

Aufsätze

Volker Rieble^{*)}/Ulf Klebeck^{**)}

Gesetzlicher Mindestlohn?

Die aktuelle politische Diskussion kreist um Mindestlöhne. Nachdem in der letzten Legislatur die Ausweitung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gescheitert ist, werden nun generelle Mindestlöhne gefordert. Die politische Diskussion ist vielfach von Kenntnis unbelastet – insbesondere wird nicht gesehen, dass es in Deutschland bereits ein Gesetz gibt, das die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen regelt. Der Beitrag stellt das Problem und seine Regelungsoptionen vor.

I. Diskussion und Marktproblem

„Wenn es in 15 europäischen Ländern einen Mindestlohn gibt, dann ist schlecht zu erklären, warum bei uns nicht.“ Diese Äußerung soll von der Bundeskanzlerin stammen¹⁾ und passt nur beschränkt zum Regierungsmotto „Mehr Freiheit wagen“. Als Staatsintervention beschneidet das Mindestentgelt die Freiheiten der Arbeitsvertrags- und der Tarifvertragsparteien. Wozu aber? Ein Mindestlohn kann unterschiedliche Funktionen haben: Im Vordergrund steht derzeit die Verhinderung von Unterbietungswettbewerb (sog. Lohndumping) durch ausländische Arbeitnehmer – wie schon durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz²⁾ bezweckt und nun durch die Diskussion um die Dienstleistungsrichtlinie beflügelt.

Daneben steht gelegentlich der Gedanke, Arbeitnehmer müssten von ihrer Arbeit auch leben können; der Mindestlohn soll dann den Mindestunterhalt sichern³⁾ – und macht den Arbeitgeber letztlich zum Unterhaltsschuldner. Drittens schließlich kann der Mindestlohn als unterstes Maß der Austauschgerechtigkeit fungieren. Er definiert dann jenen Lohn, den Arbeit mindestens wert ist und dessen Unterschreitung stets als nicht hinnehmbare unterwertige Bezahlung anzusehen ist – eine pauschalierende Lohnwucherwertung. So formulieren vor al-

lem ältere „soziale“ Landesverfassungen den Mindestlohnauftrag, etwa Art. 169 Verfassung des Freistaates Bayern.

Das Ziel der Wettbewerbshinderung wird der Mindestlohn nicht erreichen. Wettbewerbswidrige Mindestpreise lassen sich nicht effektiv verordnen – solange es Wettbewerb gibt. Offene Märkte im europäischen Binnenmarkt intensivieren nicht nur den Wettbewerb und die gemeinschaftsweite Arbeitsteilung. Sie führen auch zu verstärktem Druck auf Arbeitsentgelte in Hochlohnländern und entmachten dort die tarifliche Lohnfindung. Diesen Wettbewerbsdruck kann kein staatliches Mindestentgelt aufheben. Das Mindestentgelt ist selbst Wettbewerbsfaktor und kann – so es beachtet und durchgesetzt wird – nur zum Export von Billigarbeitsplätzen führen.

Für das produzierende Gewerbe ist das lange schon zu beobachten; es gilt aber auch für Dienstleistungen, soweit diese nicht wie das Baugewerbe und die Gebäudereinigung⁴⁾ ortsgelunden sind. Mobile Dienstleistungen erleiden durch „künstliche“ Verteuerung qua Mindestlohn einen Wettbewerbsnachteil im Inland: Sie werden dann vom Ausland aus angeboten; dort allerdings ohne deutsche Arbeitnehmer! Die „Erfolgsgeschichte“ des AEntG zeigt, dass dem Baugewerbe mit der Staatshilfe nichts erspart worden ist. Vielmehr verhindert die staatliche Lenkung die erforderliche marktautonome Anpassung der Arbeitsbedingungen. Während europäische „Niedriglohngelände“ langsam höhere Löhne entwickeln, soll in Deutschland die Anpassung nach unten verhindert oder erschwert werden.⁵⁾ Dahinter steht die in der großen Ko-

1) Bericht „Union streitet über Mindestlöhne“ in: F.A.Z. v. 13. 2. 2006, S. 4; Schäfer/Hagelüken, Regierung plant Gesetz gegen Lohndumping, Süddeutsche Zeitung v. 17. 2. 2006, S. 21.

2) Zur Begründung des AEntG eingehend Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29 ff. m. w. N.

3) So das Ziel des Bundesministers für Arbeit und Soziales, Franz Müntefering, Spiegel online v. 9. 2. 2006 unter: www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,3999880,00.html (zuletzt abgerufen am 21. 2. 2006).

4) Auf die nach dem Koalitionsvertrag („Gemeinsam für Deutschland. Mehr Mut und Menschlichkeit. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD“ unter 2.7.2. „Entsendegesetz erweitern“) das AEntG erstreckt werden soll.

5) So schon Rieble, Stellungnahme am 27. 6. 2005 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AEntG (BT-Drucks. 15/5445), Ausschussdrucksache 15(9)2011, S. 42.

^{*)} Dr. iur., Universitätsprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität, München, und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR), München

^{**)} Dr. iur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR), München

alation verbreitete Fehlvorstellung, Tarifentgelte können gar nicht „zu hoch“ sein.⁶⁾ Das Gegenteil ist richtig: Mit der überproportionalen Anhebung der unteren tariflichen Lohngruppen wurde und wird vor allem eines gefördert: die Wegrationalisierung und die Abwanderungsbemühungen der Arbeitgeber aus Deutschland.⁷⁾ Der Tarifvertrag als Produktivitätspeitsche trifft letztlich den Arbeitnehmerrücken.⁸⁾

Jedes Mindestentgeltkonzept muss die Zentralfrage beantworten: Was soll mit Arbeitnehmern geschehen, deren Produktivität noch unterhalb der Mindestlöhne liegt, die also unter Wettbewerbsbedingungen von billigeren Auslandskräften verdrängt werden? Liegt ein staatlich festgesetztes Mindestentgelt unterhalb des (fiktiven) „markträumenden Preises“, wirkt es zwar nicht beschäftigungsdämpfend,⁹⁾ verschafft dem Arbeitnehmer aber auch kein hinreichendes Arbeitseinkommen. Soll hingegen das unterste Tarifentgelt festgeschrieben werden, hielte das zwar ausländische Billigarbeitskräfte fern, würde gleichzeitig aber Beschäftigungschancen für niedrig- und geringqualifizierte Arbeitnehmer im Inland verringern.¹⁰⁾ Mehr noch: Der Marktdruck führt zu Ausweichreaktionen der Arbeitgeber – sei es die Flucht in von Mindestentgelten nicht erfassbare selbstständige Dienstleistungen, sei es die Verlagerung von Dienstleistungen ins Ausland. Für industrienahen Dienstleistungen ist zu beachten, dass „überteuerte“ Mindestentgelte die Kosten für den gewerblichen Auftraggeber erhöhen und in dessen Standorterwägungen eingehen.¹¹⁾

Insofern steht am Ende die Beschäftigungswirkung solcher Mindestentgelte im Streit – hierauf konzentriert sich die ökonomische Diskussion.¹²⁾ Davon abgesehen kann der Mindestlohn allerdings auch eine Lohnbewegung „nach unten“ bewirken: für jene Arbeitnehmer, deren Entgelt nur geringfügig oberhalb liegt. Der Mindestlohn kann insofern als Marktsignal wirken, dass er eine ausreichende Vergütung darstellt. Und insofern kann der Mindestlohn dann auch positive Beschäftigungswirkungen zeitigen. Die Rechtswissenschaft fragt nach dem Rechtsrahmen für staatliche Mindestentgelte, die Rechtspolitik nach Funktion- und Systemgerechtigkeit.

II. Verfassungs- und europarechtlicher Rahmen

1. Verfassungsrecht: Staatsfreie Selbstregelung der Arbeitsbedingungen

1.1 Schutz vor staatlich-unmittelbarem Regelungszugriff durch Art. 9 Abs. 3 GG

Zentraler verfassungsrechtlicher Einwand gegen jede Form staatlicher Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen ist die Tarifautonomie: Art. 9 Abs. 3 GG garantiert das Betätigungsrecht der Koalitionen, zu dem nach ganz herrschender Meinung auch der Abschluss von Tarifverträgen ohne staatliche Einflussnahme gehört.¹³⁾ Da die Tarifvertragsparteien „nach der dem Art. 9 Abs. 3 GG zugrundeliegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat“,¹⁴⁾ hat dieser im Bereich der Arbeitsbedingungen seine Regelungszuständigkeit zu Gunsten der Koalitionen „weit zurückgenommen“. Aber: Der Staat hat sich seines „Normsetzungsrechts nicht völlig entäußert“. ¹⁵⁾ Die subsidiäre Regelungszuständigkeit des Staa-

tes soll erst greifen, „wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht“.¹⁶⁾

Die Forderung nach staatlichem Mindestentgelt enthält also den Vorwurf, dass die Tarifparteien (vor allem die Gewerkschaften) versagen und nicht zu einer hinreichend effektiven Selbstregelung gelangen. Nicht mehr die Gewerkschaft(en), sondern der Staat soll den sozialen Schutz der Arbeitnehmer gewährleisten. In der Tat: Wie der Staat gegen Markt- und Vertragsversagen vorgehen darf und muss, so darf und muss er gegen aktives wie passives Tarifversagen einschreiten. Fehlt es an einer tariflichen Regelung, die den geforderten Schutz bietet, entweder weil überhaupt kein Tarifvertrag besteht oder der bestehende Tarifvertrag nicht genügend Schutz gewährt, muss der Staat seine Verantwortung wahrnehmen können.¹⁷⁾

Dass sich die DGB-Gewerkschaften mit dieser Situation weiterhin abgefunden haben, ja im Mindestlohn gar die Chance sehen, den Mitgliederschwund¹⁸⁾ durch politischen Einfluss zu kompensieren,¹⁹⁾ ändert nichts am Rechtfertigungsbedarf. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG entscheidet gegen die Staatsintervention und für den Vorrang kollektiv-autonomer Selbsthilfe.²⁰⁾ Arbeitnehmer sollen durch freie Gewerkschafts- und damit Gegenmachtbildung ihren Schutz in die eigene Hand nehmen. Nach Ansicht des BVerfG können daher dem Betätigungsrecht der Koalitionen nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind.²¹⁾ Diese staatliche Regelungsbefugnis gegenüber den Tarifparteien ist strikt an den Grundsatz der Ver-

6) Zum „Vulgärkeynesianismus“ *Storbeck*, Auf Oskars Spuren, Handelsblatt v. 29. 12. 2005, S. 1.

7) *Rieble* (Fußn. 5), S. 42.

8) *Rieble*, ZfA 2004, 1, 4 f.

9) *Rieble* (Fußn. 5), S. 42.

10) Ebenso *Gaul/Hayek*, Gesetzliche Mindestlöhne, Kurzinformation der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages Nr. 64/05 v. 12. 9. 2005.

11) *Rieble* (Fußn. 5), S. 42.

12) Hierzu die Untersuchungen von *Card/Krueger*, Minimum Wages and Employment: A Case Study of the Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania, in: *American Economic Review*, vol. 84 (1994) no. 4, 772 ff.; *Abowd/Kramarz/Margolis*, Minimum Wages and Employment in France and the United States, NBER working paper (1999) no. 6996; *Dolado/Felgueroso/Jimeno*, The Role of the Minimum Wage in the Welfare State: An Appraisal, CEPR discussion paper (2000) no. 2452; jüngst auch *Feldmann*, Arbeitsmarktregulierung und Arbeitsmarkt-Performance in Industrieländern, in: *Rieble* (Hrsg.), *Transparenz und Reform im Arbeitsrecht*, 2006, im Erscheinen.

13) Nur BVerfGE 100, 271, 282 = NZA 1999, 992 = AP Nr. 88 zu Art. 9 GG = AR-Blattei ES 1650 Nr. 20 (m. Anm. *Dieterich*); BVerfGE 94, 268, 284 ff. = NJW 1997, 513 = AP Nr. 2 zu § 57a HRG.

14) BVerfGE 94, 268, 285 = AP Nr. 2 zu § 57a HRG = NJW 1997, 513.

15) BVerfGE 38, 386, 393 = AP Nr. 23 zu Art. 9 GG = NJW 1975, 1265; BVerfGE 44, 322, 341 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG = NJW 1977, 2255; BVerfGE 58, 233, 248 = AP Nr. 31 zu § 2 TVG = NJW 1982, 815.

16) BVerfGE 44, 322, 342 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG = NJW 1977, 2255 ff.

17) Eine spezielle Schutzpflicht des Staates gerade für Nichtorganisierte lehnt *Andelewski*, Staatliche Mindestarbeitsbedingungen, 2001, S. 72 f., zu Recht ab.

18) Zur Erosion der deutschen Gewerkschaften *Rieble*, ZfA 2005, 245, 245 f.

19) So etwa *Bispinck/Schäfer/Schulten*, WSI Mitteilungen 10/2004, S. 575 ff.

20) Zuletzt *Rieble*, ZfA 2005, 245, 266 f.

21) BVerfGE 44, 322, 340 f. m. w. N. = AP Nr. 15 zu § 5 TVG = NJW 1977, 2255 ff.

hältnismäßigkeit gebunden.²²⁾ Auf der anderen Seite muss der Gesetzgeber den Tarifparteien ein ausreichend großes Feld von Arbeitsbedingungen überlassen, auf dem sie sich im Sinne eines Aushandelns von Leistung und Gegenleistung sinnvoll betätigen können.²³⁾

1.2 Staatliche Regelungskonkurrenz

Will der Staat künftig Mindestentgelte festsetzen, erwächst durch diese Staatshilfe den Gewerkschaften Konkurrenz: Staatlicher Schutz tritt an die Stelle der kollektiv-tariflichen Selbsthilfe.²⁴⁾ Sobald aber der Staat die Arbeitnehmer vor unangemessen schlechten Arbeitsbedingungen schützt, also das „Gerechtigkeitsgefälle“ zwischen Tarifvertrag und Arbeitsvertrag mindert, verringert er den Anreiz zu kollektiver Selbsthilfe und behindert die Koalitionsfreiheit.²⁵⁾ So wenig Art. 9 Abs. 3 GG den Staat verpflichtet, die Koalitionen um ihrer selbst willen zu erhalten und zu fördern,²⁶⁾ ihnen also keinen Anspruch auf Erfolg vermittelt,²⁷⁾ so wenig darf er auf der anderen Seite die „kollektive Selbsthilfe“ als Programm des Art. 9 Abs. 3 GG durch Staatshilfe infrage stellen. Der Staat ist gehalten, sich neutral zu verhalten und die Arbeitnehmer (wie auch die Arbeitgeber) in ihrer Entscheidung, ob sie sich organisieren oder nicht, nicht zu beeinflussen.²⁸⁾

Was das BVerfG für die Unternehmensmitbestimmung gesagt hat, gilt entsprechend für das staatliche Mindestentgelt: „Das Nebeneinander von Tarifvertragssystem und Mitbestimmung [...] kann zu Gewichtsverlagerungen, aber auch zu Konkurrenzen führen, die einen Ausgleich erforderlich machen. Einen solchen herzustellen, ist der Gesetzgeber aufgrund seiner Regelungskompetenz befugt.“²⁹⁾

Der „Vorrang kollektiver Selbsthilfe vor Staatshilfe“ gilt nicht nur für eine inhaltlich eigenständige staatliche Regelung der Arbeitsbedingungen (betragsmäßig festgesetzter Mindestlohn), sondern ebenso für eine staatliche Erstreckung tariflicher Normen auf Nicht- und Andersorganisierte (Allgemeinverbindlicherklärung). Mehr noch: Können die Tarifparteien diesen Mindestlohn selbst nicht mehr unterschreiten, insbesondere also in Krisensituationen keine gegen den Mindestlohn verstößenden Sanierungstarifverträge mehr abschließen – wie es etwa das BAG für das AEntG annimmt³⁰⁾ –, geht es nicht nur um die Attraktivität der Gewerkschaften, sondern um die Beschränkung der Tarifautonomie. Den Tarifparteien wird die Tarifverantwortung für jene auferlegt, die nicht kraft Mitgliedschaft tarifgebunden sind.³¹⁾

Problematisch ist die Wirkung auf konkurrierende Tarifparteien. Die besondere Allgemeinverbindlicherklärung des AEntG zielt darauf, dass der Staat einen Tarifvertrag für maßgeblich erklärt und damit anderen Tarifparteien abweichende Regelungen verbietet. Das geht insbesondere zu Lasten ausländischer Gewerkschaften, die selbst am besten wissen können, welche Arbeitsbedingungen ihre Mitglieder in Deutschland wünschen. Der Europäisierung des Arbeitsmarktes folgt mittelfristig die Europäisierung der Tarifautonomie.³²⁾ Das AEntG-Konzept hingegen konserviert ein nationalstaatliches Schutzgebiet für deutsche Gewerkschaften vor ausländischer Gewerkschaftskonkurrenz.³³⁾

1.3 Individualfreiheit vor legitimationsloser Tarifierstreckung

Der Tarifvertrag erfährt eine grundsätzliche Bedeutungsver-schiebung: Von der Selbsthilfe und Selbstregelung eigener Arbeitsbedingungen (der Mitglieder) zur staatlich legitimierten Fremdherrschaft über Nichtmitglieder. In den Worten des BVerfG: „Mit der Allgemeinverbindlicherklärung wird die Verbindlichkeit dieser Regeln auf die Nichtmitglieder ausgedehnt. [...] Den Koalitionen ist dabei der maßgebliche Einfluss eingeräumt. Der die Außenseiter an die Tarifnorm bindende Geltungsbefehl bleibt dem Staat vorbehalten. Sowohl die Mitwirkung der Koalitionen und des diese repräsentierenden Tarifausschusses als auch die Beteiligung des Staates sind notwendig, um die Außenseiter dem Tarifvertrag zu unterwerfen.“³⁴⁾ Dass verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt gegen eine derartige „legitimationslose Zwangsbeglückung“ die in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte negative Koalitionsfreiheit ist, lässt sich gut vertreten,³⁵⁾ konnte sich aber beim BVerfG nicht durchsetzen:³⁶⁾ Einschlägig ist vielmehr Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip.³⁷⁾ Der Staat darf seine Normsetzungsbefugnis nicht in beliebigem Umfang außerstaatlichen Stellen überlassen und den Bürger nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt autonomer Gremien ausliefern, die ihm gegenüber nicht demokratisch oder mitgliederschaftlich legitimiert sind. Aus diesem Grund könne die dynamische Verweisung eines Gesetzes auf einen Tarifvertrag nur unter engen Voraussetzungen zulässig sein: „Nur soweit der Inhalt der tarifvertraglichen Regelung, auf die staatliche Rechtsnormen verweisen, im wesentlichen feststeht, kann von

22) Nur MünchArbR/Löwisch/Rieble, 2. Aufl., 2000, § 244 Rz. 42 ff.

23) Löwisch, JZ 1996, 812, 816; ebenso Herschel, RdA 1967, 71, 72; ders., DB 1959, 1443; folgend Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 92.

24) Für die Gleichstellung nach dem AÜG Klebeck, Gleichstellung der Leiharbeiter als Verfassungsverstoß, 2004, S. 75.

25) Zum Verhältnis von Staatshilfe und kollektiver Selbsthilfe Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rz. 930 ff.

26) Nur BVerfGE 88, 5, 13 ff. = ZIP 1993, 286, 288 = AP Nr. 1 zu § 2 Beratungshilfe = NZA 1993, 427 ff., wonach es dem Staat sogar verwehrt ist, durch Vorenthaltung von Rechtsberatungshilfe mittellose Arbeitnehmer in die Arme der Gewerkschaften zu treiben; hierzu Rieble, Anm. zu BAG v. 5. 4. 1994 – 5 AZR 961/93, EzA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 111.

27) Rieble, ZfA 2005, 245, 267 f.

28) MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fußn. 22), § 245 Rz. 1 ff.

29) BVerfGE 50, 290, 373 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = NJW 1979, 833 unter C.IV.2.b.cc.

30) BAG AP Nr. 15 zu § 1 AEntG = NZA 2002, 1216 = DB 2002, 2494.

31) Für die Lohngleichheit nach AÜG Klebeck (Fußn. 24), S. 134 ff.; allgemein Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl., 2004, § 1 Rz. 169 ff.

32) Rieble (Fußn. 5), S. 42.

33) Schon Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29, 67.

34) BVerfGE 44, 322, 346 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG = NJW 1977, 2255 = EzA § 5 TVG Nr. 5.

35) Nur Picker, ZfA 2002, 469, 503 mit Blick auf § 10 Abs. 5 AÜG; allgemein Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 99; Buchner, Tarifvertragsgesetz und Koalitionsfreiheit, 1964, S. 60 ff.

36) Zur „Drucktheorie“ BVerfGE 44, 322, 347 ff., 352 = AP Nr. 15 zu § 5 TVG = NJW 1977, 2255; BVerfGE 55, 7, 22 = AP Nr. 17 zu § 5 TVG (m. Anm. Wiedemann) = NJW 1981, 215; BVerfGE 64, 208, 213 ff. = AP Nr. 21 zu § 9 BergmannsVersorgScheinG NRW = NJW 1984, 1225 ff. = SAE 1984, 1 ff. (m. Anm. Scholz).

37) Hierzu nur Löwisch, DB 2001, 1090, 1091; Rieble, NZA 2000, 225, 233; ders., RdA 1993, 140, 142; Dieterich, in: Festschrift Däubler, 1999, S. 451, 456 f.

einem unzulässigen Verzicht des Gesetzgebers auf seine Rechtsetzungsbefugnis nicht die Rede sein.⁴³⁸⁾

Im Jahr 2000 hat eine Kammer des BVerfG ohne inhaltliche Prüfung diese Grenzen verworfen und sich in Widerspruch zu früheren Senatsentscheidungen begeben.³⁹⁾ Für den Gesetzgeber heißt das: Er muss eine inhaltliche Überprüfung der Mindestlohn-Tariferstreckung ins Kalkül ziehen, kann sich aber vorerst auf jenen Kammerbeschluss stützen. Allerdings hat das BVerfG dort für Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG darauf abgestellt, dass ausschließlich die Baubranche betroffen sei. Eine Ausdehnung des AEntG auf alle Branchen ist davon nicht gedeckt.

1.4 Tarifaufonomie als objektives Ordnungsprinzip

Dass Gewerkschaften mit einer Erstreckung ihrer Tarifverträge staatsabhängig werden können, sehen sie selbst, aber auch und insbesondere die damit einhergehende „Chance“: Was sie autonom nicht durchsetzen können, soll der Staat verordnen. Dies befreit zwar vom Risiko des eigenen Misserfolges,⁴⁰⁾ ignoriert aber die Tarifaufonomie als Ordnungsprinzip: Der mit Art. 9 Abs. 3 GG angestrebten Ordnung durch die Koalitionen liegt das „Prinzip der autonomen Regelung durch die Aktualisierung von Gegenmacht“ zugrunde.⁴¹⁾ Das BVerfG hat das klar gesehen, wenn es ausführt, dass der Organisationsgrad einer Koalition, die Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnlichen Faktoren außerhalb der Verantwortung des Staates liegen.⁴²⁾

Für ihren Erfolg, ihre „Schlagkraft“ sind die Koalitionen selbst verantwortlich.⁴³⁾ Schon gar nicht darf der Staat Tarifparteien zu einem Erfolg verhelfen, den sie aus eigener Kraft nicht erreichen können.⁴⁴⁾ Letztlich bringt der Staat zum Ausdruck, dass es den Gewerkschaften an der Mächtigkeit – im Sinne der Durchsetzungskraft aus eigener Anstrengung – als Voraussetzung der Tariffähigkeit fehlt.⁴⁵⁾ An diesem der Tarifaufonomie immanenten Prinzip der autonomen, kollektiven Selbsthilfe müssen sich alle Instrumente einer staatlichen Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, also nicht nur die bereits bestehenden Instrumente, wie etwa die Tariferstreckung kraft Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne des § 5 TVG oder kraft Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3a AEntG, die Tariftreueerklärung, die Gleichstellungsverpflichtung der Leiharbeiter nach AÜG, sondern auch andere Gestaltungsmöglichkeiten zur Einführung eines staatlich verantworteten Mindestentgelts messen lassen.⁴⁶⁾

Wer tarifliche Arbeitsbedingungen auf an sich tariffreie „Außenseiter“ erstreckt, beseitigt den Zustimmungskarakter der Mitgliedschaft und beraubt die Tarifparteien ihrer Legitimation. Die Entscheidungsfreiheit des einzelnen Arbeitnehmers und Arbeitgebers, einem Verband durch Eintritt die Legitimation zur Regelung der Arbeitsbedingungen zu erteilen bzw. durch Austritt diese zu entziehen, lässt sich auch als eine Wertentscheidung für den Koalitionswettbewerb oder -pluralismus begreifen: Unterschiedliche Verbände können mit unterschiedlichen Konzepten – auch und gerade in der Tarifpolitik – um Mitglieder werben.⁴⁷⁾ Eine tariffeste Tariferstreckung auf Nicht- oder Andersorganisierte behindert oder verunmög-

licht diesen Wettbewerb, weil der Staat sich für ein bestimmtes Tarifwerk entscheidet und damit dessen Tarifparteien zu Tarifmonopolisten ihrer Branche macht – und Tarifinnovationen durch andere verhindert.

2. Europarecht: Grundfreiheiten des EG-Vertrages

Europarechtlich geht es um die Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV – die durch eine Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen, insbesondere die Tariferstreckung nach § 1 AEntG hintertrieben werden kann.⁴⁸⁾ Der EuGH ist dieser Ansicht im Kern aber nicht gefolgt: Das Gemeinschaftsrecht verwehre es einem Mitgliedstaat grundsätzlich nicht, einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat, das Dienstleistungen im erstgenannten Mitgliedstaat erbringt, die Verpflichtung aufzuerlegen, seinen Arbeitnehmern die durch die nationalen Vorschriften dieses Staates festgelegten Mindestlöhne zu zahlen – wenngleich solche Mindestarbeitsbedingungen in die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EGV eingreifen.⁴⁹⁾ Die am 16. 2. 2006 beschlossene „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt“ ändert hieran insoweit nichts, als sie nach ihrem Art. 17 Abs. 5 für Angelegenheiten, die unter die Richtlinie 96/71/EG (sog. Entsenderichtlinie) fallen, eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip vorsieht.⁵⁰⁾

Der EuGH hält Mindestarbeitsbedingungen nur zum Schutz der Arbeitnehmer und nur dann für gerechtfertigt, wenn „zum einen die Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats ihres Arbeitgebers keinen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießen, so dass die Anwendung der nationalen Regelung des ersten Mitgliedstaats (gemeint: derjenige, in dem die Dienstleistung erbracht wird) ihnen einen tatsächlichen Vorteil verschafft, der deutlich zu

38) BVerfGE 64, 208, 213 ff. = AP Nr. 21 zu § 9 BergmannsVersorgScheinG NRW = NJW 1984, 1225 ff. = SAE 1984, 1 ff. (m. Anm. Scholz); ebenso BVerfGE 44, 322, 340 f. = AP Nr. 15 zu § 5 TVG = NJW 1977, 2255 ff.; auch BVerfGE 33, 125, 158 = NJW 1972, 1504 ff.

39) BVerfGE NZA 2000, 948 = DB 2000, 1768 ff. = SAE 2000, 265 ff. (m. kritischer Anm. Scholz). Nicht anders in der Equal-pay-Entscheidung des BVerfGE EzAÜG § 3 AÜG Nr. 1 = AP Nr. 2 zu § 3 AEntG = NZA 2005, 153; hierzu kritisch Bayreuther, NZA 2005, 341 ff.

40) Zur Staatshilfe für Gewerkschaften Rieble, ZfA 2005, 245 ff.

41) Nur J. H. Kaiser, Die Parität der Sozialpartner, 1973, S. 1 ff. und S. 4 ff.; Löwisch, RdA 1969, 129, 131 ff.; MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fußn. 22), § 243 Rz. 7 f.

42) BVerfGE 92, 365, 393 = AP Nr. 4 zu § 116 AFG = NJW 1996, 185 ff., dazu EWiR 1995, 889 (H. Wiedemann).

43) Nur MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fußn. 22), § 246 Rz. 15 f. m. w. N.; Rütters, DB 1973, 1649, 1656; Friese, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, 2000, S. 314.

44) Rieble, ZfA 2005, 245, 267 f. m. w. N.

45) MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fußn. 22), § 268 Rz. 5.

46) Kritisch Buchner, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 211 ff.

47) Eingehend Franzen, RdA 2001, 1 ff.; zuvor schon Rieble (Fußn. 25), Rz. 1778 ff.

48) Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370, 2372 ff.; Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29, 44 ff.; Koenigs, DB 1995, 1711 ff.; jüngst Junker, JZ 2005, 481 ff.

49) EuGHE 2002, 787 = ZIP 2002, 273 = NZA 2002, 207, 209, dazu EWiR 2002, 245 (Henssler/Müller); zuletzt auch EuGHE I 2004, 9553 = NZA 2004, 1211 = AP Nr. 9 zu Art. 49 EG; auch EuGH NZA 2005, 573 = DB 2005, 948, der die Methode der Berechnung des Mindestlohns beanstandete; hierzu auch Temming, RdA 2005, 186, 191 f.

50) Hierzu auch den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM(2004) 2 endgültig/2.

ihrem sozialen Schutz beiträgt, und zum anderen die Anwendung dieser Regelung des ersten Mitgliedstaats im Hinblick auf das verfolgte, im Allgemeininteresse liegende Ziel verhältnismäßig ist.“⁵¹⁾ Das zieht insbesondere einer Erstreckung der nach § 1 AEntG allgemeinverbindlichen Tarifbedingungen auf die Arbeitsverträge ausländischer Arbeitnehmer und Arbeitgeber Grenzen: Die Feststellung, ob der entsandte Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften seines Heimatstaates keinen im Wesentlichen vergleichbaren Schutz genießt, so dass ihm die erstreckte Regelung einen deutlichen Vorteil verschafft, muss das Gesamtsystem der arbeitnehmerschützenden Rechtsvorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats in Betracht ziehen. Denn von der Notwendigkeit eines Schutzes gegen „Sozialdumping“ kann nur dann gesprochen werden, wenn die Arbeitsbedingungen in dem entsendenden Niederlassungsstaat insgesamt gesehen unter denen liegen, die in dem Staat gelten, in den die Entsendung stattfindet.⁵²⁾

Weitere Grenzen für die Anwendbarkeit zieht der EuGH in seiner Entscheidung vom 24. 1. 2002: Es stelle eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV dar, „wenn ein inländischer Arbeitgeber den in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag festgesetzten Mindestlohn durch den Abschluss eines Haustarifvertrages unterschreiten kann, während dies einem Arbeitgeber, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, nicht möglich ist.“⁵³⁾ Hiergegen ließe sich allerdings einwenden, dass es auch einem ausländischen Unternehmen möglich ist, durch speziellere Kollektivvereinbarungen die tarifliche Erstreckung nach § 1 AEntG beiseite zu schieben (anders der 9. Senat des BAG⁵⁴⁾) – insbesondere durch einen Tarifvertrag des ausländischen Arbeitgebers mit einer dortigen Gewerkschaft für die Arbeitsaufnahme in Deutschland.

III. Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers

1. Branchenübergreifende Tarifierstreckung nach AEntG

Rechtspolitisch wird vielfach die Ausweitung des AEntG gefordert – also über den derzeitigen Gesetzeswortlaut (Baugewerbe und Hafenschlepper) und den Koalitionsvertrag (Gebäudereinigung) auf alle Branchen. In der Tat erweist sich der beschränkte Anwendungsbereich des AEntG als Gleichheitsproblem des Art. 3 Abs. 1 GG. Ein Sonderschutz für eine oder wenige Branchen findet keinen Sachgrund: Das produzierende und das Dienstleistungsgewerbe müssen sich auch sonst der ausländischen Niedriglohnkonkurrenz stellen und hierauf entweder mit Arbeitskostensenkungen oder Produktivitätserhöhungen reagieren. Die Besonderheit des Baugewerbes wie der Gebäudereinigung liegt nicht in einer, diese Ungleichbehandlung allein rechtfertigenden besonderen Schutzbedürftigkeit, sondern in der bloßen besseren Schutzfähigkeit, weil das Bauwerk immobil ist.⁵⁵⁾

2. Erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung

Der gewerkschaftliche Vorschlag, das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG zur Festsetzung staatlicher Mindestarbeitsbedingungen zu „verbessern“,⁵⁶⁾ geht fehl: Das 50-Prozent-Quorum des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG

abzusenken, lässt sich nicht begründen. Es trägt dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung und macht die Beschränkung der Berufsausübungs-, Vertrags- und Koalitionsfreiheit der nichtorganisierten Arbeitgeber erträglich. Erreicht der Tarifvertrag aus eigener Kraft weniger als die Hälfte der Arbeitsverhältnisse (wobei das Gesetz großzügig alle Arbeitnehmer der organisierten Arbeitgeber einrechnet), ist er nicht mehr repräsentativ und findet keine Akzeptanz am Arbeitsmarkt, was die fehlende Zumutbarkeit seiner Arbeitsbedingungen indiziert. Das 50-Prozent-Quorum sichert wenigstens einen Rest Außenseiterwettbewerb.⁵⁷⁾

Die 50-Prozent-Hürde ist nicht besonders hoch, weil die großen Arbeitgeber mit ihren großen Belegschaften regelmäßig tarifgebunden sind und die kleinen und mittleren Unternehmen dominieren. Gerade deswegen scheitert die Allgemeinverbindlicherklärung (vorbehaltlich des sozialen Notstandes, § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG), wenn nicht einmal das 50-Prozent-Quorum erreicht ist.⁵⁸⁾ Richtig gelesen geht es Vertretern dieses Reformvorschlages auch nicht um Arbeitnehmerschutz, wenn sie bei „jeder (erheblichen) Relativierung der 50-Prozent-Schwelle ein gewisses Risiko“ sehen, „dass nicht repräsentative Tarifverträge von Konkurrenzorganisationen an den Rändern der DGB-Gewerkschaften für allgemeinverbindlich erklärt werden könnten.“⁵⁹⁾

Schließlich ist auch eine erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung untauglich, für in- und ausländische Arbeitnehmer Mindestentgelte festzusetzen. Der allgemeinverbindliche Tarifvertrag scheitert bei entsandten Arbeitnehmern am Kollisionsrecht: Für aus dem Ausland entsandte Mitarbeiter gilt deren Heimatrecht und damit weder das deutsche TVG, noch ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag. Dieses „fremdenrechtliche“ Tarifgeltungsproblem lässt sich nur mit der besonderen Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG überwinden.⁶⁰⁾

3. Tariftreue-Verpflichtungen

Ein anderes Konzept verfolgt die Tariftreue-Verpflichtung, wie sie die Vergabegesetze verschiedener Bundesländer vorsehen:⁶¹⁾ Dabei geht es um die gewerkschaftliche Landnahme tariffreier Zonen durch systemwidrige Inanspruchnahme des Gütermarktes – genauer: der Marktmacht des nachfragenden

51) EuGH NZA 2001, 1377; weiter Rieble/Lessner, ZfA 2002, 29, 64 ff.; Junker, JZ 2005, 481, 482; nach EuGHE I 2004, 9553 = NZA 2004, 1211 = AP Nr. 9 zu Art. 49 EG ist zu vermuten, dass der Aufnahmemitgliedstaat mit Mindestarbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer Arbeitnehmerschutz bezweckt.

52) So Löwisch/Rieble (Fußn. 31), § 5 Rz. 164.

53) EuGHE 2002, 787 = ZIP 2002, 273 = NZA 2002, 207, 209.

54) BAG AP Nr. 15 zu § 1 AEntG = NZA 2002, 1216 = DB 2002, 2494.

55) So schon Löwisch/Rieble (Fußn. 31), § 5 Rz. 154.

56) Zuletzt Zachert, NZA 2003, 132 ff.

57) Eingehend Löwisch/Rieble (Fußn. 31), § 5 Rz. 41.

58) Löwisch/Rieble (Fußn. 31), § 5 Rz. 41; dagegen Zachert, NZA 2003, 132, 134 f.

59) So ausdrücklich Zachert, NZA 2003, 132, 135.

60) Jüngst Junker, JZ 2005, 481, 484 ff.

61) Zum Stand der Gesetzgebung Löwisch/Rieble (Fußn. 31), § 5 Rz. 166 ff.; zum Vorlagebeschluss BGH ZIP 2000, 426 = NZA 2000, 327 = AP Nr. 1 zu § 20 GWB, dazu EWiR 2000, 823 (Pohlmann), eingehend Löwisch, DB 2001, 1090 ff.; Däubler, ZIP 2000, 681 ff.

Staates. Mit einem staatlich verantworteten Mindestentgelt hat das nichts zu tun. Die Methode kann nur zufällig dort greifen, wo eine Branche von der Marktmacht der öffentlichen Auftraggeber abhängig ist, also (noch) im Straßenbau und dem öffentlichen Personenverkehr. Sonstwo ist der Fiskus nur ein Nachfrager unter vielen ohne Marktmacht. Schließlich muss solche Tariftreue vom öffentlichen Auftraggeber bezahlt werden. Höhere Lohnkosten gehen in die Preisgestaltung ein. Überschuldeten öffentlichen Haushalten fehlt für eine solche ordnungspolitische Fragwürdigkeit gottlob das Geld.

4. Effektivierung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen von 1952

Zentral gefragt ist die „Verbesserung“ des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11.1.1952 (MindArbBG): Danach kann der Bundesminister für Arbeit und Soziales kraft Rechtsverordnung, § 4 Abs. 3 Satz 2 MindArbBG, unter drei Voraussetzungen Mindestarbeitsbedingungen, also gemäß § 4 Abs. 4 MindArbBG, die *unterste Grenze der Entgelte* und sonstige Arbeitsbedingungen in einem Wirtschaftszweig oder einer Beschäftigungsart festsetzen – nachdem ein Fachausschuss nach § 4 Abs. 2 MindArbBG diese beschlossen hat:

- Erstens dürfen für den Wirtschaftszweig oder die Beschäftigungsart keine Gewerkschaften oder Vereinigungen von Arbeitgebern bestehen, oder diese repräsentieren nur eine Minderheit der Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, § 1 Abs. 2 lit. a MindArbBG.
- Zweitens muss die Festsetzung zur Befriedigung der notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer erforderlich erscheinen, § 1 Abs. 2 lit. b MindArbBG.
- Schließlich darf keine Regelung von Entgelten oder sonstigen Arbeitsbedingungen durch Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages erfolgt sein, § 1 Abs. 2 lit. c MindArbBG.

Verfassungs- und europarechtlich ist das MindArbBG frei von Bedenken: Aus Respekt vor der Tarifautonomie versucht das MindArbBG die Staatskonkurrenz zu Lasten der Koalitionen zu vermeiden. Dies belegt nicht nur die Subsidiaritätsregelung der § 1 Abs. 1, § 8 Abs. 2 MindArbBG zu Gunsten der Tarifautonomie, sondern auch der Umfang der festzusetzenden Arbeitsbedingungen – die unterste Grenze der Entgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen, § 4 Abs. 4 MindArbBG. Hält ein vom Staat festgesetztes Mindestentgelt hinreichenden Abstand zum tariflichen Mindestentgelt, so bleibt der Anreiz zum Abschluss von Tarifverträgen und die Attraktivität einer Koalitionsmitgliedschaft erhalten.

Die durch den Bundesminister festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen finden in dem jeweiligen Wirtschaftszweig oder der jeweiligen Beschäftigungsart (etwa Hilfsarbeiter, Vorarbeiter, Polier) unterschiedslos und bundesweit auf in- und ausländische Arbeitnehmer Anwendung. Kollisionsrechtliche Probleme entstehen mit Blick auf Art. 34 EGBGB nicht.⁶²⁾ Das Einvernehmen des mit Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern besetzten Haupt- und Fachausschusses gewährleistet die

aus verfassungsrechtlicher Sicht gebotene Beteiligung der betroffenen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Weil keine Tarifentgelte aufgenommen werden, kann der Staat auch nicht zu Gunsten eines (insbesondere DGB-)Tarifwerkes Partei nehmen und wahrt die gebotene staatliche Neutralität.⁶³⁾ Überdies sind die festgesetzten Mindestarbeitsbedingungen auch für eine Geltung gegenüber entsendendem Arbeitgeber sowie entsandtem Arbeitnehmer staatlich-demokratisch legitimiert und respektieren die europarechtlichen Vorgaben.⁶⁴⁾

Strenge Voraussetzungen und kompliziertes Verfahren hindern die Nutzung des Gesetzes, von dem bislang nicht Gebrauch gemacht worden ist. Zu weit geht die Forderung, dass „eine Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen immer dann in Betracht kommen soll, [...] wenn aufgrund problematischer Rahmenbedingungen der Interessenvertretung in einem Wirtschaftszweig oder für eine Beschäftigungsart keine Tarifverträge erzwungen werden können“.⁶⁵⁾ Das ist neutralitätswidrige Staatshilfe zu Gunsten der Gewerkschaften im Arbeitskampf – mehr noch: der Staat nähme der Gewerkschaft das Arbeitskampfrisiko ab, indem er immer dann, wenn diese eine Forderung nicht durchsetzen kann, zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen griffe. Richtig an der Forderung ist nur, dass bei mangelnder Durchsetzungsfähigkeit der Arbeitnehmervertretung die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 lit. a MindArbBG in Rede stehen – genauer: das Bestehen von tariffähigen Gewerkschaften für den Wirtschaftszweig oder die Beschäftigungsart. Nimmt man den Wortlaut des § 1 Abs. 2 lit. a MindArbBG ernst, steht diese Voraussetzung einer staatlichen Festsetzung bei den Nettoorganisationsgraden deutscher Gewerkschaften von im Durchschnitt noch 20 %⁶⁶⁾ nicht im Wege.

Jene Mindestarbeitsbedingungen sind richtig auf „die unterste Grenze der Entgelte und sonstigen Arbeitsbedingungen“ in einem Wirtschaftszweig oder einer Beschäftigungsart verpflichtet. Das Wort „unterste“ muss ernst genommen werden, um den verfassungsrechtlich gebotenen Vorrang der kollektiven Selbsthilfe zu wahren. Der Staat darf nur das schlechthin Unerlässliche verordnen – und inhaltlich gerade keinen Tarifersatz schaffen. Dass Festsetzungen gemäß § 8 Abs. 1 MindArbBG wie ein Tarifvertrag unmittelbar und zwingend gelten, betrifft nur die Wirkung, nicht den Inhalt: Der Staat ist nur berufen, das absolute Minimum zu garantieren, dessen Unterschreitung seine Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Tarifparteien dagegen sind zuständig für „angemessene“ oder ausgeglichene Arbeitsbedingungen deutlich oberhalb jenes Minimum.

Zur Frage, wann die Schwelle zu einem mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht mehr zu vereinbarenden Eingriff in die Tarifautonomie,

62) Hierzu etwa *Wichmann*, Dienstleistungsfreiheit und grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, 1998, S. 36 ff.

63) Zur unzulässigen Staatshilfe durch die Tarifierstreckung *Rieble/Lessner*, ZfA 2002, 29 ff.; *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370 ff.; *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23 ff.; *Klebeck* (Fußn. 24), S. 43 ff.; *Löwisch*, DB 2001, 1090 ff.

64) So schon *Löwisch*, in: Festschrift Zeuner, 1994, S. 91, 99; *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2375.

65) So aber *Peter*, in: *Peter/Kempfen/Zachert*, Rechtliche und rechtspolitische Aspekte des Sicherns von tariflichen Mindeststandards, 2003, S. 91.

66) *Niedenhoff*, Dossier Gewerkschaften in Deutschland, 2003, S. 14: ca. 20 % Nettoorganisationsgrad im Jahr 2002; *Schnabel*, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände: Organisationsgrade, Tarifbindung und Einflüsse auf Löhne und Beschäftigung, ZAF 2005, 181, 185: 23,8 % im Westen und 20,4 % im Osten Deutschlands für 2002.

positiv formuliert: die Obergrenze für staatlich verantwortete Mindestarbeitsbedingungen, erreicht ist, lässt sich auf die Entscheidung des BVerfG vom 27. 4. 1999 zu den „Lohnabstandsklauseln“ zurückgreifen: Soll danach eine Regelung (§ 275 SGB III a. F.), die einen vollen staatlichen Zuschuss für Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen nur dann anerkennt, wenn das vereinbarte Arbeitsentgelt 80 % der Tariflöhne für vergleichbare Tätigkeiten auf dem freien Arbeitsmarkt nicht übersteigt, zwar einen Eingriff in die Tarifautonomie darstellen, der aber mit Blick auf die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist,⁶⁷⁾ ließe sich diese 20 %-Lohnabstandsgrenze „nach oben“ jedenfalls für staatlich verantwortete Mindestarbeitsbedingungen zum Schutz vor Ausbeutung heranziehen. Der mit der staatlichen Festsetzung einhergehende Einfluss auf eine etwaige tarifliche Willensbildung ließe sich mit dem Mindestschutz der Arbeitnehmer gleichermaßen rechtfertigen.⁶⁸⁾ Ähnlich spricht schon heute § 10 BBiG jedem Lehrling einen Anspruch auf angemessene Ausbildungsvergütung zu, was nach der Rechtsprechung auf 80 % der tariflichen Ausbildungsvergütung hinausläuft. Nur wirkt jene Grenze automatisch-dynamisch; das wiederum ist eine unzulässige dynamische Verweisung auf den Tarifvertrag.

Eine Grenze „nach unten“ ließe sich durch ein Lohnabstandsgebot zu den Regelsätzen der Sozialhilfe erreichen: Wäre das staatlich festgesetzte Mindestentgelt nur geringfügig höher als das Sozialhilfeniveau, so bliebe vielfach der Anreiz eines Arbeitnehmers aus, selbstständig für sein Auskommen zu sorgen.⁶⁹⁾ Das heißt: Das Abstandsgebot zu den Regelsätzen der Sozialhilfe garantierte nicht nur zum Schutz des Arbeitnehmers ein über der Sozialhilfe garantiertes, staatlich gesichertes Mindestentgelt, sondern schüfe insbesondere bei (Langzeit-)Arbeitslosen weitere Anreize zur Aufnahme einer Beschäftigung – unterhalb tariflicher Arbeitsbedingungen. Das heißt auch: „Außenseiter“-Konkurrenz durch solche Arbeitssuchende, die zu den hohen Tarifentgelten keine Beschäftigung finden. Freilich: Stellen die aufgezeigten Abstandsgebote lediglich die Außenmarkierungen dar, gelten die (mahnenden) Worte *Herschels* unvermindert: „Es wird viel soziales Verantwortungsgefühl und wirtschaftliches Verständnis erfordern, die richtigen Sätze festzulegen.“⁷⁰⁾ Eine vernünftige Begrenzung hindert die Politik, in Wahlkampfzeiten eine populistische Erhöhung der Mindestentgeltsätze anzuordnen. Dafür genügt eine feste Koppelung an die Sozialhilfesätze: Der Staat kann dann den Mindestlohn nur mit der Sozialhilfe erhöhen und muss mithin selbst zahlen. Mit Blick auf die Unterhaltssicherungsfunktion des Mindestlohns und die Sozialhilfe als faktischen Mindestlohn ist das sachgerecht.

Endlich ist das derzeitige Festsetzungsverfahren nach §§ 2 ff. MindArbBG extrem aufwändig und langwierig. An ihm sind drei Stellen beteiligt: Bundesminister respektive die oberste Behörde eines Landes, sowie der vom Bundesminister gemäß § 2 Abs. 1 MindArbBG errichtete Hauptausschuss und die gemäß § 2 Abs. 1 MindArbBG errichteten Fachausschüsse der jeweiligen Wirtschaftszweige und Beschäftigungsarten. Weder bei dem Verfahren einer tariflichen Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG noch bei der bindenden Festsetzung der Arbeitsbedingungen nach §§ 19 ff. HAG wird eine Auf-

spaltung der Ausschusszuständigkeiten für notwendig erachtet, so dass sich rechtspolitisch an eine Beschränkung auf einen Ausschuss denken lässt – wobei hier aufgrund der größeren Sachnähe an den für den jeweiligen Wirtschaftszweig und die Beschäftigungsart zuständigen Fachausschuss unter Beteiligung repräsentativer Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände zu denken ist. Einhergehen könnte damit – entsprechend dem Vorbild des § 5 Abs. 1 TVG – ein Antragsrecht der Koalitionen. Damit wäre die Gefahr politischer Willkür begrenzt.

5. Modifikation des Lohnwuchers, § 138 BGB

Jeder vereinbarte Niedriglohn steht schon heute unter dem Vorbehalt des Sittenwidrigkeitsurteils des § 138 BGB. Eine Lohnvereinbarung soll gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 BGB verstoßen, wenn zwischen der Arbeitsleistung und der Vergütung ein auffälliges Missverhältnis besteht und überdies entweder der Ausbeutungstatbestand des § 138 Abs. 2 BGB oder sonstige besondere Umstände bei § 138 Abs. 1 BGB hinzutreten.⁷¹⁾ Für aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer greift § 138 BGB – ungeachtet streitiger Einzelheiten – als zwingende Vorgabe deutschen Rechts.⁷²⁾ Das BAG nimmt die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung an, wenn der Lohn deutlich unter dem allgemeinen Lohnniveau des betreffenden Wirtschaftsgebietes für eine bestimmte Tätigkeit liegt, wobei Abweichungen bis zu 30 % des üblichen Lohnes noch nicht sittenwidrig sind.⁷³⁾ Der Tariflohn ist kein „objektiver“ Vergleichsmaßstab – maßgeblich ist das allgemeine Entgeltniveau des jeweiligen Wirtschaftszweiges.⁷⁴⁾ Gute Sitten bestimmen sich nicht nach dem Willen der Tarifparteien.

Will man den Lohnwucherschutz effektuieren, ließe sich an eine Festschreibung des nach bisheriger Rechtsprechung geltenden Richtwertes einer zulässigen Entgelt Differenz von 30 % denken. Ähnlich verfährt § 5 WiStG für den Mietpreis: Danach wird eine Mietpreiserhöhung bereits dann als Ordnungswidrigkeit geahndet, wenn die vom Vermieter geforderte Miete die übliche Miete um mehr als 20 % übersteigt.⁷⁵⁾ Aber: Verzichtet man auch und insbesondere auf den subjektiven Ausbeutungstatbestand des § 138 Abs. 2 BGB,⁷⁶⁾ ändert das an den Unzulänglichkeiten des nur noch objektiven Tatbestandes nichts. Wer stellt die (orts-)übliche Vergütung fest? Einen dem kommunalen „Mietspiegel“ vergleichbaren „Entgeltspie-

67) BVerfGE 100, 271, 283 = NJW 1999, 3033 ff. = NZA 1999, 992 ff. = AP Nr. 88 zu Art. 9 GG = AR-Blattei ES 1650 Nr. 20 (m. Anmerkung *Dieterich*).

68) Zur Störung der Verhandlungsparität durch staatlich festgesetzte Arbeitsbedingungen auch *Klebeck* (Fußn. 24), S. 82 ff.

69) Zum Lohnabstandsgebot *Rüfner*, VSSR 1997, 59, 63 ff.; *Feist*, Arbeit statt Sozialhilfe, 2000, S. 37 ff.

70) BArbBI 1952, 36, 37.

71) Mit umfangreichen Nachweise bei *Franke*, Lohnwucher – auch ein arbeitsrechtliches Problem, 2003, S. 61 ff.

72) Zu den kollisionsrechtlichen Problemen bei einer Arbeitnehmerentsendung umfassend *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, 1998.

73) BAG AP Nr. 30 zu § 138 BGB = SAE 1974, 33; hierzu kritisch *Peter* (Fußn. 65), S. 113 ff.; *Franke* (Fußn. 71), S. 129 ff.

74) BAG EzA § 138 BGB 2002 Nr. 2 = AP Nr. 59 zu § 138 BGB = NZA 2004, 971; BAG ZIP 2000, 1680 = NZA 2000, 1050 = AP Nr. 60 zu § 612 BGB, dazu EWIR 2000, 953 (*Thüsing*); BAG EzA § 138 BGB Nr. 29.

75) Dagegen *Franke* (Fußn. 71), S. 104 f.

76) Wenngleich karitative Arbeit oder Schenkungen zulässig bleiben müssen.

gel“ gibt es nicht.⁷⁷⁾ Zudem könnte die Vielfalt der Tätigkeiten auch schwerlich erfasst werden.

6. Genereller Mindestlohn?

Im europäischen Ausland wird stattdessen der einheitliche Mindestlohn für alle Arbeitnehmer aller Branchen festgesetzt – etwa das SMIC (Salaire minimum interprofessionnel de croissance) in Frankreich, oder der Mindestlohn in Großbritannien. Beide erreichen nicht alle Arbeitnehmer.⁷⁸⁾ Ein solcher Mindestlohn muss notgedrungen niedrig sein, weil andernfalls die Branchen mit den niedrigsten Löhnen (und entsprechend geringer Produktivität) vom Markt gedrängt werden (etwa zwischen 5 und 7 €). Damit kommt eine schädliche Konkurrenz der staatlichen Lohnfestsetzung zur tariflichen Entgeltregelung nur in jenen Niedriglohnbranchen in Betracht. Dort allerdings haben die besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmer mit geringen Entgeltchancen keinen Grund mehr, Mitglied einer Gewerkschaft zu sein, weil sie das erreichbare Minimum an Arbeitsbedingungen kostenfrei vom Staat erhalten. Das heißt: Ein solcher allgemeiner Mindestlohn beeinträchtigt die Tarifautonomie gerade für die besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmer. Indes ist diese Beeinträchtigung gerechtfertigt, weil die Tarifparteien – genauer: die Gewerkschaften – insofern versagen und den schutzbedürftigen Arbeitnehmern mit Blick auf die aus Art. 12 Abs. 1 GG resultierende Schutzpflicht vom Staat geholfen werden darf und muss.⁷⁹⁾

Aber: Nehmen sich die Gewerkschaften dieser Arbeitnehmern nach einer Mindestlohneinführung wieder an, stellt sich ein Folgeproblem: Ihr tarifpolitisches Ziel ist auf Verbesserung der Arbeitsbedingungen für ihre Mitglieder über den gesetzlichen Mindestschutz hinaus gerichtet. Die Tarifaueinandersetzungen werden von der Vorgabe des staatlichen Mindestentgelts geprägt. Verfassungsrechtlich ist dieser Einfluss auf die Verhandlungspositionen und -ergebnisse mit Blick auf die Verhandlungs- und Kampfparität der Sozialpartner als auch mit der Neutralitätspflicht des Staates angreifbar.⁸⁰⁾ Indes trägt die Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG die Beeinträchtigung auch insoweit.

7. Transferleistungen als mittelbarer Mindestlohn?

Alternativ denkbar sind staatliche Transferleistungen an Arbeitnehmer mit Niedriglöhnen. Dadurch wird der unmittelbare Eingriff in die tarifliche oder vertragliche Preisbildung vermieden. In Betracht kommen insbesondere Kombilohnmodelle⁸¹⁾ oder die negative Einkommenssteuer (earned income tax).⁸²⁾ Sie haben zunächst den Vorteil, dass anders als durch jeden Mindestlohn so die Arbeitsplatzchancen von Geringqualifizierten nicht berührt werden. Auf der Gegenseite sind Mitnahmeeffekte durch die Unternehmen zu berücksichtigen, die solche Transferleistungen zur Lohnsenkung nutzen könnten. Im Vergleich mit Mindestentgelten ist schließlich zu bedenken: Wer Lohnkosten durch Intervention verteuert, muss sagen, wer dies bezahlen soll. Schlussendlich ist das der deutsche Verbraucher, dem der Eingang der Kostenvorteile preisgünstiger Arbeitsleistungen in die Preisgestaltung der von ihm erworbenen Güter und Dienstleistungen verwehrt wird.

Ökonomisch wirkt sich ein Mindestentgelt ähnlich einer Verbrauchsteuer aus, aus deren Ertrag eine Lohnsubvention finanziert wird. Es liegt nicht anders als bei den Mindest-Einseisevergütungen für regenerative Energien, die ebenfalls der Verbraucher bezahlen muss. Demgegenüber könnte es vernünftiger sein, solche Transferleistungen vom Steuerzahler, also durch gleichmäßigere Lasten zu finanzieren. Jeder Zugriff auf den Arbeitslohn wirkt sich in personalintensiven Branchen deutlich schärfer aus als in kapitalintensiven.

IV. Folgen und Praktikabilität

Damit ist die Frage nach den Wirkungsfolgen angesprochen: Jedes Mindestentgelt wirkt prinzipiell preistreibend und damit nachfragedämpfend. Dabei macht es keinen Unterschied, ob nur eine Lohnsenkung verhindert wird oder die Entgelte angehoben werden. In jedem Fall erzeugen Mindestentgelte im Vergleich zu (hypothetischen) niedrigeren Marktentgelten negative Beschäftigungseffekte. Gerade bei Dienstleistungen wird so ein Anreiz geschaffen, die Leistung als solche ins Ausland zu verlagern, wo die deutschen Mindestentgelte nicht greifen. Am Beispiel der Schlachthöfe: Was soll „den Markt“ davon abhalten, die Schlachttiere nach Polen zu transportieren, dort schlachten zu lassen und das Fleisch im Zuge der Warenverkehrsfreiheit zurückzufahren? Im Bereich der Produktion sorgt der transnationale Wettbewerb mit seinem Lohngefälle lange schon für Standortverlagerungen. Es ist nicht ersichtlich, weswegen Dienstleister hiervon verschont werden sollen.

Im Gegenteil kann eine solche künstliche Verteuerung industrienaher Dienstleistungen dazu führen, dass sogar verstärkt Produktionsbetriebe abwandern, weil es ihnen nicht möglich ist, ihre Dienstleistungskosten im Inland zu senken. Das sieht auch der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 27. 4. 2005: „Soweit es infolge dieses Gesetzes zusätzlich zur Einführung allgemeinverbindlicher tarifvertraglicher Mindestlöhne kommt, kann dies in den betreffenden Branchen eine Erhöhung der Arbeitskosten mit potentiellen Rückwirkungen auf den Arbeitsmarkt und die Höhe der an Arbeitslose zu gewährenden Transferleistungen zur Folge haben [...]“. Seine Verfasser behaupten aber: Diese seien nicht zu „bezziffern“. Das ist so nicht richtig. Wenn – wie dies das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit sagt⁸³⁾ – jeder Prozentpunkt der Lohnnebenkosten 100 000 Arbeitsplätze kostet, gilt das für die Erhöhung von Lohnkosten nicht minder!

77) So auch *Peter* (Fußn. 65), S. 114; *dies.*, AuR 1999, 289, 291, die dieserhalb auf das „objektive“ Tarifentgelt abstellen will; dagegen *Franke* (Fußn. 71), S. 101.

78) Zu Mindestlohnregelungen in den Mitgliedstaaten der EU auch *Bispinck/Kirsch/Schäfer*, Projekt Mindeststandards für Arbeits- und Einkommensbedingungen und Tarifsysteem, 2003, S. 277 ff.

79) Zur Schutzpflicht des Staates auch *Dieterich*, RdA 1995, 129 ff.; *Diwoll*, AuR 1998, 149 ff.; *Benda*, RdA 1979, 1 ff.

80) Hierzu mit Blick auf gesetzliche Gleichstellungsverpflichtung nach AÜG *Klebeck* (Fußn. 24), S. 82 ff. m. w. N.

81) Dazu nur *Löwisch/Caspers*, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 36, 1999, S. 81 ff.

82) Dazu nur *Lesch*, iw-trends 4/2004, 1, 15.

83) Zu den Simulationsrechnungen des IAB *Zika*, IAB-Werkstattbericht Nr. 7/1997, S. 1 ff.

Richtig ist, dass es keine verlässlichen Zahlen über den Umfang illegaler (Ausländer-)Beschäftigung gibt. Sicher ist auch, dass in- und ausländische Unternehmen – im Einverständnis mit arbeitssuchenden Arbeitnehmern – im zunehmenden Maße geneigt sind, auf alternative und sogar auf illegale Gestaltungsformen des Personaleinsatzes zurückzugreifen und damit andere für aus- und inländische Arbeitnehmer geltende Schutzrechte zu umgehen. Dies belegt die steigende Zahl der eingeleiteten, ordnungswidrigkeits- und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, die freilich auch auf intensivere Ermittlungen zurückzuführen ist. Die protektionistische Mindestlohnstreckung zielt darauf, zwei Vertragsparteien, die übereinstimmend „wettbewerbsgünstige“ Arbeitsbedingungen wollen, dies im Drittinteresse der zu schützenden Konkurrenz zu verbieten. Dementsprechend suchen die Vertragsparteien nach Umgehungsmöglichkeiten, wie sie aus der Bauwirtschaft hinreichend bekannt sind.

Insbesondere die entgeltlose Mehrarbeit, die letztlich zu einem den Mindestlohn deutlich unterschreitenden Stundenlohn führt, wird umfassend genutzt. Aber auch Kompensationszahlungen im Heimatland (Antrittsgelder) sollen vorkommen. Will der Staat dies unterbinden, muss er einen intensiven Kontrollaufwand betreiben. Wer will neben jeden Arbeitnehmer einen Zollbeamten als Aufpasser stellen? So (ver-)führt die Staatsintervention zum massiven Gesetzesbruch. Das beschränkt nicht nur die Wirksamkeit der Maßnahme bis hin zur Untauglichkeit. Es untergräbt vor allem die Akzeptanz des regulierenden Staates und seiner Gesetze, auf die jeder Rechtsstaat angewiesen ist. Insofern steht zu befürchten, dass diejenigen, die solche Mindestentgelte nicht einhal-

ten, dann auch nicht einsehen, dass sie sich an andere Regeln halten sollen. Illegalität wird gefördert!

V. Ergebnisse

1. Jedes staatliche Mindestentgelt bewegt sich im Schutzbereich der Tarifautonomie. Europarechtlich beschränken Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 EGV staatlich verantwortete Mindestarbeitsbedingungen.
2. Mindestentgelte können verfassungs- und europarechtskonform nicht durch Tariferstreckung auf Nicht- und Andersorganisierte nach dem Vorbild des AEntG, sondern nur durch eigenständige, staatliche Festsetzung geregelt werden.
3. Die richterrechtliche Entgeltkorrektur nach § 138 BGB stellt kein taugliches Instrument zur Festsetzung staatlicher Mindestentgelte dar.
4. Aufgrund des geringen gewerkschaftlichen Organisationsgrades kann das geltende Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11. 1. 1952 schon heute angewandt werden – mit branchenbezogenen Mindestentgelten. Die Festsetzung muss hinreichenden Abstand „nach oben“ zum Tarifentgeltniveau und „nach unten“ zum Sozialhilfeniveau wahren. Das Verfahren lässt sich vereinfachen.
6. Das bessere Modell ist der bundesweit einheitliche Mindestlohn, der aber hinreichend niedrig sein muss und nicht tarifsetzend wirken darf. Eine vernünftige Sicherung läge in einem festen Abstand zu den Sozialhilfesätzen: Will der Staat den Mindestlohn erhöhen, muss er mehr Sozialhilfe zahlen.
7. Jeder Mindestlohn ist entweder wirkungslos oder aber nachteilig für geringqualifizierte und unproduktive Arbeitnehmer.