵.

Es reiche zwar nicht schon aus, dass eine Norm »self-executing« sei²⁶.

»Eine Feststellungsklage gegen den Normgeber kommt [aber] dann in Betracht, wenn die Rechtsverordnung unmittelbar Rechte und Pflichten der Betroffenen begründet, ohne dass eine Konkretisierung oder Individualisierung durch Verwaltungsvollzug vorgesehen oder möglich ist.«²⁷

Dies sei bei Mindestlohnverordnungen der Fall: Die Erstreckung des Anwendungsbereichs tarifvertraglicher Regelungen durch Rechtsverordnungen nach § 7 Abs. 1 AEntG entfalte unmittelbare Gestaltungswirkung sowohl auf Arbeitsverhältnisse ohne Tarifbindung als auch auf solche mit anderweitiger Tarifbindung²⁸. Das AEntG sehe keine Umsetzungs- oder Vollzugsakte vor, sondern beschränke sich darauf, Verstöße zu Ordnungswidrigkeiten zu erklären. Deren Verfolgung sei jedoch nicht geeignet, zwischen den Arbeitgebern und der beklagten Bundesrepublik ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zu begründen:

»Ein solches Rechtsverhältnis besteht ausschließlich zur Beklagten als Normgeberin, die die Pflichtenregelung durch die Bekanntgabe im Bundesanzeiger ausgelöst hat und die sie wieder aufheben könnte.«²⁹

Deshalb bestehe auch kein Widerspruch zu dem früheren Urteil des *Siebenten Senats*, der (außer in *Normerlasskonstellationen*) im Regelfall gerade kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zum Normgeber anerkennen wollte³⁰. Dieses *obiter dictum* schließe die Annahme eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses zum Normgeber in *Normkontrollkonstellationen* nicht generell aus, sondern erkläre sich vielmehr daraus, dass der *Siebente Senat* davon ausgegangen ist, dass im Vollzugsverhältnis die Rechtmäßigkeit einer Norm regelmäßig inzident geprüft werden könne. Über Normen ohne ein solches Vollzugsverhältnis sei damit nicht entschieden worden³¹.

Das Rechtsverhältnis sei zwischen den Parteien streitig, weil der Normgeber die Beachtung der unmittelbaren Gestaltungswirkung von den Arbeitgebern einfordere³². Die

25 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 28).

26 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 29).

27 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 30).

28 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 31).

29 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 34).

30 BVerwG 23. 8. 2007 – 7 C 13/06, NVwZ 2007, 1311 (Rn. 22 ff.).

31 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 35).

32 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 36).

Arbeitgeber hätten auch ein berechtigtes Feststellungsinteresse unabhängig von den ihnen drohenden Bußgeldern, weil sie möglichst frühzeitig wissen wollten, ob sie zur Zahlung des festgesetzten Mindestlohns verpflichtet seien. Die Feststellungsklage sei auch nicht gegenüber anderen verwaltungs-, arbeits- oder finanzgerichtlichen Klärungsmöglichkeiten subsidiär, weil § 43 Abs. 2 VwGO unnötige Feststellungsklagen nur vermeiden wolle, wenn eine »sachnähere und wirksamere« Klageart zur Verfügung stehe³³.

2. Stellungnahme

a) Ermittlung des Rechtsschutzzieles

Die klagenden Arbeitgeber wenden sich dagegen, dass sie durch Handeln des Staates dazu gezwungen werden, ihren Arbeitnehmern Arbeitsbedingungen zu gewähren, die sie privat- oder tarifautonom nicht vereinbart haben. Konkret greifen sie die Rechtsverordnung an, welche den (teureren) Tarifvertrag zwischen Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di zur auch sie bindenden Mindestarbeitsbedingung erhebt.

Die Arbeitgeber bringen vor, durch erhöhte Lohnzahlungspflichten in ihrem Geschäftsmodell und ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet zu werden³⁴. Ihnen geht es mithin darum, die von der BriefArbbV ausgehenden Wirkungen jedenfalls insoweit zu beseitigen, als für sie zwingende, tariffeste Mindestvorgaben für die Ausgestaltung ihrer Arbeitsverhältnisse gesetzt werden. Dies zielt auf eine *Beseitigung der Rechtsverordnung*.

b) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Über die Eröffnung des Rechtswegs entscheidet das erstinstanzlich angerufene Gericht von Amts wegen. Die Kläger haben hier das VG Berlin angerufen und damit den Verwaltungsrechtsweg beschritten. Das VG hat sich für zuständig erklärt:

»Die Rechtswegeröffnung ist zwischen den Beteiligten zu Recht nicht fraglich, da hier der hoheitliche Akt der Normsetzung in Streit steht.«³⁵

Die Rechtsmittelgerichte haben sich dieser Frage nicht mehr gewidmet, da sie gem. § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 17a Abs. 5 GVG insoweit an die Entscheidung des VG gebunden sind³⁶. Ob der Verwaltungsrechtsweg wirklich eröffnet ist, soll hier genauer untersucht werden.

(1) Rechtswegeröffnung nach allgemeinen Regeln

Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet. Ausgangspunkt ist die Streitigkeit, welche die Kläger durch ihren Klageantrag bestimmen. Dabei kommt es weniger auf den Wortlaut der Anträge, als vielmehr auf das dahinter stehende *Klagebe-*

33 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 40).

34 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (484).

35 VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 16).

36 Eine Rüge nach § 17a Abs. 3 Satz 2 GVG, welche bei Ausbleiben eines Vorabbeschlusses die Bindungswirkung des § 17a Abs. 5 GVG aufhebt (BGH 18. 9. 2008 – V ZB 40/08, NJW 2008, 3572 [3573]), ist hier nicht erfolgt.

gehren an (§§ 88, 86 Abs. 3 VwGO). Hier beantragen die Arbeitgeber festzustellen, dass sie durch die BriefArbbV in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt werden³⁷.

Ob eine Streitigkeit dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, richtet sich nach *Ansicht der Rechtsprechung* nach der »Natur des Rechtsverhältnisses«, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird³⁸. In diesem Rechtsverhältnis müssen die Beteiligten zueinander in einem Über- und Unterordnungsverhältnis stehen und sich die Träger hoheitlicher Gewalt besonderer Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedienen, damit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist³⁹. Zwischen den klagenden Arbeitgebern und dem beklagten Bund besteht zweifelsohne ein Über- und Unterordnungsverhältnis, weil der Bund auf Grund einer nur ihn legitimierenden Ermächtigungsnorm eine Mindestlohnverordnung erlassen hat, welche die Arbeitgeber bindet, weil sie der staatlichen Rechtsetzungsmacht unterliegen.

Nach *Ansicht der herrschenden Lehre* richtet sich die Frage, ob eine Streitigkeit dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, nach den streitentscheidenden Normen⁴⁰. Diese müssen solche des öffentlichen Rechts sein, d. h. die Träger öffentlicher Gewalt gerade als solche berechtigen oder verpflichten (modifizierte Subjektstheorie)⁴¹. Streitentscheidend sind die Normen, die dem Rechtsstreit unmittelbar zugrunde liegen, indem sie den Einstieg in das Prüfprogramm bilden, was im Umkehrschluss bedeutet, dass nur für Vorfragen entscheidende Normen unerheblich sind⁴². Hier bildet die Ermächtigungsgrundlage des § 7 Abs. 1 AEntG i. V. m. Art. 80 Abs. 1 GG den Einstieg in das Prüfprogramm, denn das angerufene Gericht hat festzustellen, ob der Bund *durch Erlass* (genauer: Inkraftsetzen) der BriefArbbV berechtigterweise in die subjektiv-öffentlichen Rechte der Kläger eingreifen durfte⁴³. Da die Ermächtigungsgrundlage den Bund gerade als Träger öffentlicher Gewalt zum Normerlass berechtigt, ist eine öffentlich-rechtliche Norm streitentscheidend. Somit ist nach beiden Ansichten der Verwaltungsrechtsweg für das Klagebegehren nach allgemeinen Regeln eröffnet.

(2) Rechtswegeröffnung für Normkontrollklagen

Für den Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen ist hingegen eine differenzierende, mitunter von den allgemeinen Regeln abweichende Betrachtung geboten.

37 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (484).

38 GmS-OGB 4. 6. 1974 – 2/73, NJW 1974, 2087; 10. 7. 1989 – 1/88, NJW 1990, 1527; BVerwG 2. 5. 2007 – 6 B 10/07, NVwZ 2007, 820.

39 Kissel/Mayer, GVG, 6. Aufl. 2010, § 13 Rn. 16.

40 Ehlers, in: ders./Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 21 Rn. 72; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 104.

41 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 11 Rn. 17; Reimer, in: Posser/Wolff, VwGO, 2008, § 40 Rn. 45.4; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 104.

42 Reimer, in: Posser/Wolff, VwGO, 2008, § 40 Rn. 42.

43 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 40, 43); vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 13 Rn. 21; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 1076.

(a) Vorab: Normerlass- und Normkontrollkonstellationen

Zunächst ist zu unterscheiden, ob positiv auf Normerlass geklagt wird oder negativ auf Normkontrolle. Bei *Normerlassklagen* mit dem Ziel, von einer Norm erfasst zu werden (dazu zählen auch Ergänzungs- und Änderungsklagen), können streitentscheidend nur solche Normen sein, welche die Exekutive zum Erlass oder zur Änderung untergesetzlicher Rechtssätze berechtigen und vor allem auch verpflichten⁴⁴. Deswegen ist für Normerlassklagen stets der Verwaltungsrechtsweg eröffnet⁴⁵. Anderes gilt für Klagen auf *Normkontrolle* mit dem Negativziel, von einer Norm nicht (mehr) erfasst zu werden. Hat die Exekutive einen untergesetzlichen Rechtssatz erlassen, der nun mit dem Ziel seiner Beseitigung angegriffen wird, ist für diesen Streit nicht immer der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

(b) Normkontrolle nach § 47 VwGO

Gesetzlich ausdrücklich geregelt ist die judikative Normkontrollkompetenz für das Verfahren nach § 47 VwGO. Diese Zuständigkeit gilt jedoch nicht generell, sondern berechtigt das zuständige OVG nur »im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit« (§ 47 Abs. 1 VwGO). Damit wird auf den stets vorab zu prüfenden § 40 VwGO verwiesen⁴⁶, dessen Voraussetzungen erfüllt sein müssen⁴⁷, bevor über die Statthaftigkeit des Kontrollverfahrens entschieden werden kann. Ohne Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs kann ein Rechtssatz keiner prinzipialen Normkontrolle vor den Verwaltungsgerichten zugänglich gemacht werden. Entgegen der oben vorgenommenen Subsumtion des Verordnungserlasses unter § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO schauen Rechtsprechung⁴⁸ und herrschende Lehre⁴⁹ bei Normkontrollverfahren nach § 47 VwGO für die Rechtswegeröffnung aber einhellig nicht auf das durch den Normerlass begründete Über- und Unterordnungsverhältnis oder die streitentscheidenden Ermächtigungsnormen, sondern darauf, ob die *Anwendung* der streitigen Verordnungsvorschriften zu Verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten führt⁵⁰. Ist dies nicht der Fall, ist gegen diese Vorschriften der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet, sondern der Rechtsweg zu den Gerichten, die für Streitigkeiten über die

44 Nach einer aufstrebenden Ansicht soll auch die Legislative zum Erlass von Gesetzen verwaltungsgerichtlich angehalten werden können; vgl. *Schenke*, JZ 2006, 1004; *Seiler*, DVBl. 2007, 538.

45 Instruktiv VG Stuttgart 9. 11. 2004 – 5 K 2058/03, juris (Rn. 22 f.); ebenso für Klagen auf Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG: BVerwG 3. 11. 1988 – 7 C 115/86, NZA 1989, 364 f.; nach *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 131, 1083, liegt hingegen eine den Verwaltungsgerichten entzogene verfassungsrechtliche Streitigkeit vor.

46 Eindeutig BVerwG 27. 7. 1995 – 7 NB 1/95, NVwZ 1996, 63 (65); vgl. *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 19 Rn. 5; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 13 Rn. 20.

47 Zum Streit, ob für das Merkmal der Nichtverfassungsrechtlichkeit eine Ausnahme zu machen ist, eingehend *Kuntz*, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Rechtsverordnungen des Bundes, 2001, S. 89 ff.

48 BVerwG 27. 7. 1995 – 7 NB 1/95, NVwZ 1996, 63 (65); 17. 2. 2005 – 7 CN 6/04, NVwZ 2005, 695 (696).

49 *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 47 Rn. 17; *Ziekow*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 41 m. w. N.

50 Ähnlich bereits zum umgekehrten Fall, dass aus einer kommunalen Zollbestimmung keine zivilrechtlichen Streitigkeiten erwachsen: RG 25. 11. 1930 – VII 126/30, RGZ 130, 290 (291).

Anwendung der Verordnung zuständig sind, selbst wenn nach der dann anzuwendenden Prozessordnung keine dem § 47 VwGO entsprechende prinzipiale Normkontrolle statthaft ist⁵¹. Der Antrag ist vom OVG deshalb nicht als unzulässig abzuweisen⁵², sondern nach § 17a Abs. 2 GVG auf den für die Anwendungsstreitigkeiten eröffneten Rechtsweg zu verweisen und von dem dort zuständigen Gericht in einen dem Rechtsschutzbegehren entsprechenden Rechtsbehelf (mit inzidenter Normkontrollmöglichkeit) umzudeuten⁵³.

Der Grund für den Rekurs auf den für Anwendungsstreitigkeiten eröffneten Rechtsweg liegt darin, dass durch die verwaltungsgerichtliche Normkontrolle *keine Präjudizien* für Streitigkeiten begründet werden sollen, für die ausschließlich Gerichte anderer Rechtszweige zuständig sind⁵⁴.

»Eine derartige Überordnung der Oberverwaltungsgerichte liefe dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der einzelnen Zweige der Gerichtsbarkeit zuwider und störte das gegenseitige Verhältnis. Eine solche Position kann nur der Verfassungsgerichtsbarkeit kraft des ihr eigenen Ausnahmeharakters zukommen.«⁵⁵

Auch der Zweck der Normkontrolle, durch Bündelung eine Vielzahl von Einzelklagen zu vermeiden und dadurch die *Verwaltungsgerichte zu entlasten*, würde verfehlt, wenn die Normkontrollentscheidung gar keine die Verwaltungsgerichte entlastende Bündelung von Einzelverfahren herbeiführen kann, weil diese Verfahren nicht im Verwaltungsrechtsweg geführt werden⁵⁶.

(c) Normkontrolle nach § 43 VwGO

Gleiches muss für die gesetzlich nicht ausdrücklich normierte, aber von der Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen anerkannte Normkontrolle im Wege der (atypischen) Feststellungsklage gegen den Normgeber nach § 43 VwGO gelten.

(aa) Existenzberechtigung

Die Normkontrolle ist jenseits des § 47 VwGO zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und zur Sicherung der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde notwendig und zulässig, wenn Rechtsschutz gegen Beeinträchtigungen durch einen untergesetzlichen Rechtssatz nicht über § 47 VwGO⁵⁷ oder durch eine inzidente Überprüfung seiner Rechtmäßigkeit in Verfahren gegen seine Anwendung erlangt werden kann

51 Art. 19 Abs. 4 GG verlangt keine abstrakte Normkontrollmöglichkeit: BVerfG 27. 7. 1971 – 2 BvR 443/70, BVerfGE 31, 364 (369 f.); *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 1064.

52 So aber OVG Rheinland-Pfalz 20. 10. 2000 – 11 C 11303/00, juris (Rn. 13); *Giesberts*, in: Posser/Wolff, VwGO, 2008, § 47 Rn. 13; ebenso noch BVerwG 6. 6. 1958 – VII CB 187.57, BVerwGE 7, 82 (89).

53 *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 61; zur Umdeutung fälschlicherweise explizit als Normkontrolle formulierter Klageanträge: BSG 15. 3. 1995 – 6 RKA 36/93, NZS 1996, 139.

54 BVerwG 17. 2. 2005 – 7 CN 6/04, NVwZ 2005, 695 (696).

55 Regierungsbegründung zu § 46 VwGO a. F., BT-Drucks. 3/55, S. 33.

56 *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 40.

57 § 47 VwGO gehört zum zu erschöpfenden Rechtsweg im Sinne von § 90 Abs. 2 BVerfGG, BVerfG 14. 5. 1985 – 2 BvR 397–399/82 u. a., NJW 1985, 2315 (2316).

oder dies allein zur Beseitigung der Grundrechtsverletzung nicht ausreicht⁵⁸. In diesen Verfahren wird zwar die Nichtigkeit des untergesetzlichen Rechtssatzes nicht mit *erga omnes*-Wirkung wie nach § 47 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 VwGO festgestellt, sondern nur *inter partes* die Verletzung der Kläger in ihren Rechten durch den untergesetzlichen Rechtssatz (§ 121 Nr. 1 VwGO)⁵⁹. Doch wird die Rechtmäßigkeit des Rechtssatzes inzident als Vorfrage ebenso geprüft, wie im Rahmen des § 47 VwGO explizit als Hauptfrage.

»Die Einkleidung in ein Rechtsverhältnis steht dem Charakter der Feststellungsklage als Normenkontrolle nicht entgegen.«⁶⁰

Kommt das Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass ein Rechtssatz rechtswidrig und damit nichtig⁶¹ ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, bleibt er deshalb zwar weiterhin existent. Mit der »Ehrenmanntheorie«⁶² ist jedoch davon auszugehen, dass sich der Staat an Feststellungsurteile halten wird, welche die Rechtswidrigkeit untergesetzlichen Rechts inzident feststellen, auch wenn die Urteile in der Hauptsache nicht vollstreckbar sind und die Beseitigung oder Änderung des Rechtssatzes mithin nicht erzwingbar ist⁶³.

(bb) Faktische Präjudizwirkung

Solche »heimlichen«⁶⁴ Normkontrollklagen im Gewand der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage gegen den Normgeber können keine »echten« rechtlichen Präjudizien für Streitigkeiten begründen, über die ausschließlich Gerichte anderer Rechtszweige zu entscheiden haben⁶⁵. Andere Gerichte (gleich in welchem Rechtsweg) sind an die verwaltungsgerichtliche Entscheidung nicht gebunden und können abweichend über den streitigen Rechtssatz entscheiden, wenn seine Rechtmäßigkeit entscheidungserheblich wird. Klagen im Wege der »kleinen« Normkontrolle über § 43 VwGO verfolgen aber wie »große« Normkontrollanträge nach § 47 VwGO denselben Zweck, den untergesetzlichen Rechtssatz zu beseitigen. An die Stelle der *erga omnes*-Wirkung tritt nur der seit

58 BVerfG 17. 1. 2006 – 1 BvR 541/02 u. a., NVwZ 2006, 922 (924); ebenso bereits BVerfG (Kammer) 20. 9. 1991 – 1 BvR 879/90, NJW 1992, 735 f.; BVerfG (Kammer) 2. 4. 1997 – 1 BvR 446/96, NVwZ 1998, 169 (170); Gleiches gilt im Sozialrechtsweg: Axer, NZS 1997, 10 (12 ff.).

59 Ebenso im Sozialrechtsweg: BSG 13. 1. 1993 – 14a/6 RKA 67/91, NZS 1993, 412 (414 f.); 28. 4. 1999 – B 6 KA 52/98 R, juris (Rn. 15); 31. 5. 2006 – B 6 KA 13/05 R, BSGE 96, 261 (Rn. 27); SG Berlin 13. 1. 2010 – S 83 KA 588/07, juris (Rn. 31); Axer, NZS 1997, 10 (13).

60 Axer, NZS 1997, 10 (14).

61 Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 79.

62 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008, § 18 Rn. 6.

63 BVerfG 17. 1. 2006 – 1 BvR 541/02 u. a., NVwZ 2006, 922 (924); BVerwG 23. 8. 2007 – 7 C 13/06, NVwZ 2007, 1311 (Rn. 24); BSG 13. 1. 1993 – 14 a/6 RKA 67/91, NZS 1993, 412 (415); kritisch mit Gegenbeispielen: Klenke, NWVBl. 2003, 170 (171 f.); ablehnend für private Arbeitgeber: BAG 27. 10. 1970 – 4 AZR 485/69, SAE 1971, 157 (158) mit Anm. Meisel; für Rechtskrafterstreckung analog § 9 TVG: Mäßsen/Mauer, NZA 1996, 121 (125).

64 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 18 Rn. 8.

65 BAG 26. 10. 2009 – 3 AZB 24/09, NZA 2009, 1436 (Rn. 10 ff.); a. A. Mäßsen/Mauer, NZA 1996, 121 (126).

jeher⁶⁶ geltende Grundsatz, dass die verklagte Exekutive dem Urteil der ebenfalls zur Staatlichkeit gehörenden Judikative auch ohne Befehl oder Zwang Folge leisten wird. Auch wenn nur inzident über die Rechtmäßigkeit eines Rechtssatzes entschieden wird, kommt der Entscheidung dennoch faktische Präjudizwirkung zu⁶⁷, weswegen auch die Beiladung der nicht verklagten Normanwender zur Erstreckung der Rechtskraft entbehrlich ist⁶⁸.

(cc) Verwaltungsgerichte als »Ersatzverfassungsgerichte«?

Aus diesen Gründen müssen die Prämissen, welche die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte im Rahmen des § 47 VwGO beschränken, auch für die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Normkontrollklagen nach § 43 VwGO gelten. Für die Kontrolle von untergesetzlichen Rechtssätzen, über deren Anwendung ausschließlich Gerichte anderer Rechtszweige zu befinden haben, ist deshalb der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet⁶⁹. Andernfalls wird eine Überordnung der Verwaltungsgerichte herbeigeführt, die dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der Gerichtszweige zuwider läuft. Die Verwaltungsgerichte erlangen eine Position, die sonst nur der Verfassungsgerichtsbarkeit kraft des ihr eigenen Ausnahmeharakters zukommt, wenn sie zum »kleinen Verfassungsgericht« über exekutive Rechtssetzung erhoben werden, obwohl sie mit dem in Rede stehenden Rechtssatz sonst nie zu tun haben. Durch die Delegation der Rechtsetzung von der Legislative an die Exekutive und der damit verbundenen Herabstufung vom formellen zum materiellen Gesetz⁷⁰ wandert das judikative Normverwerfungsrecht vom BVerfG an diejenigen Fachgerichte, die das Recht anzuwenden haben. Da das BVerfG jedoch kein »Superverwaltungsgericht« ist, sind nicht automatisch nur die Verwaltungsgerichte zur Prüfung und Verwerfung untergesetzlichen Rechts berufen, sondern alle Gerichte, vor denen der Rechtsweg bei formellgesetzlicher Regelung zu erschöpfen gewesen wäre. Diese Gerichte haben nach wie vor über die Anwendung des Rechts – gleich ob in Gestalt formeller oder materieller Gesetze – zu befinden, müssen aber nun, wenn sie es für verfassungswidrig halten, nicht mehr nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorlegen, sondern können es selbst unangewendet lassen (»verwerfen«)⁷¹. Wenn keine andere Überprüfungsmöglichkeit besteht, sind deshalb auch (atypische) Feststellungs-

66 RG 10. 1. 1918 – IV 324/17, RGZ 92, 1 (8); 13. 5. 1930 – III 291/29, RGZ 129, 31 (34); 21. 12. 1934 – III 113/34, RGZ 146, 290 (294 f.); BGH 14. 7. 1958 – VII ZR 99/57, BGHZ 28, 123 (126); eingehend *Sodan*, in: ders./Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 43 Rn. 119 ff.

67 *Kuntz*, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Rechtsverordnungen des Bundes, 2001, S. 118; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 13 Rn. 19.

68 BSG 13. 1. 1993 – 14 a/6 RKA 67/91, NZS 1993, 412 (415).

69 Ebenso auch noch BVerwG 6. 6. 1958 – VII CB 187.57, BVerwGE 7, 82 (87, 89), für als Rechtsverordnung verstandene Allgemeinverbindlicherklärungen nach § 5 BerlTVG.

70 Die Änderung von Rechtsverordnungen durch die Legislative ist zulässig, ändert aber nicht ihren Verordnungscharakter, BVerfG 13. 9. 2005 – 2 BvF 2/03, NVwZ 2006, 191 (Rn. 191 ff.); kritisch *Lenz*, NVwZ 2006, 296.

71 St. Rspr. seit BVerfG 20. 3. 1952 – 1 BvL 12/51 u. a., BVerfGE 1, 184 (195 ff.); vgl. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 4 Rn. 53 f.

klagen gegen den exekutiven Rechtsetzer zuzulassen, bevor die Verfassungsgerichtsbarkeit angerufen werden kann⁷².

Die vom BVerfG zunehmend weit verstandene Subsidiarität verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes⁷³ zielt nicht nur auf seine eigene Entlastung ab, sondern soll auch den Fachgerichten die Möglichkeit geben, im Lichte *ihrer konkreten Fallpraxis* ein Gesetz zu beurteilen und auf seine Verfassungsmäßigkeit zu untersuchen⁷⁴. Da ein Verwerfungsmonopol des BVerfG nicht zu beachten ist, können sie untergesetzliches Recht ohne Vorlage verwerfen. Gibt es bei einem Gericht eine solche Fallpraxis aber nicht, entscheidet es nicht mehr als *Fachgericht*, sondern als »Ersatzverfassungsgericht«.

Diese Rolle steht den Verwaltungsgerichten nicht zu. Die bloße Existenz des § 47 VwGO erhebt den Verwaltungsrechtsweg nicht zum *primus inter pares*, weil er als einziger eine prinzipale Normkontrolle mit *erga omnes*-Wirkung jenseits der »echten« Verfassungsgerichte kennt. Erstens ist dieses Alleinstellungsmerkmal durch § 35a Abs. 7 SGB V aufgehoben, der eine prinzipale Normkontrollmöglichkeit mit *erga omnes*-Wirkung gegen Bundesrechtsverordnungen⁷⁵ im Sozialrechtsweg eröffnet. Zweitens ist § 47 VwGO auf untergesetzliches Bundesrecht nach ganz herrschender Meinung nicht analog anwendbar⁷⁶ und drittens verlangt auch § 47 VwGO die positive Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 VwGO. Selbst wenn also Bundesrechtsverordnungen *de lege ferenda* unter § 47 VwGO fielen, könnten sie in einem solchen Verfahren nicht überprüft werden, wenn aus ihnen keine verwaltungsrechtlichen Anwendungssreitigkeiten hervorgehen. Zum rechtswegübergreifenden Normkontrollgericht gegen jegliches untergesetzliches Recht sind die Verwaltungsgerichte nicht berufen⁷⁷. Einer dahingehenden richterrechtlichen Invokation der Verwaltungsgerichtsbarkeit steht der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 101 Abs. 2 GG entgegen. Solange die Rechtswege gleichwertig sind und tatsächlich wie faktisch (da verfassungsgerichtsähnlich) präjudizielle Entscheidungen der Verwaltungsgerichte über solche Rechtssätze zu vermeiden sind, über deren Anwendung nie vor Verwaltungsgerichten gestritten wird, ist der Verwaltungsrechtsweg für Normkontrollklagen gegen untergesetzliches Recht nicht eröffnet.

Über die (atypische) Feststellungsklage gegen den Normgeber wird im Verwaltungsrechtsweg aber ohnehin nur – wie über Feststellungsklagen in allen anderen Rechtszweigen auch – mit *inter partes*-Wirkung entschieden, weshalb selbst eine Entscheidung des BVerwG nur die Rechtsverletzung des Klägers durch den untergesetzlichen Rechtssatz

72 Verfassungsbeschwerden sind selbstredend auch gegen letztinstanzliche Normkontrollentscheidungen möglich, *Mauerer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 13 Rn. 22.

73 BVerfG (Plenum) 30. 4. 2003 – 1 PBvU 1/02, NJW 2003, 1924 (1927 f.); instruktiv *Klein/Sennekamp*, NJW 2007, 945 (949 ff.).

74 *Schlaich/Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 253.

75 Die betroffenen Verordnungen konnte das Bundesgesundheitsministerium nach § 35a Abs. 1 Satz 1 SGB V allerdings nur bis zum 31. 12. 2003 erlassen.

76 *Gisberts*, in: Posser/Wolff, VwGO, 2008, § 47 Rn. 17; *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 47 Rn. 28; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 883; *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 110.

77 A. A. BVerwG 3. 11. 1988 – 7 C 115/86, NZA 1989, 364 (365): »Dagegen ist die gerichtliche Kontrolle der Exekutive, auch soweit sie rechtsetzend tätig wird, Aufgabe der Verwaltungsgerichte.«; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 18 Rn. 8.

feststellt und nicht den Rechtssatz selbst beseitigt⁷⁸. Freilich greift stattdessen die »Ehrenmanntheorie«, doch bleibt die Änderung des exekutiven Rechtssatzes nicht erzwingbar und kann er deshalb (theoretisch⁷⁹) weiterhin angewandt werden, bis er durch den Normgeber geändert oder abgeschafft wird. Dieser Makel haftet allen Feststellungsurteilen in allen Rechtszweigen an und ist keine verwaltungsgerichtliche Besonderheit. Die »Ehrenmanntheorie« gilt auch für Feststellungsurteile gegen den Staat in anderen Rechtszweigen⁸⁰, ja wurde gerade für den Zivilprozess entwickelt⁸¹. Warum nur § 43 VwGO effektiven Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen bieten soll, nicht jedoch § 256 ZPO (ggf. i. V. m. § 46 Abs. 2 ArbGG), § 41 FGO oder § 55 SGG, leuchtet nicht ein, sind doch die Gerichtszweige gleichwertig⁸² und entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten (§ 17 Abs. 2 Satz 1 GVG).

(dd) Bündelungsfunktion von Normkontrollen

Auch der generelle Zweck einer verwaltungsgerichtlichen Normkontrolle, durch Bündelung eine Vielzahl von Einzelklagen zu vermeiden, kann nur erreicht werden, wenn die Entscheidung die Verwaltungsgerichte auch tatsächlich entlastet. Freilich ist (bislang) Art. 19 Abs. 4 GG die Existenzberechtigung der »kleinen« Normkontrolle nach § 43 VwGO. Die Bündelungsfunktion stellt sich also nur dann als positiver Nebeneffekt ein, wenn über Einzelklagen in Anwendungsstreitigkeiten kein hinreichender Rechtsschutz erlangt werden kann. Dennoch mehren sich prozessökonomisch motivierte Bestrebungen⁸³, die mittels der »heimlichen« Normkontrolle gegen den Normgeber nach § 43 VwGO ein Sammelverfahren schaffen wollen, durch das eine Vielzahl von Einzelklagen vermieden und »effektiver« Rechtsschutz geboten werden soll. Lässt man sich im Hinblick auf eine weit verstandene Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde darauf ein und behebt damit »über die Hintertür« des § 43 VwGO den Makel des begrenzten Anwendungsbereichs des § 47 VwGO⁸⁴, kann die Normkontrolle jedenfalls dann die Verwaltungsgerichte nicht vor einer Vielzahl von Einzelverfahren bewahren, wenn diese Verfahren nicht im Verwaltungsrechtsweg geführt werden.

(3) Rechtswegeröffnung für Normkontrollklagen gegen Mindestlohnverordnungen
Daran gemessen ist der Verwaltungsrechtsweg für Klagen gegen Rechtsverordnungen nach dem AEntG nicht eröffnet.

78 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 18 Rn. 8.

79 Zur Ermessenseinschränkung siehe unten V.1.c)(2) (S. 429).

80 Vgl. nur BSG 13. 1. 1993 – 14 a/6 RKA 67/91, NZS 1993, 412 (415).

81 Siehe Fn. 66 (S. 402).

82 *Kissel/Mayer*, GVG, 6. Aufl. 2010, Einl. Rn. 235, § 17 Rn. 2.

83 OVG Hamburg 1. 9. 2006 – 1 Bf 171/05, NVwZ-RR 2007, 97 (100); dagegen BVerwG 23. 8. 2007 – 7 C 13/06, NVwZ 2007, 1311 (Rn. 24 f.), im Widerspruch zu BVerwG 24. 6. 2004 – 4 C 11/03, NVwZ 2004, 1229 (1230); *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 1067; für Normerlasskonstellationen: *Seiler*, DVBl. 2007, 538 (543 f.).

84 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 18 Rn. 8; für eine Ausdehnung von § 47 VwGO *de lege ferenda*: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 13 Rn. 21; *Schenke*, JZ 2006, 1004 (1013).

(a) Keine verwaltungsgerichtlichen Anwendungsstreitigkeiten

Mindestlohnverordnungen führen *nie* zu Anwendungsstreitigkeiten vor den Verwaltungsgerichten: Gewährt ein Arbeitgeber entgegen § 8 Abs. 1 AEntG nicht die geforderten Mindestarbeitsbedingungen, wird er in erster Linie von seinen Arbeitnehmern auf Erfüllung vor dem nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a ArbGG zuständigen *Arbeitsgericht* verklagt werden⁸⁵. Überprüfen die Behörden der Zollverwaltung die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen, ist gegen deren Handeln der *Finanzrechtsweg* eröffnet (§§ 16, 17 Satz 1 AEntG i. V. m. § 23 SchwarzArbG i. V. m. § 33 Abs. 1 Nr. 4 FGO). Stellen die Behörden der Zollverwaltung Ordnungswidrigkeiten nach § 23 AEntG fest und erlassen sie einen entsprechenden Bußgeldbescheid, ist der *ordentliche Rechtsweg* eröffnet (§ 68 Abs. 1 OWiG)⁸⁶. Erlässt der Träger der Rentenversicherung gegen einen mindestlohnunterschlagenden Arbeitgeber⁸⁷ einen Beitragsnachforderungsbescheid nach § 28p Abs. 1 SGB IV, kann dieser vor den *Sozialgerichten* angefochten werden (§ 54 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 SGG).

(b) Repressive Privatrechtsgestaltung

Dieser Befund ist keineswegs revolutionär. Mindestlohnverordnungen sind ebenso *rein privatrechtsgestaltend* wie Rechtsverordnungen, die nach § 577a Abs. 2 BGB erlassen werden können, um die grundsätzlich dreijährige Kündigungssperrfrist nach § 577a Abs. 1 BGB bei Wohnungsumwandlung auf bis zu zehn Jahre zu verlängern, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in einer Gemeinde besonders gefährdet ist. Auch gegen solche Rechtsverordnungen ist der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet, weil Rechtsstreitigkeiten, die sich aus deren Anwendung ergeben können, nie öffentlich-rechtlich sind⁸⁸, sondern in die Zuständigkeit der zur Entscheidung über Mietstreitigkeiten berufenen ordentlichen Gerichte fallen⁸⁹.

Ein Vergleich mit *Sperrbezirksverordnungen* nach Art. 297 EGStGB kann dagegen nicht fruchtbar gemacht werden. Gegen diese Rechtsverordnungen ist zwar der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, obwohl bei Verstoß gegen sie eine Ordnungswidrigkeit nach § 120 Abs. 1 Nr. 1 OWiG und bei beharrlichem Zuwiderhandeln eine Straftat nach § 184e StGB begangen wird (jeweils Anwendungsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten). Sperrbezirksverordnungen sind aber nicht nur repressiv wirkende Konkretisierungen von Straf- und Ordnungswidrigkeitstatbeständen, sondern dienen auch dem Schutz der Jugend und damit letztlich der *Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung*.

85 Exemplarisch BAG 26. 10. 2009 – 3 AZB 24/09, NZA 2009, 1436.

86 Zu den wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen bei Mindestlohnunterschreitung: *Aulmann*, BB 2007, 826.

87 Zur rechtsirrigen Bemessung von Arbeitsentgelt und Beitragsschuld *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789 ff.

88 VGH Baden-Württemberg 25. 6. 2003 – 4 S 1999/02, juris (Rn. 17).

89 VGH Baden-Württemberg 25. 6. 2003 – 4 S 1999/02, juris (Rn. 14); nachgehend AG Mannheim 18. 3. 2005 – 4 C 94/04, WuM 2005, 467. Nur wenn ein Mieter den *Erlass* einer solchen Kündigungssperrfristverordnung begehrt, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, vgl. VG Stuttgart 9. 11. 2004 – 5 K 2058/03, juris (Rn. 21).

»Die Vollzugspolizei ist nicht nur gehalten und berechtigt, Verstöße gegen das Verbot der Gewerbsunzucht strafrechtlich zu verfolgen, sondern auch, entsprechend ihrer Aufgabe zur Mitwirkung bei der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung [. . .], derartige Verstöße zu verhüten oder zu unterbinden. [. . .] Der Meinung [. . .], daß Rechtsgrundlage dieser polizeilichen Einzelmaßnahmen nur die jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften über die präventiv-polizeilichen Befugnisse [. . .], nicht aber die SperrbezirksVO seien, vermag der Senat nicht zu folgen. [. . .] Der Anlaß, Inhalt, Umfang und damit auch die Rechtmäßigkeit des polizeilichen Einschreitens zur Unterbindung und Verhütung von Verstößen gegen SperrbezirksVO werden [. . .] wesentlich mit von der Sperrbezirksregelung bestimmt. Als Rechtsgrundlage solcher präventiv-polizeilicher Maßnahmen sind deshalb die landesrechtlichen polizeilichen Befugnisnormen in Verbindung mit der SperrbezirksVO anzusehen.«⁹⁰

Selbst wenn Mindestlohnverordnungen nach dem AEntG auch zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Ordnung dienen und deshalb auch präventiven Charakter hätten, wäre gegen sie dennoch nicht der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Gegen die im Prüfungsbereich erlassenen Verwaltungsakte der zuständigen Zollbehörden ist nämlich der Rechtsweg zu den *Finanzgerichten* eröffnet. Richtigerweise haben Mindestlohnverordnungen aber *keinen präventiven Charakter*, denn nach § 16 AEntG sind die Behörden der Zollverwaltung nur für die »Prüfung der Einhaltung der Pflichten eines Arbeitgebers nach § 8 [AEntG]« zuständig⁹¹. Auf die Einhaltung können sie – im Gegensatz zur Polizei bei Verstößen gegen Sperrbezirksverordnungen – präventiv nicht einwirken und den Arbeitgeber zur Zahlung der Mindestlöhne zwingen⁹², sondern nur repressiv bei Nichteinhaltung nach § 23 AEntG Bußgeldbescheide erlassen. Für die tatsächliche Durchsetzung haben die Arbeitnehmer selbst zu sorgen⁹³. Mindestlohnverordnungen verfolgen ebenso wie Kündigungssperrfristverordnungen (§ 577a Abs. 2 BGB) nur wirtschaftspolitische Zwecke (§ 1 AEntG) und keine präventiv-polizeilichen wie Sperrbezirksverordnungen. Sie sind mithin rein privatrechtsgestaltend.

(c) Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG

Dass der Verwaltungsrechtsweg gegen Mindestlohnverordnungen nicht eröffnet ist, ist sowohl mit Art. 19 Abs. 4 GG als auch einer weit verstandenen Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde vereinbar. Die exekutive Normsetzung ist Ausübung öffentlicher Gewalt und damit zwar von Art. 19 Abs. 4 GG erfasst⁹⁴, doch erfordert dieses Grundrecht schon dann keinen unmittelbaren Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen, wenn anderweitige Abhilfe (Inzidentkontrolle bei Anwendungsstreitigkeiten) möglich ist. Ist

90 BayVGH 7. 7. 1972 – 17 V 72, NJW 1972, 2149; nachfolgend VGH Mannheim 16. 8. 1978 – I 2576/77, DÖV 1978, 848 unter Aufgabe seiner im Beschluss vom 29. 7. 1968 – I 760/65, NJW 1968, 2076 vertretenen Ansicht.

91 *Wamers*, in: Fehn, SchwarzArbG, 2006, § 3 Rn. 21, sieht in der Prüfung und Überwachung nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG allerdings *Gefahrenabwehr*.

92 *Fehn*, in: ders., SchwarzArbG, 2006, § 1 Rn. 20, fordert deswegen eine Anlehnung des SchwarzArbG an die §§ 25, 26 Zollfahndungsdienstgesetz (ZFdG).

93 Anders beim Entgeltsschutz der in Heimarbeit Beschäftigten nach §§ 23 ff. HAG; ebenso früher bei der Kontrolle der Mindestarbeitsbedingungen nach §§ 11 ff. MiArbG a. F. (jetzt analog zum AEntG geregelt).

94 *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 42. Ergänzungslieferung 2003, Art. 19 Abs. 4 Rn. 70.

diese nicht möglich oder zur Beseitigung der Grundrechtsverletzung unzureichend, folgt das BVerfG aus Art. 19 Abs. 4 GG die Zulässigkeit (atypischer) Feststellungsklagen gegen den Verordnungsgeber⁹⁵. In welchem Rechtsweg dies zu erfolgen hat, ist eine *Frage des einfachen Rechts* und vom BVerfG nicht zu entscheiden⁹⁶. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet keinen bestimmten Rechtsweg, insbesondere nicht – wie Satz 2 zeigt – den Verwaltungsrechtsweg⁹⁷. Wenn die in einem Rechtsweg üblicherweise gegebenen Rechtsbehelfe unzureichend sind, um gegen eine Grundrechtsverletzung effektiv vorzugehen, erfordert Art. 19 Abs. 4 GG nur effektiven Rechtsschutz *im jeweiligen Rechtsweg*⁹⁸, wofür die jeweilige Prozessordnung – wie § 43 VwGO – grundrechtskonform auszulegen ist.

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 17. 1. 2006⁹⁹ die Rechtswegeröffnung für die von ihm geforderte Feststellungsklage nicht erörtert. Dass es dennoch von der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ausging, darf nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass für »kleine« Normkontrollklagen immer die Verwaltungsgerichte zuständig sind¹⁰⁰. Das BVerfG ging nur auf Grund des beschwerdegegenständlichen Ausgangsverfahrens (zutreffend) von der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs aus: Es hatte über die Gewährung oder Versagung landwirtschaftlicher Ausgleichszahlungen durch Verwaltungsakte auf Grundlage einer Rechtsverordnung zu entscheiden. Gegen diese Verwaltungsakte war der Verwaltungsrechtsweg unzweifelhaft eröffnet, doch die an sich statthafte Verpflichtungsklage war zur Beseitigung der Grundrechtsverletzung unzureichend, weil die Rechtsverordnung nur gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstieß und deshalb eine gerichtliche Verpflichtung der verklagten Behörde zum antragsgemäßen Bescheiden aus Respekt vor der Gestaltungskompetenz des Verordnungsgebers keinen Erfolg haben konnte

95 Dies dürfte dem Vorbild des BSG 13. 1. 1993 – 14a/6 RKA 67/91, NZS 1993, 412 (414 f.), in Reaktion auf BVerfG (Kammer) 20. 9. 1991 – 1 BvR 879/90, NJW 1992, 735 f., geschuldet sein, ist aber nicht der einzige Weg zu effektivem Rechtsschutz, wie der Umgang des BSG mit Normerlasskonstellationen zeigt (Fn. 103, S. 17). In Normkontrollkonstellationen kommen Leistungsklagen auf Normbeseitigung nicht in Betracht, selbst wenn der exekutive Entscheidungsspielraum durch bloße »Bescheidungsurteile« gewahrt würde, weil eine rechtswidrige Norm schon *ipso iure* nichtig ist und allenfalls noch ihr Rechtsschein beseitigt werden kann, wofür die Feststellungsklage ausreicht, *Axer*, NZS 1997, 10 (14).

96 So muss auch BVerfG (Kammer) 10. 6. 2009 – 1 BvR 1196/09, juris (Rn. 3), verstanden werden; richtig BVerfG (Kammer) 2. 4. 1997 – 1 BvR 446/96, NVwZ 1998, 169 (170): »Anrufung der allgemein zuständigen Gerichte«.

97 BVerfG 27. 7. 1971 – 2 BvR 443/70, BVerfGE 31, 364 (368); BVerwG 18. 10. 1985 – 4 C 21/80, NJW 1986, 1826 (1828 f.); dagegen offenbar *Seiler*, DVBl. 2007, 538 (540); ähnlich *Eblers*, Jura 2008, 183 (184); *Sodan*, in: ders./Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 40 Rn. 11 ff.

98 Einem Verweis auf die Verfassungsbeschwerde steht deren Subsidiarität entgegen, BVerfG (Kammer) 2. 4. 1997 – 1 BvR 446/96, NVwZ 1998, 169 (170); a. A. *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 1080.

99 BVerfG 17. 1. 2006 – 1 BvR 541/02 u. a., NVwZ 2006, 922.

100 A. A. BVerwG 3. 11. 1988 – 7 C 115/86, NZA 1989, 364 (366): »[Es] steht dem Bürger nach [Art. 19 Abs. 4 GG i. V. m § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO] bei Rechtsverletzungen, die im Zusammenhang mit dem Erlaß untergesetzlicher Rechtsnormen stehen, uneingeschränkt der Verwaltungsrechtsweg offen«; VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 16); ähnlich *Schenke*, JZ 2006, 1004 (1012 f.); *Seiler*, DVBl. 2007, 538.

(Normergänzungskonstellation)¹⁰¹. Gegen die Anwendung der streitigen Verordnung im Einzelfall war mithin ohnehin der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, weshalb auf § 43 VwGO in grundrechtskonformer Auslegung zurückzugreifen war, um einen effektiven Rechtsbehelf im eröffneten Rechtsweg zur Verfügung zu stellen.

Streitigkeiten über die Anwendung von Rechtsverordnungen sind jedoch auch im Zivil-, Straf-, Arbeits-, Sozial- und Finanzrecht zu führen. Sollten sich die in den dazugehörigen Gerichtszweigen vorhandenen Rechtsbehelfe ebenfalls als unzureichend erweisen, um effektiv gegen Grundrechtsverletzungen durch exekutive Normsetzung vorzugehen, sind die jeweiligen Prozessordnungen ebenso grundrechtskonform – beispielsweise durch Öffnung für (atypische) Feststellungsklagen gegen den Ordnungsgeber – auszulegen, wie die VwGO. In dem Rechtszweig, in dem das Defizit an effektivem Rechtsschutz auftritt, ist es auch zu beheben. Die antragsgemäße Beschränkung auf die Feststellung der Verletzung in »subjektiv-öffentlichen Rechten« ändert daran nichts, denn die damit angesprochenen (Grund-)Rechte¹⁰² haben alle Gerichte rechtswegunabhängig von Amts wegen zu beachten (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG). Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde wird damit *en passant* in allen Gerichtszweigen gewahrt. Fortschrittlich ist in dieser Hinsicht der Sozialrechtsweg, der nicht nur (atypische) Feststellungsklagen kennt¹⁰³, sondern in Normerlasskonstellationen sogar die allgemeine Leistungsklage für statthaft erachtet¹⁰⁴.

(d) Keine »Eilzuständigkeit« der Verwaltungsgerichte

Auch folgt aus dem fehlerhaften Beschreiten des Verwaltungsrechtswegs keine »Eilzuständigkeit« der Verwaltungsgerichte, nur weil dem angerufenen VG

»die für eine Entscheidung zur Verfügung stehende »angemessene Zeit« zu knapp bemessen [erscheint], um die Kläger auf die weitere Suche nach einem Rechtsschutzweg zu verweisen.«¹⁰⁵

Demnach wäre immer der Rechtsweg zu den Gerichten eröffnet, die am schnellsten entscheiden könnten. Art. 19 Abs. 4 GG und das Rechtsstaatsprinzip verlangen zwar *Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit*¹⁰⁶, doch gilt dies in allen Prozessordnungen und alle Prozessordnungen kennen auch *Möglichkeiten einstweiligen Rechtsschutzes gegen Rechtsverordnungen*¹⁰⁷. Nur weil die Verwaltungsgerichte seit Abgabe der Sozialhil-

101 Darauf bezog sich auch das VG Berlin, siehe oben II.1.a) (S. 393).

102 Art. 19 Abs. 4 GG gilt auch für einfachgesetzlich eingeräumte Rechte, BVerfG 18. 6. 1997 – 2 BvR 483/95 u. a., NJW 1997, 3013 (3014).

103 Siehe Fn. 59 (S. 401).

104 BSG 28. 6. 2000 – B 6 KA 26/99 R, NZS 2001, 590 f.; 11. 9. 2002 – B 6 KA 34/01 R, BSGE 90, 61 (64); Axer, NZS 1997, 10, sieht im Sozialrecht einen geeigneten »Testfall für Fragen des Rechtsschutzes gegen untergesetzliche Normen«.

105 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (486); ähnlich Zipperling, BB 2008, 1790.

106 Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 42. Ergänzungslieferung 2003, Art. 19 Abs. 4 Rn. 262 m. w. N.

107 Zum vorläufigen Rechtsschutz gegen Rechtsnormen: BVerfG (Kammer) 20. 9. 1991 – 1 BvR 879/90, NJW 1992, 735 f.; Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 1092 ff.; hier vom VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 27), mangels Anordnungsgrundes versagt.

festreitigkeiten an die Sozialgerichte¹⁰⁸ über freie Kapazitäten verfügen¹⁰⁹, sind sie nicht für Rechtsschutz gegen jede Rechtsverordnung zuständig. Wenn ein Arbeitgeber trotz drohender Insolvenz den falschen Rechtsweg wählt, muss er auf schnelle Verweisung auf den richtigen Rechtsweg nach § 17a Abs. 2 GVG drängen und dort parallel um einstweiligen Rechtsschutz ersuchen.

(4) Ergebnis: Kein Verwaltungsrechtsweg gegen Mindestlohnverordnungen

Hier hat das VG Berlin folglich zu Unrecht die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für auf (inzidente) Normkontrolle gerichtete Klagen der Arbeitgeber gegen den Ordnungsgeber angenommen¹¹⁰. In seinem *Beschluss* hat es zur Rechtswegeröffnung nur knapp auf den in Rede stehenden hoheitlichen Akt der Normsetzung verwiesen und ergänzend festgestellt, dass es sich um keine verfassungsrechtliche Streitigkeit handele oder die Streitigkeit einem anderen Gericht zugewiesen sei¹¹¹. Aus der Ablehnung einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit folgt jedoch nicht die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs¹¹². Eine positive Feststellung der Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO fehlt. In seinem späteren *Urteil* ergänzt das VG:

»Diese Verordnung ist öffentlich-rechtlich, weil sie hoheitlich auf eine privatrechtliche Vereinbarung einwirkt.«¹¹³

Hoheitliches Einwirken auf privatrechtliche Vereinbarungen eröffnet aber dann nicht den Verwaltungsrechtsweg, wenn die Anwendungsstreitigkeiten nicht vor Verwaltungsgerichten zu führen sind¹¹⁴. Dies kommt vor allem dann zum Tragen, wenn auf privatrechtliche Vereinbarungen genauso wie durch Vorschriften des BGB eingewirkt wird. Auf Einhaltung des Zivilrechts wird durch die Betroffenen in aller Regel selbst hingewirkt, nicht durch staatlichen Befehl und Zwang.

»[Deswegen besagt] der Umstand allein, dass der Gesetzgeber den Erlass einer Norm an ein Organ der öffentlichen Verwaltung delegiert, [. . .] noch nicht, dass die aus der Anwendung dieser Norm entstehenden Rechtsstreitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur sind.«¹¹⁵

108 Art. 38 des Gesetzes zur Einordnung des Sozialhilferechts in das Sozialgesetzbuch vom 27. 12. 2003 (BGBl. I 2003, 3022).

109 Während die Anzahl der jährlichen Neueingänge bei den Verwaltungsgerichten zwischen 2004 und 2008 um rund 54.000 Fälle (ca. 30 %) zurückging, nahm jene bei den Sozialgerichten um rund 100.000 Fälle (ca. 24 %) zu, Quelle: Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Justizgeschäftsstatistik vom 2. 11. 2009, S. 18, 27.

110 Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für Normkontrollklagen gegen als Rechtsverordnung verstandene Allgemeinverbindlicherklärungen nach § 5 BerlTVG lehnte das BVerwG noch in seinem Urteil vom 6. 6. 1958 – VII CB 187.57, BVerwGE 7, 82 (87, 89), ab; *Greiner*, BB 2008, 840, erkennt immerhin eine »prozessuale Merkwürdigkeit«; dagegen *Zipperling*, BB 2008, 1790.

111 VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 16); ebenso BVerwG 3. 11. 1988 – 7 C 115/86, NZA 1989, 364, allerdings für Klagen *auf* Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.

112 Zutreffend *Rupp*, NVwZ 2002, 286 (288); a. A. *Seiler*, DVBl. 2007, 538 (541 ff.), der auch von der generellen Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen formelle Gesetze ausgeht; ähnlich *Schenke*, JZ 2006, 1004 (1008, 1012 f.).

113 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (485).

114 A. A. *Zipperling*, BB 2008, 1790: »klassische verwaltungsgerichtliche Fragestellung«.

115 VGH Baden-Württemberg 25. 6. 2003 – 4 S 1999/02, juris (Rn. 17).

Das VG Berlin ignoriert den materiellen Gehalt von Mindestlohnverordnungen und die daraus erwachsenden Anwendungsstreitigkeiten, welche nie vor Verwaltungsgerichten zu führen sind. Es geht stattdessen offenbar davon aus, selbst am schnellsten und besten über die Verordnung entscheiden zu können und deshalb zuständig zu sein. Damit setzt es sich über die vom Gesetzgeber vorgenommene Abgrenzung der Rechtswege hinweg, was weder mit Effektivitäts- noch mit Sachnäheaspekten begründet werden kann. Das VG hätte stattdessen den Rechtsstreit nach § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 17a Abs. 2 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs (hier: des Arbeitsrechtswegs¹¹⁶) verweisen müssen. Freilich ist dieser *Entzug des gesetzlichen Richters* nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vor dem BVerfG nicht rügefähig¹¹⁷. Dies ist erst dann der Fall, wenn die Zuständigkeitsbestimmung willkürlich erfolgt, d. h. die Entscheidung des Gerichts bei der Auslegung und Anwendung einer Zuständigkeitsnorm sich so weit von dem sie beherrschenden Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen, offensichtlich unhaltbar oder ohne Bezug auf die maßgebliche Norm ist¹¹⁸. Eine bloß fehlerhafte Anwendung des Verfahrensrechts (hier: § 40 VwGO) stellt noch keinen grundrechtswidrigen Entzug des gesetzlichen Richters dar¹¹⁹.

c) Zulässigkeit der Feststellungsklage

Unterstellt man die (unzutreffende) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, hängt die Zulässigkeit der Feststellungsklage insbesondere von ihrer Statthaftigkeit sowie von Feststellungsinteresse und Klagebefugnis der Arbeitgeber ab.

(1) Statthaftigkeit

(a) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Nach allgemeiner Auffassung versteht man unter einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO die sich aus einem konkreten Sachverhalt auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Norm ergebenden rechtlichen Beziehungen von Personen untereinander oder zu einer Sache¹²⁰. Eine solche Rechtsbeziehung ist gekennzeichnet durch subjektive Rechte auf der einen und korrespondierende Pflichten auf der anderen Seite¹²¹. Allein die Pflicht, Gesetze zu befolgen, begründet deshalb noch kein Rechtsverhältnis zum Gesetzgeber, weil dieser kein subjektives Recht auf Rechtsbefolgung hat¹²². Der Normgeber ist an der Umsetzung der Norm gegenüber dem Normun-

116 Dazu unten III.2.b) (S. 421), V.2.a)(1) (S. 432).

117 Ebenso kein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG, vgl. BVerfG 25. 3. 1981 – 2 BvR 1258/79, NJW 1981, 1154.

118 BVerfG (Kammer) 2. 6. 2005 – 2 BvR 625/01 u. a., NJW 2005, 3410 (3411); 25. 2. 2010 – 1 BvR 230/09, ZIP 2010, 642 (Rn. 16).

119 *Maunz*, in: ders./Dürig, GG, Stand: 1971, Art. 101 Rn. 50.

120 BVerwG 23. 1. 1992 – 3 C 50/89, NVwZ 1993, 64 (65); 26. 1. 1996 – 8 C 19/94, NJW 1996, 2046; 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 24).

121 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 8 Rn. 17; *Papier*, in: Schnapp, Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht – Teil I, 1997, S. 85 (90 f.).

122 *Kuntz*, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Rechtsverordnungen des Bundes, 2001, S. 119, 125; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl. 2008, Rn. 265 f.

terworfenen nicht mehr beteiligt, weswegen zwischen beiden *im Regelfall* keine Rechte und korrespondierenden Pflichten bestehen¹²³.

Mindestlohnverordnungen begründen in den von ihnen erfassten Arbeitsverhältnissen Rechte für Arbeitnehmer und Pflichten für Arbeitgeber. Diese Rechtsbeziehung ist *privatrechtlich*, weshalb die Rechtsverordnung insoweit schon nicht als öffentlich-rechtliche Norm fungiert. Darüber hinaus können Mindestlohnverordnungen aber auch Rechtsverhältnisse zwischen ihnen unterfallenden Arbeitgebern und dem Bund als Rechtsträger der Zollbehörden¹²⁴ begründen. Der Zoll hat als »Bundesarbeitspolizei«¹²⁵ zwar keine präventiven Befugnisse und kann deshalb Arbeitgeber nicht zur Rechtstreue zwingen¹²⁶, doch verfolgt er Verstöße gegen das AEntG als Ordnungswidrigkeiten (§ 23 Abs. 1, 2 AEntG), prüft zu diesem Zweck Arbeitgeber (§ 17 Satz 1 AEntG i. V. m. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 SchwarzArbG) und erlässt ggf. Bußgeldbescheide (§ 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG i. V. m. § 23 Abs. 4 AEntG). Damit diese *kriminalpolizeilichen Befugnisse* zu feststellungsfähigen Rechtsverhältnissen gedeihen, ist indes irgendeine Äußerung des Zolls erforderlich, aus der hervorgeht, dass seiner Meinung nach ein bestimmtes Arbeitsverhältnis in sachlicher und rechtlicher Hinsicht der Mindestlohnverordnung unterliegt¹²⁷. Zwar begründet bereits das Inkrafttreten einer Mindestlohnverordnung Pflichten für die ihr unterfallenden Arbeitgeber: Diese sind nach § 19 Abs. 1 Satz 1 AEntG verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre aufzubewahren; nach § 19 Abs. 2 AEntG müssen sie die für die Kontrolle der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen »erforderlichen Unterlagen« bis zu zwei Jahre bereithalten. Doch auch die Einhaltung dieser Pflichten kann *nur repressiv verfolgt* werden¹²⁸, weshalb ein Rechtsverhältnis erst entsteht, wenn der Zoll diese Pflichten im Einzelfall aktualisiert hat¹²⁹.

Welches Rechtsverhältnis festzustellen ist, ergibt sich aus Beklagtenbezeichnung und Klageantrag. Hier verklagten die Arbeitgeber den Bund mit dem Antrag, festzustellen, *durch die Rechtsverordnung* in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein¹³⁰. Sie begehrten damit eine Feststellung im Verhältnis zum Bund als Normgeber (Rechtsträger des BMAS) – nicht als Normanwender (Rechtsträger der Zollbehörden). Das OVG Berlin-Brandenburg hat deshalb ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis abgelehnt, weil seiner Meinung nach nur eine klassische Unterwerfungsbeziehung besteht¹³¹. Das BVerwG leitet hingegen ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis aus § 7 Abs. 1 AEntG her, der das BMAS berechtigt, durch Erlass der BriefArbbV in die Grundrechte

123 BVerwG 23. 8. 2007 – 7 C 13/06, NVwZ 2007, 1311 (Rn. 22).

124 Art. 86, 87 Abs. 1 GG i. V. m. § 1 Finanzverwaltungsgesetz (FVG).

125 Rieble, NJW-Spezial 2009, 414.

126 Siehe oben II.2.b)(3)(b) (S. 405).

127 BVerwG 29. 11. 1985 – 8 C 105/83, NJW 1986, 1120: Offenlegung der Rechtsauffassung.

128 Bei Zuwiderhandeln droht nach § 23 Abs. 1 Nr. 8, 9, Abs. 3 AEntG ein Bußgeld von bis zu 30.000 Euro.

129 Siehe unten V.1.c)(3)(b) (S. 430).

130 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (484).

131 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 33).

der Arbeitgeber einzugreifen. Ob dies durch Erlass der BriefArbbV in formell und materiell rechtmäßiger Weise geschehen ist, sei zwischen den Parteien streitig¹³². Das Gericht nimmt damit ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Bund an, obwohl letzterer *als Normgeber* kein zu den Arbeitgeberpflichten korrespondierendes subjektives Recht hat und seine Rechte *als Normanwender* nicht Gegenstand des Feststellungsantrags waren. Dies rechtfertigt das BVerwG damit, dass die Brief-ArbbV ohne Umsetzungsakt Rechtswirkungen *eo ipso* herbeiführt, indem niedrigere Lohnvereinbarungen bereits mit ihrem Inkrafttreten überlagert werden und somit der Normgeber selbst, ohne dass es einer weiteren Anwendung bedarf («self-executing»), in den Rechtskreis der Normadressaten eingreift¹³³. Der Bund tritt als Normgeber insoweit nicht als Berechtigter, sondern als Verpflichteter in Erscheinung, der im Verhältnis zu den Normadressaten gem. Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG deren Grundrechte wahren muss, welche korrespondierende subjektive Rechte darstellen¹³⁴.

Dieses sehr allgemeine Rechtsverhältnis ist *nicht hinreichend konkret*. Gemeinhin wird verlangt, dass die Anwendung einer bestimmten Norm auf einen bereits überschaubaren Sachverhalt streitig ist¹³⁵. Dies ist bei abstrakt-generellem Staatshandeln, wie bei Erlass einer Rechtsverordnung, regelmäßig noch nicht der Fall¹³⁶. Mindestlohnverordnungen haben zwar auf Grund des ihnen zugrunde liegenden Tarifvertrages einen in fachlicher Hinsicht bereits mehr oder weniger fest umrissenen Anwendungsbereich¹³⁷. Dies macht sie aber nicht zu materiellen Allgemeinverfügungen im Sinne des § 35 Satz 2 VwVfG. Zwar sind die Handlungsformen des Verwaltungsakts und der Rechtsnorm grundsätzlich austauschbar, sodass Einzelfallregelungen auch im Gewand von Rechtsnormen ergehen können¹³⁸. Doch enthält schon der Tarifvertrag selbst, obwohl er für die tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien «self-executing» ist, in seinem normativen Teil abstrakt-generelle Bestimmungen, sodass bereits der Tarifabschluss einen *Akt der Gesetzgebung* im materiellen Sinne darstellt¹³⁹. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs eines Tarifvertrags durch seine Erklärung für allgemeinverbindlich ändert daran nichts:

»Die Allgemeinverbindlicherklärung dehnt die Verbindlichkeit dieser Rechtsregeln [nur noch] auf Personen aus, die bisher vom Tarifvertrag nicht erfaßt wurden. Der Kreis der infolge der Allgemeinverbindlicherklärung an die Normen des Tarifvertrags gebundenen Personen steht nicht von vornherein fest. Solange die Allgemeinverbindlicherklärung wirkt, können durch Beginn und Ende von Arbeitsverhältnissen im Geltungsbereich des Tarifvertrags Personen in die Tarifbindung hinein-

132 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 26).

133 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 30 ff.).

134 Ähnlich *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 1076.

135 Statt vieler *Sodan*, in: ders./Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 43 Rn. 44 m. w. N.

136 *Kuntz*, Der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Rechtsverordnungen des Bundes, 2001, S. 122, 125.

137 Weniger fest umrissen im Gebäudereinigerhandwerk, *Rieble*, DB 2009, 789; dazu auch jüngst SG München 28. 1. 2010 – S 30 R 271/09, juris.

138 BVerwG 3. 11. 1988 – 7 C 115/86, NZA 1989, 364 (365).

139 BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255 (2256) m. w. N.

wachsen oder aus ihr herausfallen. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist deshalb [. . .] ebenfalls Normsetzung.«¹⁴⁰

Mindestlohnverordnungen stehen Allgemeinverbindlicherklärungen in dieser Hinsicht in nichts nach. Auch sie dehnen nur die Verbindlichkeit der ihnen zugrunde liegenden Tarifverträge auf Arbeitsverhältnisse aus, die von ihnen bislang nicht erfasst waren (§ 7 Abs. 1 Satz 1 AEntG). Folglich ist auch der Kreis der von einer Mindestlohnverordnung erfassten Rechtsverhältnisse weder in personeller noch in zeitlicher Hinsicht überschaubar¹⁴¹. Ein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis wird durch den Erlass einer Mindestlohnverordnung (genauer: durch ihr Inkrafttreten¹⁴²) zwischen dem Bund und den betroffenen Arbeitgebern deshalb nicht begründet¹⁴³.

Es darf nicht aus der »Verdichtung« der durch eine Rechtsverordnung begründeten Rechte und Pflichten *auf einen bestimmten Sachverhalt*, auf die Konkretisierung des der (atypischen) Feststellungsklage zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses geschlossen werden¹⁴⁴. Diese konkreten Rechtsverhältnisse bestehen nicht zum verklagten Normgeber, auch wenn der von ihm erlassene Rechtssatz »self-executing« ist. Dies unterscheidet Rechtsverordnungen gerade von Allgemeinverfügungen im Sinne des § 35 Satz 2 VwVfG: Beide können zwar ein Rechtsverhältnis zwischen Normgeber und Normadressat (zumindest auch) aus Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG begründen, doch nur im Fall der Allgemeinverfügung muss der geregelte Sachverhalt hinreichend überschaubar, damit konkret und feststellungsfähig sein¹⁴⁵. Im Fall der Rechtsverordnung kann der Sachverhalt – wie hier – auch noch unüberschaubar, damit abstrakt und nicht feststellungsfähig sein¹⁴⁶.

(b) Kein Bedürfnis nach einer Feststellungsklage gegen den Normgeber

Die »atypische« Feststellungsklage wäre keine solche, wenn für sie nur eine typische Betrachtung geboten wäre. Wer durch einen untergesetzlichen Rechtssatz in seinen Rechten betroffen wird, aber keinen Rechtsschutz über § 47 VwGO oder durch eine

140 BVerfG 24. 5. 1977 – 2 BvL 11/74, NJW 1977, 2255 (2256); ebenso bereits zu § 19 HAG: BVerwG 28. 2. 1958 – VII A 32/57, NJW 1958, 1939; ebenso bereits zu § 5 BerlTVG: BVerwG 6. 6. 1958 – VII CB 187.57, BVerwGE 7, 82 (87 f.).

141 Zu »Fluchtmöglichkeiten« durch »Herauswachsen« aus dem betrieblich-fachlichen Geltungsbereich und veränderte Aufgabenzuweisung im Hinblick auf den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags: *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2008, 433 (435 f.); zum unklaren persönlichen Geltungsbereich im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des BAG zur OT-Mitgliedschaft: *Rieble*, RdA 2009, 280 – freilich hilft insofern eine Allgemeinverbindlicherklärung ab.

142 Insofern missverständlich BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 34): »Ein [. . .] Rechtsverhältnis besteht ausschließlich zur Beklagten als Normgeberin, die die Pflichtenregelung durch die Bekanntgabe im Bundesanzeiger ausgelöst hat«.

143 Ebenso *Mäßsen/Mauer*, NZA 1996, 121 (125).

144 Insofern vermengt *Axer*, NZS 1997, 10 (13), unzutreffend die Rechtsverhältnisse, wenn er es für ausreichend erachtet, dass der exekutive *Rechtsetzer* unzweifelhaft zu erkennen gibt, die für ungültig gehaltene Norm in einem schon überschaubaren Sachverhalt gegenüber dem Kläger *anwenden* zu wollen.

145 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 11. Aufl. 2010, § 35 Rn. 161.

146 Das von *Axer*, NZS 1997, 10 (13), angeführte Beispiel einer Organisationsverordnung stellt gerade eine konkrete Rechtsverordnung dar, die einen Einzelfall regelt.

inzidente Überprüfung des Rechtssatzes in Verfahren gegen seine Anwendung erlangen kann oder diese allein zur Beseitigung der Rechtsverletzung nicht ausreicht, für den müssen die Prozessordnungen grundrechtskonform ausgelegt werden¹⁴⁷. Davon geht zutreffend das BVerwG aus, meint aber, dass *Arbeitgeber* anderweitig keinen effektiven Rechtsschutz gegen Mindestlohnverordnungen erlangen könnten als durch eine (atypische) Feststellungsklage gegen den Normgeber¹⁴⁸. Dem kann nicht gefolgt werden.

(aa) Arbeitsgerichtliche Leistungsklage

Arbeitgeber können eine arbeitsgerichtliche Inzidentprüfung einer Mindestlohnverordnung herbeiführen, indem sie ihren Arbeitnehmern nicht den Mindestlohn zahlen und sich von diesen auf den *Differenzlohn* verklagen lassen¹⁴⁹. Diesen Weg hält das BVerwG aber zutreffend schon deshalb für unzureichend, weil er *keine aktive Geltendmachung* eigener Rechte ermöglicht¹⁵⁰. Außerdem verwirklichen Arbeitgeber dadurch immer zugleich den objektiven Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG¹⁵¹ und bei Nichtzahlung eines Mindestlohns auch den objektiven Tatbestand einer Straftat nach § 266 a StGB¹⁵². Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 AO und Beihilfe hierzu scheiden hingegen aus, solange der Differenzlohn nicht »schwarz« ausbezahlt wird, denn im Steuerrecht gilt das Zuflussprinzip (§ 11 Abs. 1 EStG), nicht wie im Sozialversicherungsrecht das Entstehungsprinzip (§ 22 Abs. 1 SGB IV)¹⁵³.

Im subjektiven Tatbestand ist für § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG zumindest fahrlässiges Handeln des Arbeitgebers Voraussetzung, was selbst bei einem anhängigen Rechtsstreit¹⁵⁴ über die Pflicht zur Gewährung von Mindestarbeitsbedingungen voraussetzt, dass dieser nicht evident¹⁵⁵ aussichtslos ist, hier die Annahme der Rechtswidrigkeit der Mindestlohnverordnung also zumindest plausibel ist¹⁵⁶. Ob die Rechtsauffassung des Arbeitgebers plausibel ist und er deshalb mit gebotener Sorgfalt die Mindestarbeitsbedingungen nicht gewährt hat, ist ein Risiko, welches ihm wegen Art. 19 Abs. 4 GG nicht

147 Siehe oben II.2.b)(2)(c)(aa) (S. 400).

148 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 28).

149 So im Fall des BAG 26. 10. 2009 – 3 AZB 24/09, NZA 2009, 1436.

150 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 41).

151 Gem. § 23 Abs. 3 AEntG mit bis zu 500.000 Euro bewehrt.

152 OLG Naumburg 8. 7. 2009 – 2 Ss 90/09, n. v.; nachgehend LG Magdeburg 29. 6. 2010 – 21 NS 17/09, PStR 2010, 269; zuvor schon *Rieble*, in: ders./Junker/Giesen, Arbeitsstrafrecht im Umbruch, 2009, S. 17 (Rn. 33); *Schröder*, GmbHR 2010, R177.

153 BSG 17. 4. 2004 – B 12 KR 1/04 R, NZS 2005, 538 (Rn. 5 ff.); *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789 f.

154 Keine aufschiebende Wirkung analog § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB IV, vgl. BayLSG 7. 1. 2010 – L 5 R 881/09 B ER, NZA 2010, 326.

155 Für eine Evidenzkontrolle als Fahrlässigkeitskriterium bei unberechtigtem Mängelbeseitigungsverlangen: *Kaiser*, NJW 2008, 1709 (1712).

156 Zum Maßstab der Plausibilität bei Fahrlässigkeit: BGH 16. 1. 2009 – V ZR 133/08, NJW 2009, 1262 (1264).

zugemutet werden kann¹⁵⁷. Auf Bußgeld- und Strafverfahren muss sich niemand verweisen lassen (»Damokles-Rechtsprechung«)¹⁵⁸. Dies gilt auch, wenn – wie hier – diese Verfahren nur zusätzlich drohen und nicht der einzig mögliche Rechtsschutzweg sind¹⁵⁹.

Arbeitgeber können zwar auch den Mindestlohn unter dem *Vorbehalt der Rückforderung* gewähren, was selbst unter Ausschluss der Entreicherungseinrede und mit Erfüllungswirkung möglich ist¹⁶⁰, doch ist die Vorbehaltsleistung jedenfalls bei Mindesturlaub nach § 5 Nr. 2 AEntG¹⁶¹ nicht möglich¹⁶². Selbst wenn die Verfolgungsbehörden versichern, dass sie die Ahndung von Verstößen bis zur Klärung der Rechtslage aussetzen werden¹⁶³, liegt diese Entscheidung im freien Ermessen der Behörden, welches sich erst mit einer rechtskräftigen Entscheidung zugunsten des klagenden Arbeitgebers auf Null reduziert¹⁶⁴. Einen Anspruch auf Verfolgungsaussetzung hat der Arbeitgeber nicht¹⁶⁵.

(bb) Arbeitsgerichtliche Statusfeststellungsklage

Das BVerwG hat allerdings übersehen, dass Arbeitgeber auch ohne Bußgeldgefahr eine arbeitsgerichtliche Inzidentprüfung einer Rechtsverordnung nach dem AEntG herbeiführen können, indem sie zunächst die Mindestarbeitsbedingungen gewähren, zugleich aber einen ihrer Arbeitnehmer¹⁶⁶ auf Feststellung verklagen, dass sie nicht verpflichtet sind, die Regelung der Rechtsverordnung anstatt derjenigen des (billigeren) Tarif- oder

157 Dagegen schützt bloße Unkenntnis von der Bindung an Mindestarbeitsbedingungen selbst Kleinarbeitgeber nicht vor einem Bußgeld, OLG Brandenburg 3. 4. 2003 – 2 Ss (OWi) 158B/02, juris (Rn. 5); auch Unkenntnis der eigenen Arbeitgebereneigenschaft begründet nur einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum, BGH 7. 10. 2009 – 1 StR 478/09, wistra 2010, 29.

158 St. Rspr.: BVerfG 18. 10. 1966 – 2 BvR 386/63 u. a., NJW 1967, 291; 14. 11. 1989 – 1 BvL 14/85 u. a., NJW 1990, 1349; 14. 1. 1998 – 1 BvR 1995/94 u. a., NJW 1998, 1385; 7. 4. 2003 – 1 BvR 2129/02, NVwZ 2003, 856 (857); damit unvereinbar BVerwG 7. 5. 1987 – 3 C 53/85, NVwZ 1988, 430 (431), wonach nachträglicher Rechtsschutz in einem rechtsstaatlich ausgestalteten Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren genügen soll, um das Feststellungsinteresse für eine vorbeugende Feststellungsklage gegen den Normanwender entfallen zu lassen.

159 BVerfG 7. 4. 2003 – 1 BvR 2129/02, NVwZ 2003, 856 (857); BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 41).

160 Lorenz, in: Staudinger, Neubearbeitung 2007, § 814 Rn. 7, § 820 Rn. 5.

161 Mindestarbeitsbedingungen nach § 5 Nr. 4 i. V. m. § 2 Nr. 3–7 AEntG können wegen § 7 Abs. 1 Satz 3 AEntG nicht Gegenstand einer Rechtsverordnung sein.

162 Weil die Arbeitsschuld nach h. M. absolute Fixschuld ist (vgl. nur ErfK/Preis, 11. Aufl. 2011, § 615 BGB, Rn. 4), kommt ein Nacharbeiten für überobligatorisch erlangtem Urlaub nicht in Betracht.

163 So im Fall des Postmindestlohns, vgl. Handelsblatt vom 17. 12. 2008 (www.handelsblatt.com/politik/deutschland/post-mindestlohn-steht-auf-der-kippe/3074580.html) – zuletzt aufgerufen am 9. 5. 2011).

164 Siehe unten V.1.c)(2) (S. 429).

165 Siehe Fn. 154 (S. 414).

166 Weil der Bund nicht Partei des Rechtsstreits ist, aber gleichwohl davon auszugehen ist, dass er sich an ein (rechtskräftiges) Urteil halten wird, welches die Rechtswidrigkeit einer Rechtsverordnung inzident feststellt, genügt eine »Musterklage« gegen einen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis unzweifelhaft dem Geltungsbereich des Mindestlohnarbeitsvertrages unterfällt.

Arbeitsvertrages anzuwenden¹⁶⁷. Mit einer solchen *Statusfeststellungsklage* kann nicht nur gerichtlich festgestellt werden, ob ein Arbeitsverhältnis besteht und welche konkreten Rechte und Pflichten aus ihm erwachsen¹⁶⁸, sondern auch, ob ein bestimmtes Regelwerk insgesamt auf ein Arbeitsverhältnis anzuwenden ist (Geltungsfeststellung)¹⁶⁹. Dabei ist es unerheblich, ob das Regelwerk ein *Tarifvertrag* ist, der kraft beiderseitiger Tarifbindung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG, kraft Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder gem. § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB auf ein Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Das Gericht hat die Rechtmäßigkeit des Regelwerks inzident zu prüfen, wenn begründete Zweifel daran bestehen¹⁷⁰. Bei der Tarifgeltung nach § 5 Abs. 4 TVG zählt zum Prüfungsumfang auch die Rechtmäßigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung¹⁷¹.

Ob ein Arbeitsverhältnis einer (wirksamen) *Mindestlohnverordnung* unterliegt, kann ebenso zum Gegenstand einer Statusfeststellungsklage gemacht werden wie die Frage, ob es einem bestimmten Tarifvertrag unterfällt. Es handelt sich dabei formal zwar nicht um eine Konkurrenz verschiedener Tarifverträge, sondern die Konkurrenz zwischen staatlicher Rechtsverordnung und privatem Tarifvertrag¹⁷² bzw. Arbeitsvertrag¹⁷³. Doch ist der Geltungsgrund der konkurrierenden Regelwerke für die Zulässigkeit der Statusfeststellungsklage unerheblich, weil sie nur Rechtsklarheit für das konkrete Arbeitsverhältnis schaffen soll:

»Es geht deshalb konkret um den Inhalt des bestehenden Arbeitsverhältnisses, nicht abstrakt um das auf das Rechtsverhältnis anwendbare Recht.«¹⁷⁴

Freilich kann sich der Inhalt des Arbeitsverhältnisses nur nach wirksamem Recht bestimmen, weshalb dies inzident von Amts wegen zu prüfen ist.

»Das Interesse an der alsbaldigen Feststellung ergibt sich daraus, daß bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses die zwingenden gesetzlichen Vorschriften, die ein Arbeitsverhältnis gestalten, auf das Vertragsverhältnis der Parteien unabhängig von den getroffenen Vereinbarungen unmittelbar anzuwenden sind. Das gilt auch für den Fall, daß Streit über einzelne Arbeitsbedingungen absehbar ist. Es wäre prozeßökonomisch wenig sinnvoll, den um die Statusbeurteilung eines Beschäftigten geführten Prozeß von Anfang an mit Streitpunkten zu belasten [. . .], die bei positivem Ausgang des Rechtsstreits zwischen den Parteien in Verhandlungen geklärt werden können. Die Beantwortung der für den Beschäftigten wichtigsten Fragen nach dem arbeitsrechtlichen Schutz seines Rechtsverhältnisses soll nicht durch eine vermeidbare Ausweitung des Streitgegenstands verzögert werden.

167 Analog zu BAG 26. 7. 2001 – 8 AZR 759/00, AP Nr. 63 zu § 256 ZPO 1977 (unter I.1. der Gründe).

168 Z. B. Ausübung des Direktionsrechts, vgl. BAG 20. 1. 1960 – 4 AZR 267/59, SAE 1960, 81 mit Anm. *Herschel*.

169 BAG 21. 2. 2001 – 4 AZR 18/00, NZA 2001, 1318 (1319) = SAE 2002, 19 mit Anm. *Kamanabrou*; 26. 7. 2001 – 8 AZR 759/00, AP Nr. 63 zu § 256 ZPO 1977 (unter I.2. der Gründe); *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 3 Rn. 162.

170 ErfK/*Franzen*, 11. Aufl. 2011, § 5 TVG, Rn. 28.

171 *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 5 Rn. 141.

172 Bei beiderseitiger Tarifbindung an einen überlagerten Tarifvertrag gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG.

173 Bei Fehlen eines überlagerten Tarifvertrages oder nur arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf einen solchen, vgl. BAG 29. 8. 2007 – 4 AZR 767/06, NZA 2008, 364 = SAE 2008, 355 mit Anm. *Witeler* (Rn. 20).

174 BAG 26. 7. 2001 – 8 AZR 759/00, AP Nr. 63 zu § 256 ZPO 1977 (unter I.2. der Gründe).

Die Statusfrage ist die Grundfrage solcher Rechtsstreite; es ist sinnvoll, sie vorab zur gerichtlichen Entscheidung zu stellen. [. . .] Durch die Feststellung, daß die sich aus einem bestimmten Tarifvertrag ergebenden Rechte und Pflichten für das Arbeitsverhältnis gelten, wird der wesentliche Inhalt des Arbeitsverhältnisses geklärt und eine Vielzahl von Einzelfragen dem Streit der Parteien entzogen. Daraus folgt das erforderliche Feststellungsinteresse.¹⁷⁵

Das BAG verlangt zwar nicht einmal, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über einzelne Arbeitsbedingungen Streitigkeiten absehbar sind, dennoch fehlt ein hinreichendes Statusfeststellungsinteresse, wenn zwischen den Arbeitsvertragsparteien Einigkeit über das anzuwendende Regelwerk herrscht. Damit die Gerichte nicht mit vollkommen abstrakten Rechtsfragen behelligt werden, sind auch Statusfeststellungsklagen nur zulässig, wenn der Rechtslage des Klägers wenigstens eine »gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht« und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen¹⁷⁶. Eine Gefährdung wird zwar regelmäßig (erst) dann angenommen, wenn der Beklagte das Recht des Klägers ernstlich bestreitet oder er sich eines Rechts gegen den Kläger berüht¹⁷⁷. Dies ist jedoch entbehrlich, wenn der Kläger befürchten muss, dass ihm der Beklagte auf Grund seines vermeintlichen Rechts »ernstliche Hindernisse entgegensetzen« wird. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Beklagte eine nach Treu und Glauben zu erwartende eindeutige Erklärung zurückhält¹⁷⁸.

Der Arbeitgeber, welcher mittels einer Statusfeststellungsklage inzident eine Mindestlohnverordnung gerichtlicher Überprüfung zuführen will, braucht nur seine Rechtsauffassung seinen Arbeitnehmern kund zu tun und seine Absicht darzulegen, ihnen künftig nicht (mehr) die Mindestarbeitsbedingungen zu gewähren. Arbeitnehmer können sich zwar auf »Dulden und Liquidieren« zurückziehen, doch begründet dies bereits ein *hinreichendes Feststellungsinteresse* für den Arbeitgeber, weil seiner Rechtslage eine »gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit« droht. Selbst vergangenheitsbezogen ist die Statusfeststellung insoweit zulässig, als sich aus der Feststellung noch Folgen für Gegenwart oder Zukunft ergeben¹⁷⁹, was bei Rückforderungsansprüchen von (unter Vorbehalt) überzahltem Lohn stets der Fall sein wird. Auch reine Mindesturlaubsverordnungen können vom Arbeitgeber negativer Feststellung zugänglich gemacht werden, weil er abhängig von ihrer Rechtmäßigkeit wirtschaftliche Dispositionen in Gestalt der Betriebsplanung treffen und ggf. zusätzliche Urlaubsvertretungen einstellen muss.

Das BVerwG ging deshalb unzutreffend von einem Ausnahmefall aus, in dem ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen Normadressat und Normgeber aus Rechtsschutzgründen angenommen werden müsste. Effektiven Rechtsschutz können Arbeitgeber im *Arbeitsrechtsweg* erlangen, weswegen die Anforderungen des § 43 VwGO nicht

175 BAG 26. 7. 2001 – 8 AZR 759/00, AP Nr. 63 zu § 256 ZPO 1977 (unter I.3. der Gründe) = BB 2002, 49 (50).

176 BGH 7. 2. 1986 – V ZR 201/84, NJW 1986, 2507.

177 *Becker-Eberhard*, in: MünchKommZPO, 3. Aufl. 2008, § 256 Rn. 38.

178 BGH 17. 5. 1977 – VI ZR 174/74, NJW 1977, 1637 (1639); 13. 1. 2010 – VIII ZR 351/08, NZM 2010, 237 (Rn. 19).

179 BAG 3. 3. 1999 – 5 AZR 275/98, NZA 1999, 669 (670).

dadurch aufgeweicht werden dürfen, dass auf eine hinreichende Konkretisierung des festzustellenden Rechtsverhältnisses verzichtet wird¹⁸⁰.

(c) Subsidiarität der Feststellungsklage

Nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO sind Feststellungsklagen unzulässig, wenn der Kläger sein Rechtsschutzziel auch durch Leistungs- oder Gestaltungsklage erreichen kann. In welchem Rechtsweg ihm dies möglich ist, spielt wegen der Gleichwertigkeit der Gerichtszweige und aus Gründen der Prozessökonomie – insoweit tritt das BVerwG der Ansicht des VG Berlin entgegen – keine Rolle¹⁸¹. Unter diesem Gesichtspunkt waren die Klagen der Arbeitgeber hier aber – entgegen dem *obiter dictum* des OVG – zulässig, weil gegen den Bund keine Leistungsklage auf Erlass, Änderung oder Beseitigung einer Rechtsverordnung erhoben werden kann¹⁸². Auch arbeitsgerichtliche Leistungsklagen gegen Arbeitnehmer können Arbeitgeber nicht erheben, weil sie es sind, die zu Mindestleistungen verpflichtet sind. Feststellungsklagen jenseits des Verwaltungsrechtswegs, insbesondere arbeitsgerichtliche Statusfeststellungsklagen, verdrängen verwaltungsgewerliche Feststellungsklagen nicht, weil genau dieselbe Inzidentkontrolle der Rechtsverordnung durchgeführt wird und der Rechtsbehelf somit nicht effektiver ist. Unter Subsidiaritätsgesichtspunkten ist der Vorrang des einen oder anderen Rechtswegs deshalb nicht zu begründen.

(2) Feststellungsinteresse und Klagebefugnis

Das Feststellungsinteresse folgt mit den zutreffenden Worten des VG Berlin daraus, »dass jemand, der monatlich Lohn zu zahlen hat, bald wissen will, wieviel er zu zahlen hat«.¹⁸³

Freilich ist zusätzlich notwendig, dass die Behörde insoweit anderer Meinung ist als der Kläger¹⁸⁴. Die von der Rechtsprechung mitunter auch bei Feststellungsklagen analog § 42 Abs. 2 VwGO geforderte Klagebefugnis¹⁸⁵ ist mit der möglichen Verletzung von Art. 12 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG unzweifelhaft gegeben¹⁸⁶.

3. Zwischenergebnis

Die Klagen der Arbeitgeber gegen die BriefArbbV hat das BVerwG in Ermangelung anderweitiger Rechtsschutzmöglichkeiten für zulässig befunden. Indes hätten sie auch vor den Arbeitsgerichten effektiven Rechtsschutz im Wege der Statusfeststellungsklage erlangen können, weshalb ein ausnahmsweise feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen den Arbeitgebern als Normadressaten und dem Bund als Normgeber nicht ange-

180 Zutreffend OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 35).

181 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 40); ebenso OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 37); auch schon BVerwG 18. 10. 1985 – 4 C 21/80, NJW 1986, 1826 (1828 f.); 12. 7. 2000 – 7 C 3/00, NVwZ 2000, 1411 (1412).

182 Siehe Fn. 95 (S. 407); *Sodan*, in: ders./Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 43 Rn. 130.

183 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (485).

184 *Kopp/Schenke*, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 43 Rn. 24.

185 Jüngst offen gelassen von BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 (Rn. 36); eingehend *Sodan*, in: ders./Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 42 Rn. 372 ff., § 43 Rn. 74 ff.

186 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 37).

nommen werden kann. Im Übrigen ist auch die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs für Normkontrollklagen gegen Rechtsverordnungen, die zu keinen verwaltungsgerichtlichen Anwendungstreitigkeiten führen können, abzulehnen.

III. Klagen von Arbeitgeberverbänden im Verwaltungsrechtsweg

1. Entscheidungen der Gerichte

a) VG Berlin

Mit der Zulässigkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes von Arbeitgeberverbänden gegen Mindestlohnverordnungen hat sich das VG Berlin im Anordnungsverfahren gegen die BriefArbbV auf Antrag des BdKEP befasst. Das VG Berlin lehnt zunächst die Eröffnung des Rechtswegs zu den *Finanzgerichten* ab¹⁸⁷, setzt sich im Anschluss aber nicht positiv mit den Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 VwGO auseinander. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen Bund und Arbeitgeberverband soll sich daraus ergeben, dass letzterer Partei eines durch die Mindestlohnverordnung überlagerten Tarifvertrags sei und deshalb die hoheitliche Einwirkung durch den Bund auf (s)eine privatrechtliche Vereinbarung zu dulden habe¹⁸⁸. Dieses Rechtsverhältnis sei zwischen den Beteiligten streitig, weil der Bund die Verordnung verteidige¹⁸⁹. Der BdKEP habe außerdem ein berechtigtes Feststellungsinteresse, weil unklar sei, ob der von ihm mit der GNBZ geschlossene Tarifvertrag von der BriefArbbV überlagert werde oder nicht¹⁹⁰. Die Feststellungsklage sei auch nicht subsidiär, weil eine vorrangige Gestaltungs- oder Leistungsklage *vor den Verwaltungsgerichten* nicht gegeben sei. Jedenfalls sei es »eher unwahrscheinlich«, dass die Zollbehörden auch Prüfungen bei einem Arbeitgeberverband vornähmen¹⁹¹.

b) OVG Berlin-Brandenburg

Das OVG Berlin-Brandenburg erachtet die Klage des Arbeitgeberverbands ebenfalls für zulässig. Zwar begründe die Mindestlohnverordnung für ihn – anders als für die Arbeitgeber – keine unmittelbaren Pflichten; sie betreffe ihn aber in seinen satzungsgemäßen Aufgaben als Arbeitgeberverband, zu denen auch der Abschluss von Tarifverträgen gehöre. Im Geltungsbereich der Mindestlohnverordnung könne der Verband wegen des Günstigkeitsprinzips für seine Mitglieder keine »nach unten« abweichenden Tarifverträge abschließen. Dadurch werde er in seinem subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 9 Abs. 3 GG eingeschränkt¹⁹². Dem Arbeitgeberverband sei eine inzidente Überprüfung der Mindestlohnverordnung in Anwendungstreitigkeiten nicht möglich und er könne die Rechtmäßigkeit der Beschränkung seiner Koalitionsfreiheit nur mittels einer unmit-

187 VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 16).

188 VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 17).

189 VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 19).

190 VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 23).

191 VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 25).

192 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 40).

telbar gegen die Verordnung gerichteten *Verfassungsbeschwerde* feststellen lassen¹⁹³. Wegen Art. 19 Abs. 4 GG und der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde sei es deshalb geboten, dass der Kläger unmittelbar gegen den Ordnungsgeber eine Feststellungsklage erheben kann. Es sei ausnahmsweise ein konkretes Rechtsverhältnis zum Ordnungsgeber zu bejahen, weil der *Erlass* der Mindestlohnverordnung unmittelbar zu einer Beschränkung der Koalitionsbetätigungsfreiheit führe¹⁹⁴. Ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG entfalte zumindest keine rechtswegübergreifende Sperrwirkung nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO und wäre auch mangels eines Streits über die Tariffähigkeit oder -zuständigkeit des Verbands ungeeignet, um die begehrte Entscheidung über die Mindestlohnverordnung zu erlangen¹⁹⁵.

c) BVerwG

Das BVerwG schließt sich dem OVG Berlin-Brandenburg im Ergebnis an. Das feststellungsfähige Rechtsverhältnis folge aus der Anwendung von § 7 Abs. 1 AEntG durch *Erlass* der Mindestlohnverordnung, wodurch der Arbeitgeberverband in seiner durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Betätigungsfreiheit berührt werde. Streitig sei, ob vom Verband abgeschlossene oder noch abzuschließende Tarifverträge durch die Mindestlohnverordnung verdrängt würden und ob ihm wegen dieses mittelbaren Eingriffs in seine koalitionsmäßige Betätigungsfreiheit ein Abwehrrecht gegen die Geltungserstreckung zustehe, auch wenn die Verordnung für ihn selbst unmittelbar keine Rechte oder Pflichten begründe¹⁹⁶. Für die Zulässigkeit unerheblich sei, ob der Verband bereits wirksame Tarifverträge abgeschlossen habe, die mit Inkrafttreten des Mindestlohns verdrängt würden.

»Auch wenn die Verdrängungswirkung sich noch nicht aktualisiert haben sollte, verschlechtert sie bereits jetzt die Verhandlungsposition der Arbeitgeberverbände, die nicht am Abschluss des erstreckten Tarifvertrages beteiligt waren.«¹⁹⁷

Die mittelbare Beeinträchtigung der Verbandsaufgaben, eigene tarif- und sozialpolitische Vorstellungen und Ziele zu verfolgen und für seine Mitglieder abweichende Arbeitsbedingungen auszuhandeln und abzuschließen, begründe ein berechtigtes wirtschaftliches und ideelles Feststellungsinteresse¹⁹⁸. Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage sei auch nicht gegenüber einer arbeitsgerichtlichen »quasi-Normkontrolle« nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG i. V. m. § 9 TVG subsidiär, weil mit einer solchen *Verbandsklage* nicht geklärt werden könne, ob ein Tarifvertrag nach den Regeln der Tarifkonkurrenz oder aus anderen Gründen gegenüber anderen Tarifverträgen zurücktrete. Jedenfalls könne der Verband damit keinen hinreichenden Schutz vor der mittelbaren Beeinträchtigung seiner Koalitionsfreiheit erlangen¹⁹⁹.

193 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 41).

194 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 41).

195 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 42).

196 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 45).

197 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 49).

198 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 52).

199 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 53 f.); bereits gegen eine analoge Anwendung des vergleichbaren § 8 BerlTVG: BVerwG 6. 6. 1958 – VII CB 187.57, BVerwGE 7, 82 (89).

2. Stellungnahme

a) Ermittlung des Rechtsschutzziels

Arbeitgeberverbände, deren Tarifverträge von Mindestlohnverordnungen überlagert zu werden drohen, müssen die Möglichkeit haben, die Rechtmäßigkeit dieses Eingriffs in ihre Koalitionsbetätigungsfreiheit gerichtlich überprüfen zu lassen. Sie werden wirtschaftlich in ihrem Bestand gefährdet, wenn ihre Mitglieder durch staatliche Mindestarbeitsbedingungen reihenweise in die Insolvenz getrieben werden²⁰⁰ oder im verdrängten Tarifvertrag vorgesehene gemeinsame Einrichtungen ihrer Funktionsfähigkeit beraubt werden²⁰¹. Sie begehren deshalb im Kern – ebenso wie die Arbeitgeber – eine *Beseitigung der Rechtsverordnung*.

b) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Nach den oben entwickelten Grundsätzen ist für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bei »kleinen« wie »großen« Normkontrollklagen auf den Rechtsweg für Anwendungsstreitigkeiten abzustellen²⁰². Während Anwendungsstreitigkeiten aus Mindestlohnverordnungen mit *Arbeitgebern* überall, nur nicht vor den Verwaltungsgerichten geführt werden, ergeben sich *für Arbeitgeberverbände überhaupt keine Anwendungsstreitigkeiten* vor irgendeinem Gericht. Weder können sie auf Einwirkung auf ihre Verbandsmitglieder zur Gewährung der Mindestarbeitsbedingungen verklagt werden²⁰³, noch kann der Zoll gegen sie Maßnahmen ergreifen, die gerichtlicher Überprüfung zugeführt werden könnten²⁰⁴.

Arbeitgeberverbände sind nicht Normadressaten von Mindestlohnverordnungen und diese für sie deshalb »not-executing«²⁰⁵. Durch den Normerlass wird ihr Koalitionsbetätigungsfeld *kollateral* eingeschränkt, denn existente Tarifverträge behalten ihre Gültigkeit und neue Tarifverträge können abgeschlossen werden. Sie sind nur, soweit sie hinter den Mindestarbeitsbedingungen zurückbleiben und solange diese gelten, unanwendbar. Das OVG spricht in diesem Zusammenhang von einer »Normerlasskonstellation«, meint aber nicht eine Positivklage auf staatliche Mindestlohnsetzung, sondern dass

200 Parteivorbringen des BdKEP, VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (484); aber als unzureichender Anordnungsgrund angesehen, VG Berlin 11. 2. 2008 – 4 A 15.08, juris (Rn. 27).

201 *Mäßten/Mauer*, NZA 1996, 121 (124); § 5 Nr. 3 AEntG erlaubt die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über Urlaubskassen.

202 Siehe oben II.2.b)(2)(c) (S. 400).

203 Die *Verbandscompliance* begründet keine Einwirkungspflichten auf Verbandsmitglieder, sich in Bezug auf verbandsfremde, staatlich erstreckte Mindestarbeitsbedingungen rechtstreu zu verhalten, weil insofern für den Verband schon keine schuldrechtliche Verpflichtung aus dem verbandsfremden Tarifvertrag folgt.

204 Was das VG Berlin nur als unwahrscheinlich angesehen hat, ist rechtlich gar nicht möglich, weil sich die Befugnisse des Zolls (§§ 2 ff. SchwarzArbG) nie gegen Arbeitgeberverbände richten.

205 Das Beteiligungsrecht der Arbeitgeberverbände aus § 7 Abs. 4 AEntG vor Erlass einer Mindestlohnverordnung ist kein Anwendungsfall der zum Beteiligungszeitpunkt noch gar nicht existenten Verordnung (dazu unten V.3, S. 437); a. A. offenbar *Mäßten/Mauer*, NZA 1996, 121 (124).

»der Erlass der Rechtsverordnung unmittelbar zu einer Beschränkung der Betätigungsfreiheit des [Arbeitgeberverbands] führt«²⁰⁶.

Arbeitgeberverbände stehen hinsichtlich staatlicher Mindestlöhne damit vor demselben Dilemma wie *Spitzenverbände der Pflegedienste* hinsichtlich Krankenpflegerichtlinien nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6, Abs. 7 SGB V. Auch solche Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses sind untergesetzliche Normen²⁰⁷, welche die Spitzenorganisationen bei der Ausübung ihrer Verbandsrechte einschränken, weil sie die Richtlinien in ihren Rahmenempfehlungen über eine einheitliche Versorgung der Versicherten mit häuslicher Krankenpflege zu berücksichtigen haben (§ 132a Abs. 1 SGB V). Die Krankenpflegerichtlinien beeinflussen somit

»allein durch ihre rechtliche Existenz den Spielraum der Spitzenorganisationen der Pflegedienste [. . .], ohne dass es hierfür noch eines gesonderten Vollzugsaktes bedürfte«²⁰⁸.

»Die Spitzenorganisationen erfüllen bei der Mitwirkung an der Vereinbarung von Rahmenempfehlungen [. . .] originär ihre Funktion als private Zusammenschlüsse zur Interessenvertretung ihrer Mitglieder (vgl. Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG) [. . .]; sie sind deshalb auch befugt, Rechtsschutz gegen eine rechtswidrige Beeinträchtigung dieses Auftrags durch andere Institutionen [. . .] in Anspruch zu nehmen«²⁰⁹.

Da auch die Spitzenorganisationen der Pflegedienste die Rechtmäßigkeit der Krankenpflegerichtlinien nicht anderweitig gerichtlich inzident überprüfen lassen können²¹⁰, müssen sie Normkontrolle in Gestalt einer Feststellungsklage gegen den Normgeber erheben können. Dass dafür der *Sozialrechtsweg* eröffnet ist, korrespondiert mit der Zuständigkeit der Sozialgerichte für Anwendungsstreitigkeiten aus den Pflegerichtlinien im Übrigen²¹¹.

Gibt es keine Anwendungsstreitigkeiten aus einer Rechtsverordnung, weil der Rechtssuchende *außenstehender Nichtadressat* ist, greift die Verordnung aber dennoch in seinen Rechtskreis ein, ist für ihn gegen die Rechtsverordnung derselbe Rechtsweg eröffnet, der für Normadressaten in *unmittelbaren Anwendungsstreitigkeiten* gegeben ist. Dies rechtfertigt sich schon aus der vom BVerfG postulierten Rechtsanwendung »im Lichte der Fallpraxis«²¹². Die Gerichte, welche die Rechtsverordnung regelmäßig ausulegen und anzuwenden haben, verfügen über die *entsprechende Spruchpraxis*, um auch Externalitäten systemkonform einzuordnen²¹³. Vor allem sind aber *faktische Präjudizien* für »echte« Anwendungsstreitigkeiten in anderen Rechtswegen zu vermeiden. Auch eine *Bündelungsfunktion* kann nur in dem Rechtsweg erreicht werden, in dem über Streitig-

206 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 41).

207 BSG 20. 3. 1996 – 6 RKA 62/94, BSGE 78, 70 (75).

208 BSG 31. 5. 2006 – B 6 KA 69/04 R, GesR 2007, 90 (91).

209 BSG 31. 5. 2006 – B 6 KA 69/04 R, GesR 2007, 90 (91).

210 BSG 31. 5. 2006 – B 6 KA 69/04 R, GesR 2007, 90 (91 f.).

211 Adressaten der Richtlinien sind der die Maßnahme verordnende Vertragsarzt sowie die für den Versicherten zuständige Krankenkasse; darüber hinaus sind die Richtlinien auch für die Versicherten unmittelbar verbindlich, BSG 31. 5. 2006 – B 6 KA 69/04 R, GesR 2007, 90 (92).

212 *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 253.

213 Ähnlich bereits BVerwG 6. 6. 1958 – VII CB 187.57, BVerwGE 7, 82 (87).

keiten aus der Verordnung im Übrigen entschieden wird. Nach dem Rechtsgedanken des § 2 Abs. 3 ArbGG ist deshalb auch für Arbeitgeberverbände der *Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen* eröffnet²¹⁴, wenn sie gegen Mindestlohnverordnungen vorgehen wollen.

c) Zulässigkeit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage des Arbeitgeberverbandes ist von den Gerichten zu Recht einheitlich für zulässig befunden worden.

(1) Statthaftigkeit

(a) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Das zwischen Arbeitgeberverbänden und dem Bund allgemein bestehende Rechtsverhältnis aus Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG wird durch Erlass einer Mindestlohnverordnung aktualisiert, weil der Bund damit die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte *Koalitionsbetätigungsfreiheit* der betroffenen Verbände beeinträchtigt²¹⁵. Im Gegensatz zum Rechtsverhältnis des Bundes zu den betroffenen Arbeitgebern ist jenes zu den Verbänden auch hinreichend konkret, weil die im Anwendungsbereich einer Mindestlohnverordnung vertretenen Verbände regelmäßig eine *überschaubare Gruppe* bilden, die in Bestand, Zusammensetzung und Machtverteilung im Geltungszeitraum der Mindestlohnverordnung kaum große Veränderungen erfahren wird. Jedenfalls ist wegen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde²¹⁶ und zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes mangels anderweitiger Rechtsschutzmöglichkeiten für Normkontrollklagen von Arbeitgeberverbänden auf ein sonst erforderliches Maß an Konkretisierung des Rechtsverhältnisses zum Normgeber zu verzichten²¹⁷.

(b) Subsidiarität der Feststellungsklage

Ob das arbeitsgerichtliche *Beschlussverfahren* nach §§ 2a Abs. 1 Nr. 4, 97 ArbGG effektiven Rechtsschutz für den klagenden Arbeitgeberverband geboten hätte, lässt das OVG offen, spricht diesem Verfahren aber jedenfalls eine Sperrwirkung für die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 2 VwGO ab²¹⁸. Dies ist nicht nur wegen der rechtswegübergreifenden Aussetzungspflicht nach § 97 Abs. 5 ArbGG zweifelhaft, sondern auch im Hinblick auf die Breitenwirkung einer rechtskräftigen Entscheidung²¹⁹, die prozessökonomisch durchaus als »effektiverer« Rechtsschutz angesehen werden kann. Freilich ist die Statthaftigkeit des Beschlussverfahrens zur Prüfung der »sachlichen« Tarifzuständigkeit bislang nicht anerkannt²²⁰.

214 Dazu unten V.2.a) (S. 432).

215 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 45 ff.).

216 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 41).

217 Für *Mäßel/Mauer*, NZA 1996, 121 (124), begründen die Anhörungsrechte im Vorfeld der Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 Abs. 2 TVG) in Normkontrollsituationen ein konkretes Rechtsverhältnis »zum zuständigen Minister«.

218 OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 42).

219 *Matthes/Schlewing*, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 97 Rn. 29 f.

220 Siehe aber unten V.2.a)(2)(b) (S. 433).

Das BVerwG widmet sich stattdessen der Tarifnormkontrolle durch *Verbandsklage* nach § 9 TVG²²¹ und stellt zutreffend fest, dass der klagende Arbeitgeberverband nicht am Abschluss des durch die BriefArbbV allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages beteiligt war, weswegen er als Partei dieser »quasi-Normenkontrolle« ausscheidet²²². Es wäre auch nicht überzeugend, Arbeitgeberverbände generell auf den Abschluss von (Dumping-)Tarifverträgen im Bereich von Mindestlohnregelungen zu verweisen, um deren Gültigkeit im Wege des § 9 TVG feststellen zu lassen, denn die Verbandsklage kann nicht das Verhältnis von Tarifverträgen zueinander, geschweige denn zu staatlichen Mindestlöhnen klären²²³.

(2) Feststellungsinteresse und Klagebefugnis

Feststellungsinteresse und Klagebefugnis des Arbeitgeberverbands sind unproblematisch gegeben, denn er hat ein

»wirtschaftliches und ideelles Interesse daran, die Rechtmäßigkeit seiner Einschränkung gerichtlich durch Feststellungsklage überprüfen zu lassen und kann eine mögliche Verletzung seiner Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG geltend machen«²²⁴.

3. Zwischenergebnis

Arbeitgeberverbände haben derzeit keine effektive Möglichkeit, ihre Koalitionsfreiheit gegen staatliche Mindestlöhne zu verteidigen, weswegen sie unmittelbar gegen den »Mindestlohnsetzer« klagen können müssen. Das BVerwG hat deshalb ebenso wie das OVG die Feststellungsklage des BdKEP gegen den Bund zu Recht für zulässig befunden. Indes ist der Verwaltungsrechtsweg nach hier vertretener Auffassung – entgegen der Ansicht des VG Berlin – für Normkontrollklagen gegen Mindestlohnverordnungen nicht eröffnet.

IV. Klagen von Gewerkschaften im Verwaltungsrechtsweg

Für Gewerkschaften gelten die Ausführungen zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der Arbeitgeberverbände weitestgehend entsprechend. Sie haben das gleiche berechtigte Interesse, Beschränkungen ihrer Koalitionsbetätigungsfreiheit gerichtlich überprüfen zu lassen. Staatliche Mindestlöhne zwingen Gewerkschaften dazu, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ihres Tarifpartners primär darauf zu verwenden, den Mindeststundenlohn zu übertreffen, um nach dem Günstigkeitsprinzip überhaupt wirksame Tarifverträge zum Abschluss bringen zu können. Ihre Verhandlungsmöglichkeiten werden erheblich eingeschränkt, weil für Altersvorsorge, Vermögensbildung, Qualifizierungsmaßnahmen etc. dank des staatlichen Verteilungsdiktats regelmäßig der tarifpolitische Gestaltungsraum fehlen wird.

221 Eingehend Rieble, NZA 1992, 250.

222 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 53); vgl. BAG 9. 12. 2009 – 4 AZR 190/08, NZA 2010, 712 (Rn. 39); Rieble, NZA 1992, 250 (252).

223 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 54); vgl. Rieble, NZA 1992, 250 (253).

224 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 52).

Da Gewerkschaften auch keine Inzidentkontrolle der Mindestlohnverordnung in Anwendungsstreitigkeiten herbeiführen können, müssen sie – wie Arbeitgeberverbände – ihr Normkontrollbegehren *direkt gegenüber dem Normgeber* durchsetzen. Dafür ist der Verwaltungsrechtsweg nach hier vertretener Auffassung nicht eröffnet, weil vor Verwaltungsgerichten keine Anwendungsstreitigkeiten aus Mindestlohnverordnungen geführt werden. Stattdessen sind die Arbeitsgerichte anzurufen²²⁵.

Tarifunfähige Gewerkschaften werden durch Mindestlöhne in ihrer Koalitionsbetätigungsfreiheit ungleich weniger beeinträchtigt, weil sie ohnehin keinen wirksamen Tarifvertrag abschließen können, der verdrängt zu werden droht. Eine mittelbare Beeinträchtigung ihrer Verhandlungs- und Wettbewerbsposition²²⁶ wird man nur dann annehmen können, wenn staatliche Mindestarbeitsbedingungen es ihnen nachweislich erschweren, überhaupt tariffähig zu werden, d. h. insbesondere soziale Mächtigkeit zu erlangen, weil etwa die Mindestarbeitsbedingungen so arbeitnehmerfreundlich sind, dass kein nennenswerter Anreiz mehr besteht, der Gewerkschaft beizutreten. Ob tarifunfähige Gewerkschaften ein berechtigtes Feststellungsinteresse für eine Normkontrollklage haben, ist deshalb eine Frage des Einzelfalls. Im Verfahren gegen die BriefArbbV war die GNBZ ohnehin nur Beigeladene²²⁷, sodass ihre später rechtskräftig festgestellte Tarifunfähigkeit²²⁸ keine Auswirkung mehr entfalten konnte²²⁹.

V. Rechtsschutzmöglichkeiten in anderen Rechtswegen

Die Möglichkeiten, Rechtsschutz gegen staatliche Mindestarbeitsbedingungen zu erlangen, stellen sich abseits des Verwaltungsrechtswegs wie folgt dar:

1. Inzidentkontrolle in Anwendungsstreitigkeiten

a) Inzidentkontrolle durch die Arbeitsgerichte

Primärer Rechtsbehelf ist die Inzidentkontrolle im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Klagt der *Arbeitnehmer* die Gewährung von Mindestarbeitsbedingungen ein, hat das Arbeitsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob die Mindestlohnverordnung rechtmäßig und somit anzuwenden ist²³⁰. Ist dies nicht der Fall, wird die Rechtsverordnung inzident für rechtswidrig befunden und die Klage des Arbeitnehmers abgewiesen. Möglich ist auch eine Klage des *Arbeitgebers* gegen seinen Arbeitnehmer auf Feststellung der Nichtschuld

225 Siehe unten V.2.a) (S. 432).

226 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 49).

227 VG Berlin 7. 3. 2008 – 4 A 439.07, NZA 2008, 482 (483).

228 Siehe Fn. 5 (S. 393).

229 Beigeladene müssen nur im Zeitpunkt der Beiladung möglicherweise durch die Entscheidung in ihren rechtlichen Interessen berührt werden, *Czybulka*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 65 Rn. 78.

230 Gleiches gilt, wenn eine Urlaubskasse im Sinne des § 5 Nr. 3 AEntG einen Arbeitgeber auf Beitragszahlung oder Auskunftsgewährung verklagt, vgl. BAG 1. 4. 2009 – 10 AZR 134/08, juris (Rn. 20).

der Mindestarbeitsbedingungen, wenn sich der Arbeitnehmer eines Anspruchs auf diese berührt. Ferner kann er die allgemeine Statusfeststellungsklage erheben, um das auf das konkrete Arbeitsverhältnis sachlich und rechtlich anwendbare Regelwerk verbindlich feststellen zu lassen. Auch in diesem Fall ist die Rechtmäßigkeit der Mindestlohnverordnung inzident zu prüfen, wenn das Arbeitsverhältnis in ihren sachlichen Geltungsbereich fällt.

Arbeitgeberverbänden und *Gewerkschaften* bleibt allein die Möglichkeit, ihre Mitglieder in Arbeitsgerichtsverfahren, in denen die Rechtmäßigkeit einer Mindestlohnverordnung entscheidungserheblich wird, zu unterstützen und ihre Rechtsposition im Wege der Nebenintervention nach § 66 ZPO einzubringen²³¹.

b) Inzidentkontrolle durch die Sozialgerichte

Wird bei einem Arbeitgeber eine Betriebsprüfung nach § 28p Abs. 1 SGB IV durchgeführt²³² und erlässt der Träger der Rentenversicherung einen Beitragsnachforderungsbescheid auf Grund zu wenig gezahlter Sozialversicherungsbeiträge, kann dieser vom *Arbeitgeber* vor dem Sozialgericht angefochten werden (§§ 51 Abs. 1, 54 Abs. 1 Satz 1 SGG). Da die (nachgeforderten) Beiträge von der Höhe des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers abhängen, muss das Sozialgericht die Wirksamkeit der Mindestlohnverordnung inzident überprüfen²³³.

c) Inzidentkontrolle durch die Finanzgerichte

(1) Rechtsschutz gegen Prüfungsanordnungen im Allgemeinen

Die Prüfung der Einhaltung der Arbeitgeberpflichten nach dem AEntG obliegt den Hauptzollämtern (§ 16 AEntG i. V. m. § 12 Abs. 2 FVG) – Sachgebiet »Finanzkontrolle Schwarzarbeit« unter Leitung der Oberfinanzdirektion Köln²³⁴. Verwaltungsrechtlich stehen ihnen zu diesem Zweck die Befugnisse nach dem SchwarzArbG zu (§ 17 Satz 1 AEntG i. V. m. §§ 2 ff. SchwarzArbG). Dabei handelt es sich um klassische Wirtschaftsüberwachung im Vorfeld kriminalpolizeilicher Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten (vgl. § 14 SchwarzArbG)²³⁵. Die Anordnung einer Betriebsprüfung nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG (Prüfungsanordnung) ist für den betroffenen Arbeitgeber ein (belastender) Verwaltungsakt im Sinne des § 118 Satz 1 AO²³⁶. Da die Prüfungsanordnung aber keine Außenprüfung nach §§ 193 ff. AO darstellt, muss sie weder schrift-

231 BAG 26. 10. 2009 – 3 AZB 24/09, NZA 2009, 1436 (Rn. 17).

232 Nach § 321 Satz 1 Nr. 1 SGB VI arbeiten die Rentenversicherungsträger bei Betriebsprüfungen mit den Zollbehörden zusammen, wenn auch Anhaltspunkte für Verstöße gegen das SchwarzArbG vorhanden sind; eingehend *Niederreiter*, Informationen der DRV-Regionalträger in Bayern 2006, 295 (301 ff.).

233 Zur umstrittenen Reichweite des materiellen Prüfungsrechts der Rentenversicherungsträger: *Schmiedl*, NZS 2001, 638 (639 f.).

234 Zur Verwaltungsgliederung: *Niederreiter*, Informationen der DRV-Regionalträger in Bayern 2006, 295 (302).

235 Widersprüchlich *Wamers*, in: Fehn, SchwarzArbG, 2006, § 3 Rn. 1 einerseits: »Verhinderung und Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten«, § 14 Rn. 2 andererseits: »unter keinen Umständen« Kompetenzen zur polizeilichen Gefahrenabwehr.

236 Anzuwenden gem. § 22 SchwarzArbG; offenbar übersehen von *Amb*s, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: 171. Ergänzungslieferung 2008, § 3 SchwarzArbG, Rn. 2.

lich ergehen, noch dem Pflichtigen in angemessener Zeit vor Beginn der Prüfung bekannt gegeben werden²³⁷.

Die §§ 2 ff. SchwarzArbG betreffen nur das verwaltungsrechtliche Prüfungsverfahren und setzen deshalb *keinen Anfangsverdacht* im Sinne der StPO voraus²³⁸. Gleichwohl sind Ermittlungen »ins Blaue hinein« unzulässig, vielmehr ist ein hinreichender Anlass für eine Prüfungsanordnung erforderlich²³⁹. Dieser ist dann gegeben, wenn auf Grund konkreter Anhaltspunkte oder auf Grund allgemeiner Erfahrung die Möglichkeit eines Verstoßes im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 SchwarzArbG besteht²⁴⁰. Erst die aus einer Betriebsprüfung gewonnenen Erkenntnisse können einen Anfangsverdacht gegen den geprüften Arbeitgeber begründen. Ab diesem Zeitpunkt befinden sich die Behörden der Zollverwaltung in einem straf- bzw. bußgeldrechtlichen Ermittlungsverfahren, ihre Beamten sind Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft und ihre Rechte und Pflichten richten sich nach den Vorschriften der StPO und des OWiG (§ 14 Abs. 1 SchwarzArbG).

Sowohl gegen die Prüfungsanordnung als auch gegen die im Zuge ihrer Vollziehung erlassenen (Duldungs-)Verwaltungsakte hat der betroffene Arbeitgeber prinzipiell zunächst Einspruch nach § 347 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AO zu erheben. Erst nach erfolglos durchgeführtem Einspruchsverfahren (vgl. § 44 FGO) kann er Anfechtungsklage nach § 40 Abs. 1 Alt. 1 FGO erheben. Freilich werden sich die von der Prüfungsanordnung ausgehenden Rechtsbeeinträchtigungen in aller Regel bereits vor Einspruchseinlegung und Klageerhebung durch Zeitablauf erledigt haben. Deshalb kann deren Rechtswidrigkeit nachträglich im Rahmen der *Fortsetzungsfeststellungsklage* nach § 100 Abs. 1 Satz 4 FGO festgestellt werden²⁴¹, wenn der klagende Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung hat²⁴². In Frage kommt vor allem die Gefahr der Wiederholung²⁴³. Ein Feststellungsinteresse aus Rehabilitationsgründen ist hingegen nur bei schikanösem Verhalten der Zollverwaltung anzuerkennen, weil die Prüfungsanordnung nach § 2 Abs. 1 SchwarzArbG keinen Anfangsverdacht im Sinne der StPO voraussetzt

237 FG Berlin-Brandenburg 4. 11. 2009 – 7 K 7024/07, EFG 2010, 463 (464 f.); ebenso zu § 304 SGB III a. F.: BayObLG 22. 5. 2002 – 3 ObOWi 22/02, AP Nr. 1 zu § 304 SGB III (unter 2. der Gründe); offen gelassen von BFH 15. 2. 2008 – II B 79/07, BFH/NV 2008, 1102 (1103); a. A. *Ambts*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: 179. Ergänzungslieferung 2010, § 22 SchwarzArbG Rn. 1; *Berwanger*, in: Fehn, SchwarzArbG, 2006, § 2 Rn. 2; *Fehn*, in: ders., SchwarzArbG, 2006, §§ 22, 23 Rn. 9.

238 FG Berlin-Brandenburg 4. 11. 2009 – 7 K 7024/07, EFG 2010, 463 (465); 25. 11. 2009 – 7 K 1213/07, EFG 2010, 610 (611).

239 FG Berlin-Brandenburg 25. 11. 2009 – 7 K 1213/07, EFG 2010, 610 (611).

240 BayLSG 10. 12. 2008 – L 10 AL 330/07 ZVW, juris (Rn. 18), zu § 304 SGB III a. F. unter Berufung auf BFH 29. 10. 1986 – VII R 82/85, BB 1987, 748 f.; siehe auch Antwort der Bundesregierung vom 26. 7. 2010 auf eine kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 17/2656, S. 4.

241 Grundlegend: BFH 7. 8. 1979 – VII R 14/77, BB 1979, 1595 f.

242 *Von Groll*, in: Gräber, FGO, 7. Aufl. 2010, § 100 Rn. 60.

243 BFH 20. 4. 2004 – VIII R 88/00, BFH/NV 2004, 1103.

und deshalb mit ihr auch kein Unwerturteil einhergeht²⁴⁴. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse folgt aber jedenfalls aus § 23 Abs. 1 Nr. 2 AEntG, wonach der Arbeitgeber ordnungswidrig handelt, wenn er die Prüfung nicht duldet oder an ihr nicht mitwirkt. Dem Arbeitgeber, der eine Überprüfung seines Betriebs für unberechtigt hält, ist es nämlich nicht zuzumuten, sich einer Mitwirkung bei der Kontrolle zunächst zu verweigern und ihre Rechtmäßigkeit anschließend in einem gegen ihn gerichteten Ordnungswidrigkeitenverfahren prüfen zu lassen²⁴⁵. Deswegen muss er trotz Duldung und eigener Mitwirkung nachträglich die Rechtmäßigkeit der Prüfung feststellen lassen können.

Sollte einem Arbeitgeber eine Prüfungsanordnung bereits einige Zeit vor der beabsichtigten Betriebsprüfung förmlich angekündigt werden²⁴⁶, kann er gegen diese schon vor ihrer Vollziehung und damit vor Erledigung *Einspruch* einlegen. Allerdings hemmt der Einspruch nicht den Vollzug (§ 361 Abs. 1 Satz 1 AO). Das Hauptzollamt kann von sich aus die Anordnung außer Vollzug setzen (§ 361 Abs. 2 Satz 1 AO) und »soll« dies auf Antrag des Arbeitgebers tun, wenn ernstliche Zweifel an deren Rechtmäßigkeit bestehen oder wenn ihre Vollziehung für den Arbeitgeber eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (§ 361 Abs. 2 Satz 2 AO). Der Arbeitgeber kann beim Finanzgericht erst dann einen Antrag auf Aussetzung des sofortigen Vollzugs stellen (§ 69 Abs. 3 FGO), wenn zuvor ein entsprechender Antrag beim Hauptzollamt erfolglos geblieben ist, es sei denn, dass die Finanzbehörde über den Antrag ohne Mitteilung eines hinreichenden Grundes in angemessener Frist sachlich nicht entschieden hat oder eine Vollstreckung droht (§ 69 Abs. 4 AO)²⁴⁷.

Ergeht keine Aussetzungsentscheidung und wird die Prüfungsanordnung im Laufe des Einspruchsverfahrens vollzogen, wird der Einspruch unzulässig und der Arbeitgeber kann direkt Fortsetzungsfeststellungsklage erheben²⁴⁸. Tritt Erledigung erst während des Gerichtsverfahrens ein, kann der Arbeitgeber seine Klage von Anfechtung auf Fortsetzungsfeststellung umstellen. Für das besondere Feststellungsinteresse reicht dann auch die Erheblichkeit der Feststellung in einem zumindest beabsichtigten und nicht völlig aussichtslosen *Amtshaftungsprozess* aus²⁴⁹. Ansprüche aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG können sich insbesondere dann ergeben, wenn der Geschäftsbetrieb während der Prüfung still stand²⁵⁰. Ist Erledigung allerdings bereits vor Klageerhebung eingetreten,

244 FG Berlin-Brandenburg 25. 11. 2009 – 7 K 1213/07, EFG 2010, 610 (611); dagegen bei verdachtsgestützten Außenprüfungen im Hinblick auf das Geschäftsinteresse bejahend: BSG 28. 8. 2007 – B 7/7 a AL 16/06 R, Breithaupt 2008, 355 (357).

245 FG Berlin-Brandenburg 4. 11. 2009 – 7 K 7024/07, EFG 2010, 463 (466).

246 So beispielsweise im Fall des BFH 15. 2. 2008 – II B 79/07, BFH/NV 2008, 1102.

247 *Brockmeyer*, in: Klein, AO, 10. Aufl. 2009, § 361 Rn. 40.

248 Ein »Fortsetzungsfeststellungseinspruch« ist unzulässig, FG München 27. 2. 2007 – 13 K 1179/04, juris (Rn. 30); ebenso zum »Fortsetzungsfeststellungswiderspruch«: BVerwG 9. 2. 1967 – I C 49.64, BVerwGE 26, 161 (165 ff.).

249 BFH 15. 5. 2002 – I B 8/02, IS 13/01, BFH/NV 2002, 1317 (1318).

250 FG Berlin-Brandenburg 4. 11. 2009 – 7 K 7024/07, EFG 2010, 463 (466).

kann ihre Rechtmäßigkeit unmittelbar im Amtshaftungsprozess vor dem Landgericht (§ 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG) geklärt werden²⁵¹.

(2) Rechtsschutz gegen Prüfungsanordnungen zum Zwecke der Inzidentkontrolle
Da die Prüfungsanordnung keinen bestimmten Anfangsverdacht voraussetzt, führt allein die Rechtswidrigkeit einer Mindestlohnverordnung noch nicht zur Rechtswidrigkeit der Prüfung. Die Mindestlohnverordnung bildet lediglich einen *Teil des Prüfprogramms* der Zollbehörden nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 SchwarzArbG und ist nicht Teil der Rechtsgrundlage ihres Handelns²⁵². Die Prüfungsbefugnisse der Zollbehörden bestehen unabhängig von der Rechtmäßigkeit einer Mindestlohnverordnung. Berücksichtigung finden muss die mögliche Nichtigkeit einer Mindestlohnverordnung aber im Rahmen des *Entschließungsermessens*, ob eine Prüfung angeordnet werden soll. Unverhältnismäßiges, sachwidriges oder willkürliches Verhalten der Finanzbehörde überschreitet die Grenzen pflichtgemäßer Ermessensausübung²⁵³. Dass die Überprüfung der Einhaltung nichtiger Rechtsnormen sinnwidrig ist, wird man nicht in Frage stellen können. Bereits anhängige (Gerichts-)Verfahren, in welchen die Rechtmäßigkeit einer Mindestlohnverordnung angegriffen wird, müssen deshalb in die Ermessensentscheidung eingestellt werden²⁵⁴. Freilich darf nicht übersehen werden, dass das Prüfprogramm der Zollbehörden neben der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen auch einen umfangreichen Katalog von Verstößen gegen andere Gesetze umfasst (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–4 SchwarzArbG), sodass die mögliche Rechtswidrigkeit einer Mindestlohnverordnung auf die Rechtmäßigkeit von Betriebsprüfungen nur dann Einfluss hat, wenn auch für andere Verstöße kein hinreichender Prüfungsanlass besteht.

Wendet sich ein Arbeitgeber klageweise gegen eine Prüfungsanordnung, wird demnach die Rechtmäßigkeit einer Mindestlohnverordnung nur bei der Prüfung auf Ermessensfehler relevant. Solange aber nicht ein Bundesgericht die Rechtswidrigkeit der Verordnung (inzident) festgestellt hat, wird man es nicht als ermessensfehlerhaft ansehen können, dass das Hauptzollamt von deren Rechtmäßigkeit ausgegangen ist. Dies gilt umso mehr, als das behördliche Prüfungs- und Verwerfungsrecht untergesetzlicher Normen umstritten ist²⁵⁵ und die Zollbehörden Mindestlohnverordnungen von sich aus auch nicht nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO einer gerichtlichen Kontrolle zuführen können²⁵⁶.

(3) Vorbeugender Rechtsschutz

Arbeitgeber, die von der Rechtswidrigkeit einer für sie Geltung beanspruchenden Mindestlohnverordnung überzeugt sind, können ein Interesse daran haben, den Behörden der Zollverwaltung von vornherein zu verbieten, eine Betriebsprüfung bei ihnen anzu-

251 BVerwG 20. 1. 1989 – 8 C 30/87, NJW 1989, 2486 f.; BFH 26. 9. 2007 – I R 43/06, NVWZ 2008, 351 (352).

252 Umkehrschluss zu BayVGH 7. 7. 1972 – 17 V 72, NJW 1972, 2149; vgl. oben II.2.b)(3)(b) (S. 405 f.).

253 FG Berlin-Brandenburg 4. 11. 2009 – 7 K 7024/07, EFG 2010, 463 (465).

254 Im Fall der BriefArbV wurde nur die Ahndung ausgesetzt, vgl. Fn. 162 (S. 415).

255 *Strein/Herrmann*, BayVBl 2008, 1 (2 f.).

256 Weder ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet (siehe oben II.2.b)(3), S. 404), noch erfasst § 47 Abs. 1 VwGO Bundesrechtsverordnungen (vgl. Fn. 76, S. 403).

ordnen. Ebenso können sie auch daran interessiert sein, behördlich oder gerichtlich attestiert zu bekommen, aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht an die Mindestlohnverordnung gebunden zu sein. Vorbeugender Rechtsschutz ist sowohl in Form der Unterlassungsklage als auch der Feststellungsklage möglich²⁵⁷, setzt allerdings voraus, dass der Kläger substantiiert und in sich schlüssig darlegt, durch ein bestimmtes, künftig zu erwartendes Handeln der Behörde in seinen Rechten verletzt zu werden²⁵⁸.

(a) Vorbeugende Unterlassungsklage gegen Prüfungsanordnungen

Da die Rechtmäßigkeit einer Mindestlohnverordnung – wie aufgezeigt – nur geringen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit einer Prüfungsanordnung hat, bieten Unterlassungsklagen gegen potentielle Prüfungsanordnungen schon aus diesem Grund keinen effektiven Weg für eine Inzidentkontrolle von Mindestlohnverordnungen²⁵⁹. Auch die erhöhten Anforderungen an das Bedürfnis nach vorbeugendem Rechtsschutz können Arbeitgeber hinsichtlich potentieller Prüfungsanordnungen nicht erfüllen, denn für

»vorbeugenden Rechtsschutz ist dort kein Raum, wo und solange der Betroffene zumutbarerweise auf den [...] als grundsätzlich angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann.«²⁶⁰

Vorrangig sind deshalb gegen Prüfungsanordnungen Einspruch und Anfechtungsklage flankiert von einstweiligem Rechtsschutz nach § 69 Abs. 3 FGO bzw. Fortsetzungsfeststellungsklage zu erheben. Unterlassen kann nur begehrt werden, wenn ausnahmsweise ein Abwarten der tatsächlichen Rechtsverletzung unzumutbar ist, weil diese dann nicht mehr oder nur schwerlich wieder rückgängig zu machen ist²⁶¹. Dies könnte für Arbeitgeber im Hinblick auf die ihnen drohenden Bußgelder nach § 23 Abs. 1 Nr. 2–4 AEntG bei verweigerter Mitwirkung bei Betriebsprüfungen angenommen werden. Allerdings ist ihnen eine Mitwirkung zuzumuten, weil die vom Anfangsverdacht unabhängig angeordnete Betriebsprüfung kein Unwerturteil enthält und ihnen gerade wegen der Bußgeldgefahr die Fortsetzungsfeststellungsklage zur Verfügung steht, um Rechtsschutz zu erlangen²⁶². Unumkehrbare Rechtsverletzungen drohen durch eine Betriebsprüfung nicht.

(b) Vorbeugende Feststellungsklage gegen Melde- und Protokollierungspflichten

Da Arbeitgeber bereits mit Inkrafttreten einer Mindestlohnverordnung bußgeldbewehrten Melde- und Protokollierungspflichten nach §§ 18, 19 i. V. m. 23 Abs. 1 Nr. 5–9 AEntG unterliegen, können sie den Normanwender, gegenüber dem diese Pflichten bestehen (Bund als Rechtsträger der Zollbehörden), auf Feststellung verklagen, dass sie zu

257 St. Rspr. seit BVerwG 27. 10. 1970 – VI C 8.69, NJW 1971, 1284; kritisch *Sodan*, in: ders./Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 43 Rn. 121, 126 f.

258 *Von Groll*, in: Gräber, FGO, 7. Aufl. 2010, § 40 Rn. 33, für die vorbeugende Unterlassungsklage.

259 Apodiktisch BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 43).

260 BVerwG 8. 9. 1972 – IV C 17.71, DVBl. 1973, 34 (36).

261 BFH 27. 10. 1993 – I R 25/92, NJW 1994, 2246; SächsFG 17. 7. 2008 – 2 K 23/07, EFG 2008, 1931 (1932).

262 FG Berlin-Brandenburg 4. 11. 2009 – 7 K 7024/07, EFG 2010, 463 (466).

diesen Formalitäten nicht verpflichtet sind²⁶³. Inzident ist sowohl die Rechtmäßigkeit des Tarifvertrages als auch die Rechtmäßigkeit seiner Erstreckung durch Rechtsverordnung zu prüfen²⁶⁴.

Ein Interesse an alsbaldiger Feststellung haben Arbeitgeber allerdings grundsätzlich nur, soweit sie den Pflichten nicht schon nachgekommen sind²⁶⁵ und der Normanwender in irgendeiner Weise zu erkennen gegeben hat, dass den Arbeitgebern seiner Meinung nach diese Pflichten zukommen²⁶⁶. Letzteres soll selbst dann erforderlich sein, wenn – wie hier – die Pflichtverletzungen bußgeldbewehrt sind²⁶⁷. Allerdings können Arbeitgeber die Zollbehörden nicht zur Preisgabe ihrer Rechtauffassung provozieren, indem sie von ihnen die *Ausstellung eines Negativattestes* mit dem Inhalt verlangen, dass sie einer bestimmten Mindestlohnverordnung (aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen) nicht unterfallen. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verlangt für einen solchen Anspruch eine einfachgesetzliche Grundlage, weil es sich selbst bei antragsgemäßem Bescheiden der Sache nach um einen belastenden Verwaltungsakt handelt²⁶⁸. Da es für die Anwendbarkeit von Rechtsvorschriften auf ein konkretes Arbeitsverhältnis keinen gesetzlichen Attestanspruch gibt, sind Klagen auf Erteilung eines solchen Attests stets unbegründet²⁶⁹, ohne dass die Rechtmäßigkeit der Rechtsverordnung entscheidungserheblich wird. Die Zulässigkeit einer vorbeugenden Feststellungsklage gegen den Normanwender können Arbeitgeber nicht aktiv herbeiführen.

Die Inzidentkontrolle von Rechtsverordnungen nach dem AEntG findet durch die Finanzgerichte also nicht in einem Umfang statt, der für Arbeitgeber effektiven Rechtsschutz bieten würde. Da dies aber nicht ihr einzig möglicher Rechtsschutzweg ohne Bußgeldgefahr ist, bedarf es insoweit keiner grundrechtskonformen Ausdehnung der Zulässigkeitsvoraussetzungen²⁷⁰.

d) Inzidentkontrolle durch die ordentlichen Gerichte

Gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG handelt der Arbeitgeber ordnungswidrig, wenn er seinen Arbeitnehmern nicht mindestens die in der Mindestlohnverordnung genannten Arbeitsbedingungen gewährt. Erlässt das Hauptzollamt als zuständige Verwaltungsbehörde im Ordnungswidrigkeitenverfahren (§§ 23 Abs. 4, 16 AEntG, § 12 Abs. 2 FVG, § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG) einen Bußgeldbescheid, kann der Arbeitgeber dagegen Einspruch beim

263 BAG 25. 1. 2005 – 9 AZR 44/04, NZA 2005, 1365 (1367), für Auskunfts- und Beitragspflichten eines Arbeitgebers gegenüber einer gemeinsamen Einrichtung eines allgemeinverbindlichen, auf nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer nach dem AEntG erstreckten Tarifvertrages.

264 BAG 25. 1. 2005 – 9 AZR 44/04, NZA 2005, 1365 (1368).

265 BAG 25. 1. 2005 – 9 AZR 44/04, NZA 2005, 1365 (1367).

266 BVerwG 29. 11. 1985 – 8 C 105/83, NJW 1986, 1120: Offenlegung der Rechtauffassung; *Lässig*, NVwZ 1988, 410 (411), lehnt schon ein konkretes Rechtsverhältnis ab.

267 BVerwG 7. 5. 1987 – 3 C 53/85, NVwZ 1988, 430 (431); zustimmend *Lässig*, NVwZ 1988, 410 (411).

268 BVerwG 29. 11. 1985 – 8 C 105/83, NJW 1986, 1120.

269 *Lässig*, NVwZ 1988, 410 (411).

270 Anders im Fall des BVerwG 7. 5. 1987 – 3 C 53/85, NVwZ 1988, 430, dessen Entscheidung deshalb abzulehnen ist, vgl. nur BVerfG (Kammer) 7. 4. 2003 – 1 BvR 2129/02, NVwZ 2003, 856 (857).

Amtsgericht einlegen (§§ 67 ff. OWiG). In der Hauptverhandlung ist vom Gericht zu prüfen, ob die Mindestlohnverordnung wirksam ist. Gleiches gilt bei Strafverfahren wegen Verstößen gegen § 266 a StGB²⁷¹.

2. Isolierte Normkontrolle

Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften können keine Inzidentkontrolle in Anwendungsstreitigkeiten herbeiführen, müssen aber dennoch ihre Koalitionsfreiheit gegen Beeinträchtigungen durch Mindestlohnverordnungen gerichtlich verteidigen können.

a) Normkontrolle durch die Arbeitsgerichte

Eine Mindestlohnverordnung kann auf ihre Rechtswirksamkeit in demjenigen Gerichtszweig überprüft werden, »dem die ausschließliche Zuständigkeit in arbeitsrechtlichen Fragen übertragen ist«²⁷².

(1) Rechtswegeröffnung nach Anwendungsstreitigkeiten

Der zulässige Rechtsweg für Normkontrollklagen richtet sich nach hier vertretener Auffassung nach dem zulässigen Rechtsweg für Streitigkeiten, die aus der Anwendung der Norm erwachsen. In diesem Rechtsweg ist auch die (atypische) Feststellungsklage gegen den Normgeber oder ein entsprechender Rechtsbehelf zu erheben, der dem Rechtsschutzbegehren am besten Rechnung trägt. Bestehen Anwendungsstreitigkeiten in verschiedenen Rechtswegen, ist auf den Rechtsweg zurückzugreifen, in dem die Norm *unmittelbar* anzuwenden ist²⁷³, indem sie ohne Weiteres Rechtswirkungen und diesbezügliche Anwendungsstreitigkeiten herbeiführt und nicht nur für Teil- und Folgefragen relevant wird.

Mindestlohnverordnungen regeln unmittelbar den Inhalt von Arbeitsverhältnissen. Über deren Inhalt streiten Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor den Arbeitsgerichten (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbGG). In allen anderen Anwendungsstreitigkeiten sind Mindestlohnverordnungen nur mittelbar anzuwenden: Das gilt zunächst für Streitigkeiten vor den Sozialgerichten wegen Beitragsnachforderung, deren Streitgegenstand der angegriffene Nachforderungsbescheid ist und die Mindestlohnverordnung erst in Konkretisierung der Berechnung der abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge relevant wird²⁷⁴. Gleiches gilt für Streitigkeiten vor den Finanzgerichten, wo die Rechtmäßigkeit der Mindestlohnverordnung nur Relevanz für die Ermessensausübung besitzt. Vor den ordentlichen Gerichten wird erst über die wenigstens fahrlässige Verletzung der Durchführungs- und Mitwirkungspflichten entschieden, wenn über den Arbeitgeber bereits das Verwerflichkeitsurteil eines Bußgeldbescheides oder Straftatverdachts verhängt wurde.

Unmittelbare Anwendungsstreitigkeiten ergeben sich somit nur vor den Arbeitsgerichten. Dem folgt die isolierte Normkontrollklage nach, wenn sich inzidente Prüfungsmöglichkeiten zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes und zur Wahrung der Subsidi-

271 Freilich ist eine Aversion der Strafgerichte gegenüber rechtswegfremden Rechtsfragen zu beobachten, weshalb sie diesen gerne ausweichen, *Lässig*, NVwZ 1988, 410 (411).

272 BVerwG 6. 6. 1958 – VII CB 187.57, BVerwGE 7, 82 (87).

273 Siehe oben II.2.b) (S. 397).

274 Eingehend *Rieble/Vielmeier*, ZIP 2011, 789 (791 ff.).

diarität der Verfassungsbeschwerde – wie für Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften – als unzureichend erweisen.

(2) Zuständigkeit der Arbeitsgerichte

Da die enumerative Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 ArbGG bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten voraussetzt, kommen für eine isolierte Normkontrollklage gegen Mindestlohnverordnungen nur die Zusammenhangsklage nach § 2 Abs. 3 ArbGG und das Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG in Betracht²⁷⁵.

(a) Zusammenhangsklage

Nach § 2 Abs. 3 ArbGG können vor die Arbeitsgerichte auch nicht unter § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 ArbGG fallende Rechtsstreitigkeiten gebracht werden, die mit einer bei einem Arbeitsgericht anhängigen oder gleichzeitig anhängig werdenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeit in rechtlichem oder unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang stehen und für deren Geltendmachung nicht die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichts gegeben ist. Da die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Normkontrollklagen gegen Mindestlohnverordnungen alles andere als ausschließlich ist, liegt es nahe, die (atypische) *Feststellungsklage gegen den Normgeber* auf das arbeitsgerichtliche Verfahren zu übertragen. Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften könnten die »kleine« Normkontrollklage erheben, wenn ein konkreter bürgerlich-rechtlicher Anwendungsstreit eines Verbandsmitgliedes vor dem Arbeitsgericht mit dem Verbandsbegehren auf Beseitigung einer Mindestlohnverordnung in rechtlichem Zusammenhang steht.

Unabhängig davon, dass wenigstens eine Partei der Zusammenhangsklage auch Partei der Hauptklage sein muss²⁷⁶, wird aber auch verlangt, dass Gegenstand der Zusammenhangsklage ebenfalls eine *bürgerliche Rechtsstreitigkeit* ist²⁷⁷. Daran muss man freilich mangels entsprechender Anhaltspunkte im Gesetz nicht festhalten, wenn Art. 19 Abs. 4 GG Abweichendes gebietet, sodass ausnahmsweise auch Streitigkeiten zwischen Arbeitgeberverband bzw. Gewerkschaft und Bund im Über- und Unterordnungsverhältnis Gegenstand einer Zusammenhangsklage sein könnten. Doch setzt dies wenigstens eine *anhängige Anwendungstreitigkeit* voraus, die sich im Kern gegen dieselbe Rechtsverordnung richtet. Die Verbände selbst können also autonom kein Verfahren einleiten. Außerdem bietet das ArbGG effektivere Rechtsschutzmöglichkeiten als die im Verwaltungs- und Sozialprozess aus der Not geborene (atypische) Feststellungsklage gegen den Normgeber.

(b) Beschlussverfahren

Der bessere Weg führt über § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG. Danach sind die Arbeitsgerichte für die Entscheidung über die Tariffähigkeit und die Tarifzuständigkeit einer Vereinigung ausschließlich zuständig. Hier interessiert die Tarifzuständigkeit, die als die Fähigkeit

275 Zur Untauglichkeit der Verbandsklage nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG i. V. m. § 9 TVG siehe oben II.2.c)(1)(b) (S. 413).

276 *Matthes/Schlewing*, in: Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 2 Rn. 125.

277 *Schütz*, in: GK-ArbGG, Stand: 67. Ergänzungslieferung 2009, § 2 Rn. 203; *Walker*, in: Schwab/Weth, ArbGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 208.

eines an sich tariffähigen Verbands, Tarifverträge mit einem bestimmten Geltungsbereich abzuschließen, definiert wird²⁷⁸. Die Tarifzuständigkeit eines Verbands richtet sich in erster Linie nach seiner Satzung – die gemeinsame Tarifzuständigkeit der tariffschließenden Verbände bildet folglich den maximalen Geltungsbereich eines von ihnen abgeschlossenen Tarifvertrages²⁷⁹. Tarifverträge haben einen räumlichen, betrieblich-fachlichen, persönlichen und zeitlichen Geltungsbereich²⁸⁰. Mindestlohnverordnungen greifen in diese nicht ein, sondern setzen stattdessen Rahmenbedingungen, welche die Anwendbarkeit eines konkurrierenden Tarifvertrages dahingehend einschränken, dass er keine Geltung beanspruchen kann, soweit er »nach unten« abweicht (Günstigkeitsprinzip)²⁸¹. Insofern lässt sich von einer faktischen Einschränkung des »sachlichen« Geltungsbereichs des Tarifvertrags und damit der »sachlichen« Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien sprechen. Will man diese über § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG als feststellungsfähig ansehen, stellt sich die Frage, ob damit nicht die Tarifmacht der Verbände insgesamt zum Prüfungsgegenstand gemacht wird, weil jedes staatliche Arbeitsrecht – soweit nicht tarifdispositiv – die »sachliche« Tarifzuständigkeit einschränkt. Dies kann für Mindestlohnverordnungen allerdings aus zwei Gründen hingenommen werden:

Erstens greift der Staat in das *tarifpolitische Konkurrenzverhältnis* zwischen den Verbänden ein:

»Die Erstreckung der Geltung tariflich vereinbarter Mindestarbeitsbedingungen auf anderweitig Tarifgebundene beeinträchtigt die Verhandlungs- und Wettbewerbsposition der nicht am Tarifvertragsschluss beteiligten Koalitionen jedenfalls insoweit, als sie mit einer Verdrängung ihrer – auch künftigen – Tarifabreden rechnen müssen.«²⁸²

Es wird gerade nicht nur die Tarifmacht aller Koalitionen, wie durch das allgemeine Arbeitsrecht, eingeschränkt, sondern die einmalige Ausübung von Tarifmacht durch bestimmte Koalitionen zum (einseitig) zwingenden Recht für alle erhoben.

Zweitens haben Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften einen grundrechtlichen Anspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG, sich effektiv der staatlichen Eingriffe in ihre Koalitionsbetätigungsfreiheit erwehren zu können. Genauso wie aus diesem Grund (im falschen Rechtsweg) § 43 VwGO grundrechtskonform ausgelegt wird, ist (im richtigen Rechtsweg) das ArbGG für Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen zu öffnen, weil für Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften andere Abhilfe nicht möglich ist und das BVerfG seine »erstinstanzliche« Zuständigkeit ablehnt. Dies lässt sich am besten durch Einbeziehung der »sachlichen« Tarifzuständigkeit in § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG realisieren, der für Arbeitgeberverbände wie Gewerkschaften eine der (atypischen) Fest-

278 BAG 18. 7. 2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225 = SAE 2007, 293 mit Anm. *Besgen* (Rn. 27).

279 *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 4 Rn. 63.

280 *Deinert*, in: *Däubler*, TVG, 2. Aufl. 2006, § 4 Rn. 184.

281 Unterbietungstarifverträge sind nicht nichtig, weil eine antizipierte Auflösung einer antizipierten Tarifkonkurrenz nicht den Abschluss des die Konkurrenz begründenden Tarifvertrages unwirksam machen kann, BAG 9. 12. 2009 – 4 AZR 190/08, NZA 2010, 712 (Rn. 50). Mit Wegfall des staatlichen Mindestlohns können außerdem verdrängte Tarifverträge wieder Geltung erlangen, BAG 8. 11. 2006 – 4 AZR 590/05, NZA 2007, 576 (Rn. 16 ff.).

282 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 49).

stellungsklage gegen den Normgeber überlegene Klageart zur Verfügung stellt, um die Rechtmäßigkeit von staatlichen Mindestlöhnen überprüfen zu lassen.

Zwar hat das Arbeitsgericht die Rechtswirksamkeit einer Mindestlohnverordnung auch nur als Vorfrage bei Klärung der »sachlichen« Tarifzuständigkeit der antragstellenden Koalition zu prüfen, doch ist dies der einzige streitige Prüfungsgegenstand. Kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Verordnung rechtswidrig ist und die Koalition deshalb uneingeschränkt im Rahmen ihrer Satzung und den übrigen Schranken ihrer Tarifmacht »sachlich« tarifzuständig ist, hat die Entscheidung bindende Wirkung für alle Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus Tarifverträgen, die von der Koalition abgeschlossen worden sind²⁸³. Auch sind alle Verfahren, die ausschließlich von der »sachlichen« Tarifzuständigkeit eines Arbeitgeberverbands oder einer Gewerkschaft abhängen, nach § 97 Abs. 5 Satz 1 ArbGG auszusetzen. Dies betrifft vor allem Anwendungsstreitigkeiten von verbandstarifgebundenen Arbeitgebern in allen Rechtswegen, in denen es auf die »sachliche« Geltung ihres durch die Mindestlohnverordnung verdrängten Verbandstarifvertrags und damit die Nichtgeltung des Mindestlohns tatsächlich ankommt. Unzureichend ist es, wenn es darauf nur möglicherweise ankommen könnte²⁸⁴.

Da Verwaltungsverfahren nicht von der Aussetzungspflicht erfasst sind²⁸⁵, kann der Zoll im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens auch während eines anhängigen Beschlussverfahrens weiterhin Prüfungsanordnungen erlassen – erst anschließende Gerichtsverfahren gegen Bußgeldbescheide sind auszusetzen. Gemäß § 97 Abs. 5 Satz 2 ArbGG sind auch die Parteien des ausgesetzten Rechtsstreits antragsberechtigt²⁸⁶, sodass jeder Arbeitgeber, der an einen verdrängten Tarifvertrag gebunden ist, das Verfahren einleiten kann, wenn die »sachliche« Tarifzuständigkeit seines Verbands und damit die Anwendbarkeit des von ihm abgeschlossenen Tarifvertrags in einem Gerichtsverfahren entscheidungserheblich wird.

Verfahrensbeteiligt sind grundsätzlich *alle Arbeitnehmer- und Arbeitgebervereinigungen*, deren örtliche und sachliche Zuständigkeit mit der Zuständigkeit der Vereinigung, deren Tarifzuständigkeit umstritten ist, konkurriert²⁸⁷. Dazu zählen insbesondere die Parteien des der Mindestlohnverordnung zugrunde liegenden Tarifvertrags. Aber auch der Bund selbst ist als oberste Arbeitsbehörde wegen der bundesweiten Geltung von Mindestlöhnen Verfahrensbeteiligter²⁸⁸, kann also wie bei gegen ihn gerichteten Feststellungsklagen seine Regelung im Prozess verteidigen. Zwar genügt es zur Annah-

283 *Matthes/Schlewing*, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 97 Rn. 30.

284 *Matthes/Schlewing*, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 97 Rn. 9.

285 *Matthes/Schlewing*, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 97 Rn. 11.

286 Die Antragsberechtigung tritt erst mit Aussetzung ein, *Matthes/Schlewing*, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 97 Rn. 20.

287 *Matthes/Schlewing*, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 97 Rn. 23.

288 BAG 25. 11. 1986 – 1 ABR 22/85, AP Nr. 36 zu § 2 TVG; aber umstritten, vgl. *Matthes/Schlewing*, in: GERMELMANN/MATTHES/PRÜTTING/MÜLLER-GLÖGE, ArbGG, 7. Aufl. 2009, § 97 Rn. 24; *Walker*, in: Schwab/Weth, ArbGG, 3. Aufl. 2011, § 97 Rn. 18.

me einer materiellrechtlichen Betroffenheit nicht, dass das BMAS theoretisch unter bestimmten Voraussetzungen Tarifverträge zu Mindestarbeitsbedingungen erheben kann und dabei auch die Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien zu beachten hat²⁸⁹. Doch wenn das BMAS einen Tarifvertrag tatsächlich durch Rechtsakt für alle in seinen Geltungsbereich fallenden Arbeitsverhältnisse verbindlich erklärt hat, ist es nicht mehr nur theoretisch, sondern materiell betroffen. Auch weitere Verbände im »sachlichen« Geltungsbereich der strittigen Mindestlohnverordnung sind zu beteiligen, sodass schließlich ein mit § 7 Abs. 4 AEntG annähernd korrespondierender Personenkreis erreicht wird.

Das Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG ist somit für Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften gegenüber Feststellungsklagen – gleich in welchem Rechtsweg – vorzugswürdig und kann als Antwort auf die von *Krause* offen gelassene Frage nach einem arbeitsgerichtlichen Normkontrollverfahren, »das zu einer allseits verbindlichen Feststellung der Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung führt« und auch den Außenseitern eine effektive Einflussnahme auf das Verfahren ermöglicht²⁹⁰, verstanden werden²⁹¹.

b) Normkontrolle durch das BVerfG

Die *prinzipale Normenkontrolle* durch das BVerfG nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG ist für Arbeitgeber und Koalitionen nicht möglich, weil sie nicht zum antragsberechtigten Personenkreis zählen. Für sie kommt aber die *Verfassungsbeschwerde* nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG in Betracht. Nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG und dem Subsidiaritätsdogma muss der Beschwerdeführer »alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten [ergreifen], um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken«,

bevor er Verfassungsbeschwerde erheben kann²⁹². Damit scheidet der »Gang nach Karlsruhe« als primärer Rechtsschutz gegen untergesetzliche Normen aus, selbst wenn sie einer unmittelbaren (verwaltungs-)gerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich sind²⁹³. Rechtsschutz ist zunächst vor den Fachgerichten zu suchen.

Genen Mindestlohnverordnungen hat das BVerfG den rechtsschutzsuchenden Arbeitgeberverband auf die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage verwiesen²⁹⁴. Nach hier vertretener Auffassung ist für dieses Begehren hingegen der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen eröffnet, in dem vorzugsweise ein Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG über die »sachliche« Tarifzuständigkeit des Arbeitgeberverbands einzuleiten ist. Einer Gesetzesverfassungsbeschwerde gegen die Ermächtigungsgrundlage für Mindestlohnverordnungen (§ 7 Abs. 1 AEntG) fehlt schon die unmittelbare Be-

289 BAG 18. 7. 2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225 = SAE 2007, 293 mit Anm. *Besgen* (Rn. 30).

290 *Krause*, Rechtskrafterstreckung im kollektiven Arbeitsrecht, 1996, S. 306.

291 Freilich wird über § 97 ArbGG nicht eine § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO entsprechende *erga omnes*-Wirkung erreicht, aber bedeutend mehr als bloße Rechtskraft *inter partes*.

292 BVerfG 12. 1. 1983 – 2 BvR 964/82, NJW 1983, 1900.

293 BVerfG (Kammer) 2. 4. 1997 – 1 BvR 446/96, NVwZ 1998, 169 (170).

294 BVerfG (Kammer), Nichtannahmebeschluss 10. 6. 2009 – 1 BvR 1196/09, juris (Rn. 3).

schwer²⁹⁵. Da eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG nur bei formellen, nachkonstitutionellen Gesetzen in Betracht kommt, bleibt die Urteilsverfassungsbeschwerde gegen das letztinstanzliche Urteil eines Gerichts, das über die Rechtmäßigkeit einer Mindestlohnverordnung entschieden hat, der einzige Weg, um Mindestlöhne vor das BVerfG zu bringen.

3. Grundrechtsschutz durch Verfahren

Nach § 7 Abs. 4 AEntG ist das BMAS vor Erlass einer Mindestlohnverordnung verpflichtet, den in den Geltungsbereich der intendierten Rechtsverordnung fallenden Arbeitgebern, Arbeitnehmern, den Parteien des zur Mindestarbeitsbedingung zu erhebenden Tarifvertrags und der mit ihm konkurrierenden Tarifverträge Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab Bekanntmachung des Verordnungsentwurfs zu geben²⁹⁶. Dies ist vor Erlass der BriefArbbV gerade nicht hinreichend erfolgt, weswegen die BriefArbbV nicht formell rechtmäßig zustande gekommen ist, die mit ihr einhergehenden Grundrechtseingriffe schon deshalb nicht gerechtfertigt²⁹⁷ und die Klagen gegen die Rechtsverordnung begründet waren²⁹⁸. Gegen die vor Verordnungserlass durchzuführende Anhörung war das Rechtsschutzbegehren der Kläger hingegen nicht isoliert gerichtet. Wollen nach § 7 Abs. 4 AEntG Berechtigte ihr Anhörungsrecht gegenüber dem BMAS durchsetzen, steht ihnen dafür »der Rechtsweg« offen²⁹⁹. Sie können allgemeine Leistungsklage zum Verwaltungsgericht erheben; wenn bereits Erledigung durch Erlass der Rechtsverordnung eingetreten ist, steht ihnen theoretisch die Fortsetzungsfeststellungsklage offen. Ihr besonderes Feststellungsinteresse kann aus Art. 9 Abs. 3 GG hergeleitet werden, wenn sie anderweitig tarifgebunden sind, weil sie durch die Anhörung darauf hinwirken können müssen, von der intendierten Rechtsverordnung nicht erfasst zu werden³⁰⁰. Allerdings können sie sich auch gleich gegen die Rechtsverordnung insgesamt wenden, da deren Rechtmäßigkeit von einer ordnungsgemäßen Anhörung nach § 7 Abs. 4 AEntG abhängt³⁰¹. Für eine isolierte Fortsetzungsfeststellungsklage fehlt deshalb das Rechtsschutzbedürfnis.

295 BVerfG (Kammer), Nichtannahmebeschluss 10. 6. 2009 – 1 BvR 1196/09, juris (Rn. 3).

296 Dazu Giesen, ZfA 2008, 355 (365 f.); Klebeck/Weninger, SAE 2009, 162 (165 f.).

297 St. Rspr. seit BVerfG 16. 1. 1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 – Elfes.

298 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 55 ff.); OVG Berlin-Brandenburg 18. 12. 2008 – 1 B 13.08, SAE 2009, 167 (Rn. 57).

299 BAG 13. 5. 2004 – 10 AS 6/04, juris (Rn. 26).

300 Klebeck/Weninger, SAE 2009, 162 (165).

301 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 (Rn. 68 f.).

VI. Mindestlöhne nach § 4 Abs. 3 MiArbG und § 11 Abs. 1 AEntG

Da die Festlegung von Mindestarbeitsentgelten nach § 4 Abs. 3 MiArbG und § 11 Abs. 1 AEntG³⁰² ebenfalls in Form einer Rechtsverordnung erfolgt, welche nur keinen Tarifvertrag, sondern eine Festsetzung durch einen Fachausschuss (§ 4 Abs. 1 MiArbG) bzw. eine Kommission (§ 12 AEntG) zur Mindestarbeitsbedingung erhebt, entsprechen die Rechtsschutzmöglichkeiten denjenigen, die gegen Rechtsverordnungen nach § 7 Abs. 1 AEntG bestehen. Weil allerdings nicht in ein tarifliches Konkurrenzverhältnis zugunsten eines bestimmten Tarifvertrags eingegriffen wird, ist die Öffnung des Beschlussverfahrens nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG für Arbeitgeberverbände »nur« mit Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Art. 9 Abs. 3 GG und der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde zu rechtfertigen. In Wirtschaftszweigen, für die eine Verordnung nach § 4 Abs. 3 MiArbG gilt, können Arbeitgeber Inzidentkontrollen autonom herbeiführen, ohne sich in Bußgeldgefahr nach § 18 Abs. 1 MiArbG zu begeben, weil das MiArbG nur zur Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten (nicht Erholungsurlaub) ermächtigt, die unter dem Vorbehalt der Nichtschuld gezahlt werden können³⁰³. Im arbeitsgerichtlichen Rückforderungsstreit wird die Rechtmäßigkeit der Verordnung als Rechtsgrund im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB entscheidungserheblich. Diese Möglichkeit besteht für Verordnungen nach § 11 Abs. 1 wie nach § 7 Abs. 1 AEntG nur dann, wenn kein Mindesterholungsurlaub nach § 5 Nr. 2 AEntG vorgeschrieben wird.

VII. Mindestlöhne nach § 5 TVG

Allgemeinverbindlicherklärungen nach § 5 TVG sind als Rechtsetzungsakt *sui generis* keine Rechtsverordnungen³⁰⁴. Das BVerwG sieht seit längerem den Verwaltungsrechtsweg für Klagen auf Allgemeinverbindlicherklärung als eröffnet an, drückte sich aber zunächst missverständlich aus:

»Als ›staatlicher Hoheitsakt‹ [...] unterfällt die Allgemeinverbindlicherklärung dem öffentlichen Recht. Deshalb ist auch über den [...] Anspruch auf Erlaß der Allgemeinverbindlicherklärung nach Maßgabe öffentlichen Rechts zu entscheiden.«³⁰⁵

302 Seit 1. 8. 2010 gilt für die Pflegebranche ein Mindestlohn von 8,50 Euro (West) und 7,50 Euro (Ost), Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (Pflegearbeitsbedingungenverordnung – PflegeArbbV) vom 15. 7. 2010, BAnz. Nr. 110 vom 27. 7. 2010, S. 2571.

303 Siehe oben II.2.c)(1)(b)(aa) (S. 414).

304 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 (Rn. 34); Rieble/Klumpp, in: MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 179 Rn. 49; a. A. noch BVerwG 6. 6. 1958 – VII CB 187.57, BVerwGE 7, 82 (87 f.); 1. 8. 1958 – VII A 35.57, BVerwGE 7, 188.

305 BVerwG 3. 11. 1988 – 7 C 115/86, NZA 1989, 364 = SAE 1989, 237 mit Anm. M. Wolf.

Daraus wurde gemeinhin gefolgert, dass auch *gegen* Allgemeinverbindlicherklärungen der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei³⁰⁶. Dem hat sich auch das VG Berlin in einer neueren Entscheidung angeschlossen und eine (Feststellungs-)Klage eines Außenseiter-Arbeitgeberverbandes gegen die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages des Baugewerbes für zulässig befunden, weil die Erwägungen des BVerwG zu Klagen *auf* Allgemeinverbindlicherklärung auf Klagen *gegen* Allgemeinverbindlicherklärungen zu übertragen seien³⁰⁷.

Das BVerwG hat nun die Auffassung des VG bestätigt und damit auch für Klagen *gegen* Allgemeinverbindlicherklärungen nach § 5 TVG die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage gegen den Normgeber zugelassen³⁰⁸. Es musste zwar zur Rechtswegfrage nicht mehr Stellung nehmen (§ 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 17a Abs. 5 GVG), bestätigt aber im Übrigen die Entscheidung des VG mit den gleichen Erwägungen, die es in seiner Parallelentscheidung zur Postmindestlohnverordnung angestellt hat³⁰⁹. »Der Umstand, dass die auf § 5 Abs. 1 TVG gestützte Allgemeinverbindlicherklärung durch einen Rechtssetzungsakt eigener Art erfolgt«, ändere nichts³¹⁰.

Dem kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Auch aus der Anwendung von Allgemeinverbindlicherklärungen nach § 5 TVG ergeben sich *unmittelbar* nur arbeitsrechtliche Streitigkeiten. Für eine *gegen* die Allgemeinverbindlicherklärung gerichtete Klage³¹¹ ist deswegen nach hier vertretener Auffassung nicht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten³¹², sondern zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Im Übrigen werden Außenseiter-Arbeitgeberverbände und Außenseiter-Gewerkschaften in ihrer Koalitionsbetätigungsfreiheit durch Allgemeinverbindlicherklärungen zwar ungleich weniger berührt als durch Mindestlohnverordnungen, weil sich ihre Tarifverträge nicht erst nach dem Günstigkeits-, sondern bereits nach dem Spezialitätsprinzip durchsetzen können³¹³. Dennoch verlangen der Schutz vor Beeinträchtigung ihrer sozialpolitischen Ziele, vor möglichem Mitgliederschwund³¹⁴ und vor Verschlechterung ihrer tariflichen »Wettbe-

306 LAG Hessen 17. 9. 1999 – 15 Sa 1015/98 (A), NZA-RR 2000, 199 (201); *Gerhardt/Bier*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzer, VwGO, 11. Ergänzungslieferung 2005, § 47 Rn. 30; *Giesberts*, in: Posser/Wolff, VwGO, 2008, § 47 Rn. 15.1; *Mäßen/Mauer*, NZA 1996, 121 (123 f.); *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 179 Rn. 103; *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 46; kritisch *Greiner*, BB 2008, 840.

307 VG Berlin 5. 6. 2009 – 4 A 83.07, BeckRS 2010, 48728.

308 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 (Rn. 29).

309 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 (Rn. 32 ff.).

310 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 (Rn. 34).

311 Feststellungsklage nach § 43 VwGO: BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 (Rn. 32); *Mäßen/Mauer*, NZA 1996, 121 (124); Normkontrollklage nach § 47 VwGO: *Ziekow*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 46; verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage *sui generis*: *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 179 Rn. 103.

312 Im Ergebnis ebenso *Elias*, Abgrenzungsprobleme bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO, 1968, S. 139.

313 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 (Rn. 48 f.).

314 *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 179 Rn. 83.

werbsposition«³¹⁵ effektiven Rechtsschutz, wofür sich die Öffnung des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens im Wege der grundrechtskonformen Auslegung der »Tarifzuständigkeit« im Sinne des § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG anbietet.

VIII. Zusammenfassung

1. Die Rechtmäßigkeit von Mindestlöhnen können betroffene *Arbeitgeber* vor den Arbeitsgerichten im Rahmen von Lohnrückforderungs- und Statusfeststellungsklagen, vor den Sozialgerichten im Rahmen von Klagen gegen Beitragsnachforderungen, vor den Finanzgerichten im Rahmen von Klagen gegen Handeln der Zollbehörden und vor den ordentlichen Gerichten in Straf- und Bußgeldverfahren inzident überprüfen lassen. Da diese Möglichkeiten hinreichend effektiven Rechtsschutz bieten, auch ohne dass sich die Arbeitgeber in Bußgeld- oder Strafgefahr begeben müssen, ist *für sie* eine isolierte Normkontrollklage von Verfassungs wegen nicht erforderlich und sind die Prozessordnungen auch nicht dahingehend auszulegen. Insbesondere ist für ein arbeitgeberseitiges Normkontrollbegehren gegen Mindestlöhne – entgegen der Ansicht der Rechtsprechung – der Verwaltungsrechtsweg mangels rechtswegeigener Anwendungsstreitigkeiten nicht eröffnet. Außerdem besteht zwischen Arbeitgebern und dem staatlichen »Mindestlohnsetzer« kein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis, das Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 43 VwGO sein könnte.

2. *Arbeitgeberverbände* können keine Anwendungsstreitigkeiten herbeiführen, in denen die Rechtmäßigkeit von Mindestlöhnen entscheidungserheblich würde. Art. 19 Abs. 4 GG fordert aber eine Kontrollmöglichkeit, weil Beeinträchtigungen der Koalitionsbetätigungsfreiheit durch staatliche Mindestlöhne zu besorgen sind und das BVerfG dagegen nicht unmittelbar angerufen werden kann. Die Rechtsprechung eröffnet ihnen deshalb die verwaltungsrechtliche Feststellungsklage unmittelbar gegen den Normgeber. Nach hier vertretener Auffassung ist das Normkontrollbegehren hingegen in dem Rechtsweg zu verfolgen, in dem auch über unmittelbare Anwendungsstreitigkeiten aus der Norm entschieden wird. Deswegen ist für Arbeitgeberverbände das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG dahingehend zu öffnen, dass sie die Rechtmäßigkeit der Beeinträchtigung ihrer »sachlichen« Tarifzuständigkeit durch die verdrängende Wirkung staatlicher Mindestarbeitsbedingungen überprüfen lassen können, sofern diese durch untergesetzliches Recht festgesetzt werden.

3. Auch *Gewerkschaften* können nicht mittels Anwendungsstreitigkeiten eine gerichtliche Inzidentprüfung von Mindestlöhnen herbeiführen. Da sie dennoch ein berechtigtes Kontrollinteresse haben, steht ihnen dafür derselbe Rechtsweg wie für unmittelbare Anwendungsstreitigkeiten über Mindestlöhne, also der Arbeitsrechtsweg, offen, in welchem sie nach hier vertretener Auffassung wie Arbeitgeberverbände das Beschlussverfahren nach § 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG einleiten können. Über Klagen von Gewerkschaften gegen Mindestlöhne hatte die Rechtsprechung zwar bislang – soweit ersichtlich – noch nicht zu entscheiden, doch sind die einschlägigen Judikate zu den Klagen von Ar-

315 BVerwG 28. 1. 2010 – 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 (Rn. 51 f.).

beitgeberverbänden auf sie übertragbar. Fehlt einer Gewerkschaft die Tariffähigkeit, kann dies ihr Feststellungsinteresse im Einzelfall in Frage stellen.

