

Prof. Dr. Volker Rieble, München

# Handwerksmindestlohn als Rechtsproblem



## I. Einleitung

Im Gebäudereinigerhandwerk ist erstmals ein Innungsmindestlohnvertrag nach dem AEntG für allgemeinverbindlich erklärt worden. Das führt zu bislang weithin ignorierten tarifrechtlichen Fragen, die die mit dem Kontrollvollzug beauftragte Finanzkontrolle Schwarzarbeit überfordern. Das Ergebnis ist frappant: Büroreinigung ohne Maschinen, also „nach Hausfrauenart“ wird vom Mindestlohn nicht erfasst. Die Reinigungstätigkeit der Hotelservicebetriebe ebenso wenig. Das ist kein Handwerk! Die betroffenen Unternehmen zahlen womöglich zuviel Lohn und zuviel Sozialversicherungsbeiträge.

## II. Reichweite der Verordnungsermächtigung im AEntG

Die „Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen im Gebäudereinigerhandwerk“ vom 27. 2. 2008 erklärt den TV Mindestlohn zwischen IG BAU und dem Bundesinnungsverband des Gebäudereiniger-Handwerks vom 9. 10. 2007 für allgemeinverbindlich (BAnz. 2008 Nr. 34 S. 762).

Das AEntG mit seiner Verordnungsermächtigung ist in seiner bisherigen Fassung durch Kammerbeschluß des BVerfG für verfassungsgemäß erachtet worden<sup>1</sup>. Argumentationsdefizite waren für die Praxis hinzunehmen, kehren aber bei der jetzt verabschiedeten Neufassung mit ihren verfassungsrechtlichen Problemen wieder – das betrifft vor allem die Staatsneutralität im Gewerkschaftswettbewerb. Man darf gespannt sein, ob sich Karlsruhe beim nächsten Mal mehr Mühe gibt, oder ob die „neue Beliebigkeit“ (Schlink<sup>2</sup>) weitere Blüten treibt. Ungeklärt ist, inwieweit die Finanzkontrolle Schwarzarbeit als „Bundessondendarbeitspolizei“ den verfassungsrechtlichen Organisationsvorgaben entspricht. Den in § 87 Abs. 1 GG genannten Polizeibehörden lässt sie sich nicht zuordnen. Deswegen haben die Gesetzgebungsorgane bei der jüngsten Änderung des AEntG und des MiArbG auf Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG geachtet<sup>3</sup>: Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit kann als Bundesunterbehörde gem. Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG formal nur mit Zustimmung des Bundesrats und der (besonderen) Mehrheit der Mitglieder des Bundestags errichtet werden. Materiell stellt sich die Frage, ob die Arbeitsmarktüberwachung wirklich eine „neue Aufgabe“<sup>4</sup> ist – oder ob es nur um die altbekannte Gewerbeaufsicht zur arbeitspolizeilichen Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Beschäftigungsbedingungen geht. Ich habe meine Zweifel.

In der bisherigen Fassung erfasst das AEntG das Gebäudereinigungshandwerk – und keineswegs das Reinigungsgewerbe. Wie weit der Handwerksbegriff reicht, wird freilich nicht problematisiert<sup>5</sup>. Soweit ersichtlich geht die Finanzkontrolle Schwarzarbeit gegen alle Reinigungsbetriebe vor – ohne zu fragen, ob es sich um einen Handwerksbetrieb i. S. des Handwerksordnung handelt. Nun wurde das AEntG gerade geändert – § 4 Nr. 2 n. F. spricht nurmehr von der „Gebäudereinigung“ und lässt das „Handwerk“ weg.

## III. Tarifrechtliche Schranke: Handwerksbezogene Tarifzuständigkeit der Innungen

### 1. Geltungsbereich als Grenze der Allgemeinverbindlicherklärung

So kann der Gesetzgeber nichts ausrichten: Die Allgemeinverbindlicherklärung knüpft an den Tarifvertrag an und kann diesen nur innerhalb seines Geltungsbereichs für allgemeinverbindlich erklären. Die Allgemeinverbindlicherklärung – sei es nach § 5

TVG<sup>6</sup>, sei es nach dem (neugefassten) AEntG – kann der Geltungsbereich des Tarifvertrags niemals ausweiten. Der Staat ist darauf beschränkt, den Tarifvertrag „so wie er ist“ auf die Nichtorganisierten auszudehnen. Jede Ausweitung des Geltungsbereichs ist schlechthin unzulässig – weil der Staat den Tarifvertrag damit dort gelten lassen würde, wo ihn die Tarifparteien nicht gelten lassen wollen. Das ist in § 5 Abs. 4 TVG ausdrücklich gesagt, gilt aber ebenso für die Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG. Insbesondere der neugefasste § 7 sagt das ausdrücklich<sup>7</sup>. Die Allgemeinverbindlicherklärung kann lediglich hinter dem tarifautonom bestimmten Geltungsbereich zurückbleiben, weil sie dann den Tarifvertrag nur teilweise erstreckt<sup>8</sup>.

Nun definiert der Mindestlohnvertrag in seinem § 1 Abs. 2 den betrieblichen Geltungsbereich mit bestimmten, „der Gebäudereinigung zuzurechnenden Tätigkeiten“. Von handwerklicher Durchführungsform ist keine Rede. Deswegen vertreten Gebäudereinigerinnungen in den Verfahren zur Allgemeinverbindlicherklärung zu Recht die Auffassung, einfache Reinigungstätigkeit („Reinigung nach Hausfrauenart“) werde von Nichthandwerksbetrieben durchgeführt. Gleichwohl wurden diese Betriebe dennoch beim Quorum des § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG mitgezählt – in der rechtsirrigen Annahme, sie unterfielen dem Geltungsbereich der Reinigungstarifverträge „aber aufgrund ihrer Tätigkeit“<sup>9</sup>. Und so hat auch eine vereinzelt Entscheidung auf der Basis dieser Geltungsbereichsbeschreibung die „Reinigung nach Hausfrauenart“ den Handwerkstarifen unterstellt – ohne die vorgelagerte und vorgreifliche Frage der Tarifzuständigkeit überhaupt zu prüfen<sup>10</sup>.

**Prof. Dr. iur. Volker Rieble**, hat den Lehrstuhl für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht der LMU München inne und ist Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR).

- 1... BVerfG vom 18. 7. 2000 – 1 BvR 948/00, DB 2000 S. 1768 = AP Nr. 4 zu § 1 AEntG = NZA 2000 S. 948 = SAE 2000 S. 266 mit abl. Anm. Scholz.
- 2... Schlinky, JZ 2007 S. 157.
- 3... Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 21. 1. 2009, BT-Drucks. 16/11669, S. 5 (neue Eingangsformel!) u. 20; BT-Plenarprotokoll vom 22. 1. 2009 – 16/200, S. 21607.
- 4... Zum Merkmal Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. (2007), Art. 87 Rdn. 9; Münch/Kunig/Broß, GG, 5. Aufl. (2003), Art. 87 Rdn. 27; großzügiger Dreier/Hermes, GG, 2. Aufl. (2008), Art. 87 Rdn. 99 und Maunz/Dürig/Lerche, GG, (Stand: 2008), Art. 87 Rdn. 213.
- 5... Etwa: Sittard, ZIP 2007 S. 1444, der zwar Fluchtmöglichkeiten (unter)sucht, aber die Flucht aus dem tariflichen Geltungsbereich nicht erwägt. Zum Herauswachsen aus dem Geltungsbereich des Mindestlohnvertrags für die Briefzusteller Hohenstatt/Schramm, NZA 2008 S. 433 (435).
- 6... Statt vieler Wiedemann/Wank, TVG, 7. Aufl. 2007, § 5 Rdn. 128.
- 7... § 7 Abs. 1 Satz 1: „[...] auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer Anwendung finden“.
- 8... Ganz h. M.: BAG vom 14. 10. 1987 – 4 AZR 342/87, DB 1988 S. 1072 (nur eine Einschränkung des Geltungsbereichs ist als beschränkte Allgemeinverbindlicherklärung zulässig); Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. 2004, § 5 Rdn. 15 ff, 29 ff; Däubler/Lakies, TVG, 2. Aufl. 2006, § 5 Rdn. 167; Wiedemann/Wank, a.a.O. (Fn. 6), § 5 Rdn. 62.
- 9... Vgl. den im Sachverhalt der Entscheidung BAG vom 22. 10. 2003 – 10 AZR 13/03, DB 2004 S. 712 mitgeteilten Antrag der Tarifvertragsparteien auf Allgemeinverbindlicherklärung.
- 10... LAG Hamm vom 25. 1. 2005 – 11 Sa 928/99 – gefunden bei [www.gebaeudereiniger.de/381.html](http://www.gebaeudereiniger.de/381.html), abgerufen am 1. 4. 2009.

## 2. Handwerksbezogene Tarifzuständigkeit

Tarifparteien können Tarifverträge nur innerhalb ihrer gemeinsamen Tarifzuständigkeit abschließen. Ein Tarifvertrag, dessen Geltungsbereich die gemeinsame Tarifzuständigkeit übersteigt, ist insoweit notwendig unwirksam<sup>11</sup>. Eine allgemeine Zuständigkeit für alle Reinigungsunternehmen hat zwar die Industrie- und Städtereinigung<sup>12</sup>. Doch ist der Bundesinnungsverband schon kraft Gesetzes auf das Handwerk beschränkt. Während sich die Tarifzuständigkeit der frei gebildeten Verbände allein aus der Satzung ergibt<sup>13</sup>, bezieht der Bundesinnungsverband seine Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit aus der Handwerksordnung: §§ 85 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit § 81 Abs. 1 Nr. 1, 83 Abs. 1 Nr. 1, 55 Abs. 2 Nr. 2 HandwO gewähren nur begrenzte Satzungsautonomie – die Innungen und Innungsverbände dürfen ihre Tarifzuständigkeit einschränken, nicht ausweiten<sup>14</sup>.

Mitglied der Innung – einer Körperschaft des öffentlichen Rechts – kann nach § 58 HandwO „jeder Inhaber eines Betriebs eines Handwerks oder eines handwerksähnlichen Gewerbes werden, der das Gewerbe ausübt, für welches die Handwerksinnung gebildet ist“<sup>15</sup>. Damit ist die Handwerksinnung – und mit ihr der Landesinnungsverband (§ 79 HandwO) und der Bundesinnungsverband (§ 85 HandwO) – fachlich dahin in seiner Zuständigkeit beschränkt, dass er nicht alle Gewerbetreibenden einer Branche (tariflich) vertritt, sondern nur solche, die nach der Handwerksordnung ein Handwerk oder ein handwerksähnliches Gewerbe betreiben.

Die *Gebäudereinigung* ist in Anlage B 1 zur HandwO (zulassungsfreie Handwerke) unter Nr. 33 aufgeführt. Es handelt sich also nicht (mehr) um ein klassisches Handwerk mit Zulassungspflicht und Meisterzwang, sondern um ein zulassungsfreies Handwerk – aber nur, wenn es handwerksmäßig betrieben wird. Sonst fällt es nicht unter die Handwerksordnung und mithin nicht unter die Tarifzuständigkeit der Innungen. Kennzeichnend für die handwerksähnlichen Gewerbe ist die *Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer* – die nicht nur die Inhaber der (zulassungspflichtigen oder zulassungsfreien) Handwerksbetriebe (A und B 1, damit auch Gebäudereinigungshandwerk) betrifft, sondern eben auch die handwerksähnlichen B 2-Gewerbe, § 90 Abs. 2 HandwO.

Das aber heißt: *Gebäudereinigung, die nicht als Handwerk betrieben wird,*

- fällt nicht unter die Tarifzuständigkeit des Bundesinnungsverbands und
- kann deswegen von vornherein nicht vom Geltungsbereich des TV Mindestlohn erfasst werden, den auf Arbeitgeberseite der Bundesinnungsverband des Gebäudereinigerhandwerks abgeschlossen hat.
- Daran kann auch die Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung nichts ändern, weil diese stets nur den Tarifvertrag auf nicht-tarifgebundene Arbeitgeber erstrecken, nie aber den Geltungsbereich des Tarifvertrages ausweiten kann.

## 3. Eingrenzung des Handwerks – Traditionelle Freistellung einfacher Tätigkeit

Die Zuordnung zum Handwerk muss sich der klassischen Einteilung in industrielle, handwerkliche, einfache und freiberufliche Tätigkeiten stellen. Gebäudereinigung muss „nach oben“ von der Industrie und „nach unten“ von der einfachen Tätigkeit abgegrenzt werden. Hier geht es um die *Abgrenzung handwerklicher Reinigungstätigkeit zur einfachen Reinigung „nach Hausfrauenart“*.

Der klassische Meisterzwang ist von der Rechtsprechung zurückgedrängt worden, wenn es um „einfachere“ Tätigkeiten ging,

die nach kurzer Anlernzeit dergestalt einwandfrei ausgeübt werden konnten, dass vom Gewerbetreibenden keine Gefahr ausgeht. Leitentscheidung für die Abgrenzung ist ein Urteil des BVerwG vom 6. 12. 1963, das für eine „Expresß-Schuhbar“ die handwerksmäßige Betriebsweise wegen der Einfachheit der Schuhreparaturen verneint<sup>16</sup>. Gerade für die *Gebäudereinigung* hat das BVerwG klargestellt: „Auf einfache Arbeiten beschränktes Fensterputzen ist kein Handwerk.“ (Leitsatz)<sup>17</sup>. Ebenso sieht der Bayerische VGH die „Entfernung von Fettablagerungen aus den Abluftanlagen in Gastronomiebetrieben“ nicht als Handwerk an<sup>18</sup>. Und so führt das OLG Stuttgart in einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung aus, dass derjenige, der nicht als Gebäudereiniger in die Handwerksrolle eingetragen ist, zwar gewerbsmäßig die *Reinigung von Büroräumen, Geschäftsräumen und Betriebsräumen, Fensterputzarbeiten und Kehrwochenreinigung* ausführen dürfe. Denn für diese Arbeiten braucht es keine handwerkliche Befähigung<sup>19</sup>.

Auch das BVerfG hält es richtig für einen Verstoß gegen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, wenn ohne konkrete Sachaufklärung einem Elektrohändler unterstellt wird, er betreibe ein Handwerk, wenn er Satellitenempfänger und dergleichen montiert<sup>20</sup>.

## 4. Novelle der Handwerksordnung

An dieser Abgrenzung hat die Gesetzesnovelle nichts geändert<sup>21</sup>. Vereinzelt wird zwar vorgetragen, die Reform der Handwerksordnung mache die Unterscheidung von handwerklicher und einfacher Tätigkeit obsolet, ordne alle einfachen Tätigkeiten der Handwerkskammer und damit dem Handwerk zu<sup>22</sup>. Indes regelt die Handwerksordnung nicht jede gewerbliche Tätigkeit, die nicht Industrie ist, sondern ist positiv auf eine bestimmte handwerkliche Betätigung zugeschnitten und setzt diese voraus. Der Wortlaut von § 18 Abs. 2 HandwO verlangt eindeutig, dass das Gewerbe aus der Anlage B „handwerksmäßig betrieben“ wird<sup>23</sup>.

11... So insbes. BAG vom 19. 11. 1985 – 1 ABR 37/83, DB 1986 S. 1235 = NZA 1986 S. 480; vom 24. 7. 1990 – 1 ABR 46/89, DB 1991 S. 104 (LS) = NZA 1991 S. 21; und vom 18. 7. 2006 – 1 ABR 36/05, DB 2006 S. 2185 = NZA 2006 S. 1225: „Die Tarifzuständigkeit bei der Tarifvertragsparteien ist notwendige Voraussetzung für den Abschluss eines wirksamen Tarifvertrags und dessen Geltung.“. Zum dogmatischen Streit *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 8), § 2 Rdn. 80 f., § 4 Rdn. 63; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 2 Rdn. 56, m. w. N.

12... [www.igbau.de/](http://www.igbau.de/) Suchbegriff „Frankfurter Satzung“, abgerufen am 1. 4. 2009.

13... Statt aller: *Buchner*, ZfA 1995 S. 95 (99).

14... *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 8), § 2 Rdn. 176 f.

15... Verfassungsrechtlich ist das nach BVerfG vom 19. 10. 1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20 S. 312 = AP Nr. 24 zu § 2 TVG = EzA § 2 TVG Nr. 6 zulässig.

16... BVerwG vom 6. 12. 1963 – VII C 18.63, BVerwGE 17 S. 230 = NJW 1964 S. 512; bestätigt in BVerwG vom 16. 9. 1966 – I C 53.65, BVerwGE 25 S. 66 = GewArch 1967 S. 109 und in BVerwG vom 25. 2. 1992 – I C 27.89, GewArch 1992 S. 386 für die Montage und Reparatur industriell vorgefertigter Rolläden.

17... BVerwG vom 24. 10. 1967 – IV 57.65, BVerwGE 28 S. 128 = GewArch 1968 S. 59.

18... Bayerischer VGH vom 16. 4. 1997 – 22 B 93.2589, GewArch 1998 S. 75.

19... OLG Stuttgart vom 28. 5. 1982 – 2 U 231/81, GewArch 1982 S. 269.

20... BVerfG (Kammer) vom 31. 3. 2000 – 1 BvR 608/99, GewArch 2000 S. 240 = NVwZ 2001 S. 187.

21... Bayerischer VGH vom 10. 4. 2006 – 22 ZB 05.2622, GewArch 2007 S. 125; näher *Detterbeck*, HandwO, 4. Aufl. 2008, § 1 Rdn. 45 ff, 67.

22... *Etwa Dürr*, GewArch 2005 S. 364; *Schmitz*, GewArch 2005 S. 453.

23... Richtig *Mirbach*, GewArch 2005 S. 366 unter eingehender Darstellung der Gesetzssystematik und der Gesetzgebungsgeschichte; *Detterbeck*, a.a.O. (Fn. 21), § 18 Rdn. 4.

Alles andere wäre widersinnig: Die Erleichterung für jene Handwerke (wie das Gebäudereinigerhandwerk), die von Anlage A nach Anlage B 1 verschoben und hierdurch zulassungsfrei gestellt worden sind, würde als Nebeneffekt zu einer Verschärfung des Berufsrechts und einer Ausweitung der Handwerkskammerzuständigkeit führen. Während nicht-handwerkliche einfache Tätigkeiten im Bereich der Anlage A von der Zulassungspflicht und der Kammerzugehörigkeit befreit wären, würden einfache Tätigkeiten im Bereich der Anlage B zwar von vornherein nicht der Zulassungspflicht, wohl aber der Pflichtmitgliedschaft zur Handwerkskammer unterfallen<sup>24</sup>. Der Gesetzentwurf hat (gerade für die Gebäudereinigung) diesen Schluss selbst gezogen:

„Die Vorschrift regelt die Anpassung an die neuen Begriffsbestimmungen. Auch hier bedeutet, wie in § 1 Abs. 2, „handwerksmäßig“ nur die Betriebsform „handwerksmäßig“ im Gegensatz zur industriellen Betriebsform, die zur Mitgliedschaft bei den IHKs führt. Es bleibt dabei, dass Tätigkeiten, die bisher nicht zum Vorbehaltsbereich von Gewerben der Anlage A gehörten, auch dann nicht zu einer Mitgliedschaft in der Handwerkskammer führen, wenn das betreffende Gewerbe aus der Anlage A in die Anlage B überführt wird.

Als Folge der im Entwurf vorgesehenen Regelungen werden deshalb z. B. nur die Betriebe etwa eines in die Anlage B Abschnitt 1 überführten Gewerbes Gebäudereiniger Mitglied der Handwerkskammer, nicht aber Unternehmen, die einfache Gebäude reinigungen durchführen und deshalb Mitglied der IHK bleiben. . . . Der Entwurf trägt auch insoweit dem Anliegen Rechnung, auf die Mitglieder und Mitgliedschaftsbereiche der Kammerorganisationen keinen Einfluss zu nehmen.“<sup>25</sup>

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die Regelung über „Kleinunternehmen“ in § 1 Abs. 2 Satz 2 HandwO auf zulassungsfreie Handwerke nach § 20 HandwO nicht anwendbar ist<sup>26</sup>. Regelungstechnisch ist damit nichts gesagt: § 1 Abs. 2 HandwO regelt eine Ausnahme von der Zulassungspflicht für die A-Handwerke; im ohnehin zulassungsfreien B 1-Handwerk braucht es keine Ausnahme von der gar nicht bestehenden Zulassungspflicht. Jedenfalls aber bleiben „einfache Tätigkeiten“ schon deswegen ausgeklammert, weil sie von vornherein nicht ansatzweise „handwerksmäßig“ sind.

Das hat inzwischen auch die Rechtsprechung erkannt. So hält der *VGH Baden-Württemberg* richtig daran fest, dass ein „Nagelstudio“ nicht in das Verzeichnis der Inhaber handwerksähnlicher Gewerbebetriebe eingetragen werden kann, weil die Tätigkeit nicht in handwerksähnlicher Betriebsform ausgeübt wird. Es fehle an der *Voraussetzung eines Mindestmaßes an (erforderlichen) Fachkenntnissen und am gewissen Schwierigkeitsgrad* der Tätigkeit<sup>27</sup>. Auf der anderen Seite hält das VG Saarland das Backen von türkischem Fladenbrot für Bäckervollhandwerk, für das im Regelfall auch mit Blick auf hygiene- und lebensmittelrechtliche Vorschriften eine handwerkliche Schulung erforderlich ist, weswegen das Backen nach Hausfrauenart kein Argument gegen die Handwerkszuordnung bedeute<sup>28</sup>.

Nur das ist verfassungsgemäß: Die – im Vergleich zur IHK – intensivere Mitgliedschaft in der Handwerkskammer mit ihrem „zunftartigen“ Pflichtengefüge bedarf mit Blick auf die Berufsfreiheit und den Gleichheitssatz einer Rechtfertigung. Als öffentlich-rechtliche Berufskörperschaft wird sie durch den handwerkstypischen Schwierigkeitsgrad gerechtfertigt, der eine Sonderbehandlung der Handwerksberufe gegenüber anderen Gewerben rechtfertigt.

Zu Zeiten des Meisterzwangs im Gebäudereinigerhandwerk wurde mit Blick auf die Meisterprüfungsanforderungen bestimmt, welche Tätigkeiten handwerkstypisch komplex sind, etwa die *Bauschlußreinigung*<sup>29</sup> oder die *Reinigung von Toiletten*

und *sonstigen Naßzellen*<sup>30</sup>. Das kann nicht mehr gelten: Mit dem Wegfall des Meisterzwangs für das Gebäudereinigerhandwerk entfällt auch die Meisterprüfungsordnung als Leitbild. Es kommt allein darauf an, ob die Tätigkeit eine gewisse Schwierigkeit mit sich bringt, der durch eine Mindestausbildung und ein Mindestmaß an Fachkenntnissen Rechnung zu tragen ist<sup>31</sup>. Für welche Reinigungstätigkeiten besondere tätigkeitsbezogene Fachkenntnisse des Gebäudereinigerhandwerks vorausgesetzt werden, lässt sich seit Entfall des Meisterzwangs nurmehr an der Ausbildungsordnung<sup>32</sup> erkennen. Von gewisser Schwierigkeit ist der Geräteinsatz (Einsatz von Leitern, Gerüsten, Absturzsicherungen, Hubarbeitsbühnen und Fassadenbefahranlagen; Einsatz von Reinigungsgeräten und Reinigungsmaschinen) sowie Arbeiten mit besonderen Hygieneanforderungen wie in Reinräumen oder Krankenhäusern (Ausführen von Reinigungs-, Desinfektions-, Pflege- und Konservierungsarbeiten; Durchführen von Maßnahmen zur Hygiene, Schädlingsbekämpfung und Dekontamination) und schließlich der Umgang mit umweltgefährdenden Abfällen und Abwässern.

### 5. Keine Ausdehnung der Tarifzuständigkeit

Die begrenzte Satzungsautonomie der Innungen<sup>14</sup> kann das nicht überwinden: Eine *Ausdehnung der Innungszuständigkeit auf nichthandwerkliche Tätigkeiten* – sei es ein industrieller Betrieb oder eine einfache Tätigkeit – ist ausgeschlossen. Einfache Tätigkeiten sind kein „handwerksähnliches Gewerbe“ i. S. von § 58 Abs. 1 Satz 2 HandwO oder § 84 HandwO. Wer als Gewerbetreibender eine einfache und nicht-handwerkliche Tätigkeit ausübt, kann nach § 59 HandwO nur Gastmitglied der Innung werden – für ihn ist ein handwerklicher Tarifabschluss von vornherein nicht möglich.

### 6. Büro- und Hotelreinigung als einfache, nicht-handwerkliche Tätigkeit

Hieran gemessen wird die normale Reinigung von Büros, Hotelzimmern oder auch Privathaushalten typischerweise nicht handwerksmäßig betrieben. Die Mitarbeiter der Reinigungsunternehmen tun das, was sie „als Hausfrau“ auch zuhause tun könnten – und zwar in einem Büro oder Hotelzimmer, das für den Gast dieselbe Funktion hat, wie ein häusliches (Arbeits-)Zimmer. Insofern steht die einfache Innenraumreinigung der Hauswirtschaft näher als der Gebäudereinigung.

Das gilt für alle klassischen „Hausfrauentätigkeiten“, von der einfachen Bodenreinigung (Aufwischen, Fegen, Staubsaugen) über das Staubwischen, das Aufräumen und die Fensterreinigung ohne Spezialgeräte bis hin zur Reinigung der Toiletten und Nasszellen, soweit dies auf haushaltstypische Art und mit haushaltsüblichen Reinigungsmitteln geschieht. Besondere Ausbildung ist hierfür nicht erforderlich; es genügt die Einweisung am Arbeitsplatz. Es handelt sich um durchweg einfache Tätigkeiten ohne Qualifikationsanforderungen.

24... Sehr klar *Detterbeck*, a.a.O. (Fn. 21), § 18 Rdn. 5 ff.

25... <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/012/1501206.pdf>, abgerufen am 1. 4. 2009, Hervorhebung von mir; ebenso *Detterbeck*, a.a.O. (Fn. 21), § 18 Rdn. 5

26... Vor allem *Dürr*, *GewArch* 2005 S. 364.

27... *VGH Baden-Württemberg* vom 29. 11. 2007 – 6 S 2421/05, *GewArch* 2008 S. 249.

28... *VG Saarland* vom 4. 11. 2004 – 1 K 40/03, *GewArch* 2005 S. 157.

29... *BayObLG* vom 27. 12. 1993 – 3 ObOWi 112/93, *GewArch* 1994 S. 113.

30... *OLG Köln* vom 4. 3. 1980 – 3 Ss 42/80, *GewArch* 1980 S. 231.

31... Dazu auch *Honig*, *Handwerksordnung*, 3. Aufl. 2004, § 1 Rdn. 64 ff.

32... *Verordnung über die Berufsausbildung zum Gebäudereiniger* vom 21. 4. 1999, *BGBl. I* S. 797; [http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/gebreinigausbv\\_1999/gesamt.pdf](http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/gebreinigausbv_1999/gesamt.pdf), abgerufen am 1. 4. 2009.

Berufliches Gegenbild zum handwerklichen Gebäudereiniger ist die *klassische Reinigungskraft*, heute „Raumpfleger“ genannt. Die Berufsbeschreibung der Arbeitsagentur<sup>33</sup> ist überaus eindeutig:

„Raumpfleger/innen reinigen und pflegen Innenräume. Die Reinigungsarbeiten führen sie dabei von Hand oder mit maschineller Hilfe durch.

Raumpfleger/innen sind vor allem bei Gebäudereinigungsunternehmen sowie in Privathaushalten beschäftigt. Darüber hinaus arbeiten sie in Betrieben der unterschiedlichsten Wirtschaftszweige.

Eine Ausbildung wird nicht vorausgesetzt. Raumpfleger/innen werden i. d. R. am Arbeitsplatz eingewiesen.

Jedoch können einschlägige praktische Erfahrungen in der Gebäudereinigung von Vorteil sein.“

Ganz ähnlich formuliert die Stellenbeschreibung der Arbeitsagentur für Zimmermädchen und Roomboys<sup>34</sup>.

### 7. Zusätzliche Satzungsprobleme der Innungen

Bislang ignoriert die Zollverwaltung trotz Amtsermittlungsgrundsatz die Rechtsprobleme der Tarifzuständigkeit: Als Spitzenverband i. S. von § 2 Abs. 3 TVG leitet der Bundesinnungsverband seine Legitimation von den Landesinnungsverbänden und den Innungen ab. Die Tarifzuständigkeit für Spitzenverbände reicht also höchstens soweit wie die seiner Mitgliedsverbände – zum Schutz der Tarifunterworfenen<sup>35</sup>.

Damit der Bundesinnungsverband überhaupt Tarifverträge für das Gebäudereinigungshandwerk abschließen kann, ist es also erforderlich, dass jede einzelne Handwerksinnung der Gebäudereinigung und jeder Landesinnungsverband nach seiner Satzung selbst tariffähig und tarifzuständig ist. Hieran fehlt es, wenn nur eine einzige Innung oder ein Innungsverband auf den Abschluss von Tarifverträgen in ihrer Satzung verzichtet hat (vgl. § 55 Abs. 2 Nr. 2 HandwO). Wäre dies der Fall, so fehlte auch dem Bundesinnungsverband – für diese Innung – die Tarifzuständigkeit! *Zugleich fiele damit der Mindestlohntarifvertrag insgesamt bundesweit weg.* Denn § 1 Abs. 1 AEntG a. F. verlangt aus europarechtlichen Gründen<sup>36</sup> die lückenlose Geltung des Mindestlohntarifs im gesamten Bundesgebiet (Arbeitsortprinzip)<sup>37</sup>. Nichts anderes gilt für den neuen § 3 AEntG („Rechtsnormen eines bundesweiten [gemeint: bundesweit geltenden] Tarifvertrages“)<sup>38</sup>.

Dementsprechend muss derjenige, der die Geltung des Mindestlohns für das Gebäudereinigerhandwerk behauptet, eingehend prüfen, ob die unterschiedlichen Satzungen der Innungen, Innungsverbände und des Bundesinnungsverbands diesen Mindestlohn tarifrechtlich stützen. Das mag schwierig sein, ist aber von der Tarifrechtsordnung so vorgegeben. Dass die Satzungen der Innungen nur schwer zugänglich sind, haben diese selbst zu verantworten. Richtigerweise folgt aus § 56 HandwO, dass die Innungssatzung öffentlich bekanntzumachen ist<sup>39</sup>.

Hinzu kommt ein übersehenes Sonderproblem mit „Alt-Satzungen“: Die Satzungen der Innungen, Innungsverbände und des Bundesinnungsverbands sind – soweit mir zugänglich – nicht an die Handwerksnovelle angepasst worden. Nahezu stets wird für die Innungsmitgliedschaft gefordert, dass das *Reinigungsunternehmen in die Handwerksrolle eingetragen* ist. Nun ist dies nicht mehr möglich, weil das Gebäudereinigungshandwerk seit dem 1. 1. 2004 zulassungsfrei gestellt ist, womit jede Eintragung in die Handwerksrolle nach § 6 Abs. 1 HandwO ausscheidet. Für die zulassungsfreien Handwerke ist an die Stelle der Handwerksrolle das *Verzeichnis nach § 19 HandwO* getreten. Die HandwO verlangt für die Mitgliedschaft in der Innung solcher Handwerke gerade nicht, dass das Mitglied im Verzeichnis eingetragen ist. Weil aber die alten Satzungen vorerst weitergelten, ist es eine Frage der Satzungenauslegung, ob die Mitgliedschaft in

der Innung von der Eintragung in dieses Verzeichnis abhängt. Dafür spricht der Wortlaut der Satzungen, dagegen die neue und andersartige Funktion des Registerintrags. Diese Frage wird bislang nicht diskutiert und kann nicht ohne eingehende Analyse der jeweiligen Satzungen beantwortet werden.

Jedenfalls besteht insofern erhebliches Rechtsrisiko für den Mindestlohn: Wären die nicht angepassten Satzungen dahin auszulegen, dass die Eintragung in das Verzeichnis der zulassungsfreien Handwerke Voraussetzung für die Mitgliedschaft ist, dann wären die Innungen für nicht eingetragene Handwerksbetriebe nicht tarifzuständig. Der Mindestlohn des Gebäudereinigerhandwerkes wäre gescheitert.

### IV. Sonderproblem Mischbetrieb

Manche Reinigungs-Unternehmen üben weitere Tätigkeiten aus: Hauptfall sind die *Hotelservicebetriebe*, deren Mitarbeiter die Hotelzimmer nicht nur säubern, sondern andere „reinigungsfremde“ Serviceleistungen erbringen, vor allem das Bettenmachen und die Wäscheversorgung. Typischerweise ordnen Tarifverträge Betriebe einheitlich dem Geltungsbereich zu. So verfährt das Gebäudereinigungstarifwerk in § 1 Abs. 2 des RTV Gebäudereinigung – es setzt auf einen einheitlichen betrieblichen Geltungsbereich und ordnet am Ende klar an: „Die Betriebe fallen . . . als Ganzes unter diesen Tarifvertrag“ – hinzuzufügen ist: oder unterfallen ihm als Ganzes nicht<sup>40</sup>.

Kaum ein Betrieb oder Unternehmen ist „branchenrein“. Fachfremde untergeordnete Hilfs- und Nebentätigkeiten werden der Haupttätigkeit schlicht zugeschlagen<sup>41</sup>. Bei Mischbetrieben mit verschiedenen Haupttätigkeiten kommt es hingegen auf den überwiegenden Betriebszweck an, gemessen an den hierfür aufgewandten Arbeitszeiten – über einen längeren Zeitraum, vielfach bezogen auf die jährlichen Arbeitsstunden<sup>42</sup>. Danach wird entschieden, welche Tätigkeit und damit welcher Betriebszweck überwiegt und dem Unternehmen das für den tariflichen Geltungsbereich maßgebliche „Gepräge“ gibt<sup>43</sup>.

33... <http://berufenet.arbeitsagentur.de/berufe/start?dest=profession&prof-id=10223>, abgerufen am 1. 4. 2009.

34... <http://berufenet.arbeitsagentur.de/berufe/start?dest=profession&prof-id=10175>, abgerufen am 1. 4. 2009.

35... Eingehend *Rieble*, DB 2001 S. 2194; *Löwisch/Rieble*, a.a.O. (Fn. 8), § 2 Rdn. 117; *Wiedemann/Oetker*, a.a.O. (Fn. 11), § 2 Rdn. 437. Anders nur *Ricken*, *Autonomie und tarifliche Rechtsetzung* 2006, S. 303.

36... Verhinderung der Ausländerdiskriminierung. Zudem darf die Dienstleistungsfreiheit nur durch allgemeine Mindestarbeitsbedingungen eingeschränkt werden, hierzu EUGH vom 3. 4. 2008 – C-346/06 – [Rüffert], DB 2008 S. 1045 = NZA 2008 S. 537 = NJW 2008 S. 3485; und *Klump*, NJW 2008 S. 3473.

37... Mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung BAG vom 14. 8. 2007 – 9 AZR 167/07, NZA 2008 S. 236.

38... Im Unterschied zum alten Recht soll also der bundesweite „Flickenteppich“ aus mehreren Tarifverträgen nicht mehr ausreichen; hierzu Beschlussempfehlung und Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales vom 21. 1. 2009, BT-Drucks. 16/11669, S. 20.

39... Bayerischer VGH vom 6. 3. 1987 – 22 CS 86.02949, GewArch 1987 S. 240 = DÖV 1987 S. 1071; *Detterbeck*, a.a.O. (Fn. 21), § 56 Rdn. 11, m. w. N.

40... Das bestätigt der Sachverhalt BAG vom 9. 4. 2008 – 4 AZR 164/07, EzA § 4 TVG Gaststättengewerbe Nr. 3 = FA 2008 S. 189: Schwerpunkt der betrieblichen Tätigkeit eines Dienstleistungsunternehmens bildete die Reinigungstätigkeit.

41... BAG vom 25. 2. 1987 – 4 AZR 240/86, DB 1987 S. 2050 = AP Nr. 81 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau = EzA Nr. 35 zu § 4 TVG Bauindustrie.

42... BAG vom 25. 11. 1987 – 4 AZR 361/87, DB 1988 S. 809 = NZA 1988 S. 317; grundlegend: vom 27. 11. 1963 – 4 AZR 486/62, DB 1965 S. 110.

43... Herrschende Meinung; etwa BAG vom 26. 8. 1998 – 4 AZR 471/97, DB 1999 S. 55 = NZA 1999 S. 154; vom 14. 11. 2001 – 10 AZR 76/01, NZA 2002 S. 1049. Dazu v. *Hoyningen-Huene*, NZA 1996 S. 617; *Wiedemann/Wank*, a.a.O. (Fn. 6), § 4 Rdn. 140, 150.

Für den Hotelservice heißt das: Weil der Serviceanteil nicht als Reinigung verstanden werden kann, muss nach Arbeitssekunden mit Hilfe einer Stopuhr ermittelt werden, womit sich die Mitarbeiter überwiegend beschäftigen. Dabei kommt es auf die konkreten betrieblichen Verhältnisse an; irgendeine „pauschalierende Verkehrsauffassung“, wie sie von den Innungen an die Zollverwaltung gemeldet wird, kann von der konkreten Feststellung der Tarifgeltung im jeweiligen Betrieb nicht entbinden. Das bestätigt die Geltungsbereichsvorschrift des § 1 Nr. 2 RTV Gebäudereinigung, die auf den konkreten Betrieb abstellt.

Handwerkliche Reinigungsbetriebe können dem Geltungsbereich des Mindestlohnvertrags entfliehen, indem sie weitere Tätigkeiten hinzunehmen, die entweder keine Reinigung sind oder aber nicht handwerklich betrieben werden. Sobald die fremden Tätigkeiten das quantitative Übergewicht erlangen, gilt der Tarifvertrag nicht mehr. Tarifunwillige Reinigungsunternehmen können insbesondere darauf achten, dass der Tätigkeitsanteil einfacher Büroreinigung überwiegt.

Hier zeigt sich ein weiteres Manko der staatlich-polizeilichen Durchsetzung der Tarifgeltung: Sobald es rechtlich und tatsächlich kompliziert wird, wird die Zollverwaltung mit Ermittlungsaufgaben belastet: Sie muss über einen hinreichend langen Zeitraum in dem betroffenen Mischbetrieb eigene Messungen vornehmen und prüfen, ob ein hinreichender Querschnitt der Tätigkeiten in verschiedenen Hotels erfasst worden ist. Stichproben jedenfalls reichen für die vom BAG geforderte Überwiegensanalyse nicht aus.

Zu dieser dokumentierten Zeitanalyse ist nicht der Arbeitgeber verpflichtet. Nach § 2 Abs. 2a AEntG a. F./§ 15 Abs. 1 AEntG n. F. hat zwar der Arbeitgeber „Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit“ aufzuzeichnen – aber eben nicht die konkrete zeitanteilige Tätigkeit. Die Norm soll (nur) verhindern, dass der allgemeinverbindliche Tarifvertrag dadurch unterlaufen wird, dass nicht alle Stunden abgerechnet werden. Jene Bestimmungen setzen gerade voraus, dass „die Rechtsnormen eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages . . . auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden“. Mithin muss die Zollverwaltung die Geltungsvoraussetzungen in eigener Verantwortung klären. Dass dies nur schwer und nur unter großem personellen Aufwand möglich ist, mag irritieren. Insofern trägt die Verantwortung der Gesetzgeber, der kein allgemeines Mindestlohnkonzept verfolgt, sondern auf die Allgemeinverbindlicherklärung konkreter Tarifverträge setzt, deren Geltungsvoraussetzungen in Mischbetrieben nur schwer feststellbar sind.

## V. Staatliche Mindestarbeitsentgelte als Ausweg?

Mindestlohnverträge im Handwerk sind offenkundig besonderen Schwierigkeiten ausgesetzt: Die in der Handwerksordnung programmierte Grenzziehung zwischen Handwerk und einfacher, nichthandwerklicher Tätigkeit folgt nicht dem sozialpolitischen Wunsch nach effektiver Mindestlohngeltung. Daran ließe sich nur etwas ändern, wenn die Innungen als staatlich vorgehaltene Arbeitgeberverbände „nach unten“ geöffnet würden. Indes brächte dies die sorgsam austarierte Balance zwischen Handwerkskammer und IHK durcheinander. Das liegt daran, dass die Handwerksordnung keine tarif- und sozialpolitische Ausrichtung hat, sondern handwerksspezifischen Bedürfnissen folgt. Tarifpolitik ist dort Nebensache – auch soweit die Handwerker selbst Wettbewerbsschutz vor Lohnunterbietern begehren.

Indes: In jenen Arbeitsmarktsegmenten, in denen Tarifverträge nicht für allgemeinverbindlich erklärt werden können, soll künftig der Staat effektive Mindestentgelte setzen – nach dem moder-

nisierten Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG). Jenseits aller verfassungsrechtlichen und sozialpolitischen Diskussionen taucht hier eine neues Problemfeld auf: Ist die einfache, nicht-handwerkliche Tätigkeit überhaupt ein „Wirtschaftszweig“?

Und: Darf die Mindestentgeltfestsetzung für einfache Tätigkeiten zu dem Zweck erfolgen, das Handwerk vor Unterbietungswettbewerb zu schützen? Sind das soziale Verwerfungen? Mischt sich der Staat auf diese Weise nicht in die Tarifpolitik ein – wenn er rund um ein Tarifgebiet, innerhalb dessen er wegen des Vorzugs des autonomen Tarifvertrags keine eigenen Entgelte festsetzen darf (§ 1 Abs. 2 MiArbG) einen „cordon sanitaire“ (Sicherheitsgürtel) von Mindestentgelten schafft? Anders gewendet: Der Gesetzgeber orientiert sich an „Wirtschaftszweigen“ – die Tarifparteien hingegen an traditionellen Geltungsbereichsvorgaben. Diese Schwierigkeiten folgen aus der Fehlkonzeption im Mindestlohn: Nur ein einheitlicher, branchenübergreifender Mindestlohn kann Geltungsbereichsverwerfungen vermeiden.

## VI. Zusammenfassung

1. Gebäudereinigung, die nicht als Handwerk betrieben wird, fällt nicht unter die Tarifzuständigkeit des Bundesinnungsverbands des Gebäudereinigungshandwerks und kann deswegen von vornherein nicht vom Geltungsbereich des TV Mindestlohn erfasst werden, den auf Arbeitgeberseite der Bundesinnungsverband des Gebäudereinigerhandwerks abgeschlossen hat. Die Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung vermag hieran nichts zu ändern. Sei kann stets nur den Tarifvertrag auf nicht-tarifgebundene Arbeitgeber erstrecken, nie aber den Geltungsbereich des Tarifvertrags ausweiten.

2. Einfache Tätigkeiten sind nicht-handwerkliche Tätigkeiten – das gilt insbes. für die „Reinigung nach Hausfrauenart“, die mit einfachen Mitteln ohne besondere Qualifikationsanforderungen („Raumpfleger“) vorgenommen wird (auch bei der Reinigung von Büros, Privathaushalten oder Hotelzimmern). Daran hat die Handwerksnovelle 2004 nichts geändert. Schon von Gesetzes wegen sind die Innungen des Gebäudereinigerhandwerks nicht in der Lage, Mindestlohnentgelte für solche nichthandwerklichen Reinigungsbetriebe zu vereinbaren.

3. Bei Mischbetrieben, die handwerkliche (!) Reinigungstätigkeit mit anderen Tätigkeiten verbinden (nicht-handwerkliche Reinigung oder Service-Leistungen), kommt es für die Mindestentgelte darauf an, ob dieser Mischbetrieb überwiegend handwerkliche Reinigungstätigkeit ausführt. Das eröffnet die Flucht aus dem Mindestlohnvertrags – durch Hinzunahme anderer Tätigkeiten, die entweder keine Reinigung sind (Service) oder aber nicht-handwerklich (einfache Büroreinigung).

4. Ob das neue MiArbG die einfache, nicht-handwerkliche Reinigungstätigkeit mit einem staatlich festgesetzten Mindestlohn versehen kann, der „zufällig“ i. H. der Handwerksmindestlöhne liegt, ist rechtlich zweifelhaft.

5. Der Handwerksmindestlohn ist überdies gefährdet, weil die Regelungen über Mitgliedschaft und Tarifzuständigkeit in den Satzungen der Handwerksinnungen, Innungsverbände und selbst des Bundesinnungsverbands unklar gefasst sind.

6. Die Vollzugsprobleme treffen die Finanzkontrolle Schwarzarbeit. Sie muss die Anwendbarkeit eines jeden Mindestentgeltvertrags nach tarif- und handwerksrechtlichen Grundsätzen sauber prüfen und kann sich dabei nicht der Innungen bedienen (die ein eigenes Konkurrenzabwehrinteresse haben). Dafür sind diese Vollzugsbehörden nicht gerüstet – müssen aber als neue „Bundesarbeitspolizei“ doch dem Prinzip der Rechtmäßigkeit der Verwaltung folgen.