



Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung

7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
Ludwigsburg, 19. November 2010



ZAAR-Verlag, München 2011

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Volker Rieble</i>	
Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne.....	17
Diskussion	42
 <i>Martina Benecke</i>	
Mindestlohn und Tarifkontrolle in der Zeitarbeit	49
Diskussion	67
 <i>Achim Seifert</i>	
Der salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC): rechtliche Gestaltung und Erfahrungen.....	75
 <i>Stefan Rixen</i>	
Staatliche Durchsetzung von Mindestlöhnen	103
Diskussion der Beiträge von Achim Seifert und Stephan Rixen	136
 <i>Georg Caspers</i>	
Mindestlohn und Tarifautonomie.....	147
Diskussion	164

Diskussionsteilnehmer	169
Sachregister	171

Funktionalität allgemeiner und sektoraler Mindestlöhne

Volker Rieble

Seite

I. Mindestlohnmodelle	18
II. Zentralfrage: Regelungszweck – und Regelungsalternativen	19
1. Ausbeutungsschutz	20
2. Schutz der sozialen Sicherungssysteme	21
III. Anwendungsprobleme	23
1. Wechselwirkungen mit der Tarifautonomie	23
a) Staatliche Mindestlöhne als Regelungskonkurrenz und Preissignal	23
b) Mindestlohntarife zulasten Dritter und tarifliche Richtigkeitsgewähr?	25
c) Mindestlohnkoppelungsgeschäfte	26
2. Geltungsbereich sektoraler Mindestlöhne	27
a) Komplizierte Geltungsbereichsanalyse	27
b) Tarifzuständigkeit als Zusatzproblem	30
c) Konsequenz: Rechtsunsicherheit kombiniert mit Straf- verfolgungsdruck	31
3. Diskriminierung durch sektorale Mindestlöhne	32
IV. Ökonomische Folgewirkungen	34
1. Mindestlohn und Arbeitslosigkeit	34
a) Marktwirkung von Preiserhöhungen	34
b) Ausgrenzungswirkung von Mindestlohn in Kombination mit Kündigungsschutz	38
V. Fazit	39
Diskussion	42

Quelle: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Mindestlohn als politische und rechtliche Herausforderung* (München 2011), S. 17-41

I. Mindestlohnmodelle

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

- Ganz klassisch und ordnungspolitisch gut begründbar ist die Absage an jeden staatlich festgesetzten Mindestlohn: Preise festzusetzen sei nicht Aufgabe des Staates, etwaigen sozialen Verwerfungen ist durch Transferleistungen zu begegnen – die dann aber auch schon wieder wie ein faktischer Mindestlohn wirken.
- Hinsichtlich der *Regelungsherkunft* lassen sich vom Staat selbst (wenn auch unter Mithilfe repräsentativer Kommissionen) festgesetzte Mindestentgelte von den allgemeinverbindlichen Mindestlohntarifen unterscheiden¹. Ersteres ist bislang nur praktisch geworden für die Pflege mit ihren Sondervorschriften im AEntG² und früher schon für die Heimarbeiter³. Dagegen ist das neue MiArbG nicht anders als das alte bislang nie zur Anwendung gelangt.
- Eng damit zusammen hängt die *Regelungsdifferenzierung*: Während die Allgemeinverbindlicherklärung von Entgelttarifen nach § 5 TVG dem klassischen Alles-oder-Nichts-Prinzip folgt, sind Mindestlöhne als „Zwischenlösung“ zwischen vollständiger Tarifgeltung oder Schutzlosigkeit konzipiert. Sie gewähren den Arbeitnehmern einen gewissen Mindestschutz, bleiben aber doch hinter den normalen Tarifentgelten zurück.
- Die *Geltungsreichweite* kann auf einzelne Berufe oder Branchen oder Wirtschaftszweige ausgerichtet sein, oder aber als allgemeiner Mindestlohn für alle Arbeitsverhältnisse und womöglich auch für arbeitnehmerähnliche Personen gelten, ganz unabhängig davon, in welchem Beruf oder welcher Branche der Betreffende tätig ist.
- Die *Geltungsintensität* schließlich kann ranggleich mit dem Tarifvertrag darauf zielen, die zu schlechte Bezahlung durch Arbeitsvertrag aufzuhalten, und sich der Mindestlohnregulierung gegenüber dem Tarifvertrag

1 Zu Regelungsverfahren und Kompetenzen Löwisch, Die neue Mindestlohngesetzgebung, RdA 2009, 215, 222 f.; ders., Aufgaben der Rechtswissenschaften in der Arbeitsrechtspolitik, dargestellt am Beispiel der Mindestlohngesetzgebung, Festschrift Bauer, 2010, S. 693; Bieback, Die Gesetzentwürfe zur Festsetzung von Mindestlöhnen, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 359, 365; Andelewski, Staatliche Mindestentgeltregelungen, DStR 2008, 2114, 2114 ff.

2 §§ 10 ff. AEntG; dazu Löwisch, RdA 2009, 215, 219. Seit 1.8. 2010 ist die Pflegearbeitsbedingungenverordnung vom 15.7. 2010 in Kraft.

3 Bieback, Rechtliche Probleme von Mindestlöhnen, insbesondere nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, RdA 2000, 207, 207.

enthalten. So verfährt die klassische Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, weswegen es dann zur Tarifkonkurrenz zwischen dem autonomen und dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag kommen kann⁴. Der Mindestlohn kann aber auch – wie die Rechtsverordnung nach dem AEntG⁵ – dem Tarifvertrag vorgehen.

II. Zentralfrage: Regelungszweck – und Regelungsalternativen

Wozu aber dient ein Mindestlohn? Das ist die entscheidende, jüngst von *Wank* beleuchtete Vorfrage⁶, von der die geforderte funktionale Betrachtung abhängt. Im Kern geht es nur um eine Frage⁷: Zielt der Mindestlohn auf das Austauschverhältnis, so geht es ihm um den *Preis für geleistete Arbeit* – also um einen „Mindestwert“ der Arbeitsleistung⁸. Daneben steht der *Versorgungslohn*, der dem Arbeitnehmer einen Mindestlebensstandard sichert, also letztlich auf dessen Bedürftigkeit reagiert: Der Arbeitnehmer soll – wie man immer wieder hört – von seiner Arbeit leben können⁹. Die Werthaltigkeit seiner Arbeitsleistung spielt dann keine Rolle, ausschlaggebend ist allein der – typisierte – Bedarf. Der Arbeitgeber wird zum Unterhaltsschuldner¹⁰, wobei er freilich anders als im Familienrecht keine begrenzte Leistungsfähigkeit einwenden darf.

Für eine rechtlich-dogmatische Betrachtung ausblenden können wir sozialpolitische Wundertüten, nach denen Mindestlöhne das Allheilmittel für jedes Sozialgebreen sind¹¹: von der Verteilungsgerechtigkeit in den Einkommen

4 *Rieble/Klumpp*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 179 Rn. 25, § 186 Rn. 25 ff.

5 § 8 Abs. 2 AEntG, dazu *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl. 2011, § 8 AEntG Rn. 3 f. mit weiteren Nachweisen; *Löwisch*, RdA 2009, 215, 217; *Willemsen/Sagan*, Mindestlohn und Grundgesetz – Staatliche Lohnfestsetzung versus Tarifautonomie, NZA 2008, 1216, 1217; zur alten Rechtslage *Klebeck*, Grenzen staatlicher Mindestlohnartiferstreckung, NZA 2008, 446, 447 ff.

6 *Wank*, Mindestlöhne – Begründungen und Instrumente, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 898 ff.

7 Darauf weisen auch hin *Bayreuther*, Gesetzlicher Mindestlohn und sittenwidrige Arbeitsbedingungen, NJW 2007, 2022, 2025 und *Waltermann*, Mindestlohn oder Mindesteinkommen, NJW 2010, 801, 802.

8 In diesem Sinne etwa *Bieback*, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 359, 363.

9 So zum Beispiel Beschlüsse der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. Deutschen Juristentags 2010, II Mindestlohn (10) c), S. 9, abzurufen unter www.djt.de/djtmedia/files/68_djt_beschluesse.pdf; *Bieback*, RdA 2000, 207, 207 f.

10 *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2025.

11 Zum Problem einer rechtlichen Bewertung des Mindestlohns *Joussen*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen

über die Kaufkraftstärkung oder die Beitragsverschaffung für soziale Sicherungssysteme bis hin zur Abwendung drohender Altersarmut¹². Dahinter steht die Idee einer sozialen Planwirtschaft, die durch umfassende Regulierung für Wohlfahrt sorgt (DDR 2.0). Einer rechtlichen Analyse ist das nicht zugänglich.

1. Ausbeutungsschutz

Traditionell sollen Mindestlöhne vor Ausbeutung schützen, also davor, dass ein Arbeitnehmer für seine Arbeitsleistung und gemessen an deren „Wert“ zu wenig Vergütung erhält¹³. Mindestlöhne schützen insofern vor einem spezifischen Markt- und Vertragsversagen¹⁴. Sie haben im Kern dieselbe Funktion wie tarifliche Lohnfestsetzungen, die auch nur einen Mindestlohnsatz definieren, und eine gewisse Verwandtschaft zum Lohnwuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB¹⁵. Während aber der Lohnwucher als Schutzinstrument nur schwer handhabbar ist, weil repräsentative Entgelterhebungen die Ausnahme sind (es müsste einen örtlichen Lohnspiegel vergleichbar dem Mietspiegel geben und das auch noch aufgeschlüsselt nach unterschiedlichen Tätigkeiten in unterschiedlichen Branchen) und auch Tarifentgelte vielfach nicht mehr repräsentativ sind¹⁶, kann ein Mindestlohn eine inhaltlich klare Vorgabe machen¹⁷. Diesem traditionellen Konzept entsprechen dann auch sektoral unterschiedliche Mindestlöhne – weil die Arbeitswertigkeit nicht für alle gleich ist. Auf der anderen Seite kann es Lohngerechtigkeit durch Mindest-

empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?, JZ 2010, 812, 818 f.

- 12 *Bartsch*, Was bringt ein gesetzlicher Mindestlohn für Deutschland, Studie im Auftrag von ver.di, 2009, S. 67, abzurufen unter www.mindestlohn09.de/w/files/pdf/milo_studie_bartsch_julio9.pdf; NGG und *ver.di*, Arm trotz Arbeit? Deutschland braucht den gesetzlichen Mindestlohn, abzurufen unter www.initiative-mindestlohn.de/mitmachen/kampagnen_material/argumente_illustriert.pdf; *Kalina/Weinkopf*, Ein gesetzlicher Mindestlohn auch in Deutschland?!, IAT-Report 2006-6, S. 3, abzurufen unter <http://iat-info.iatge.de/iat-report/2006/report2006-06.pdf>; kritisch *Franz*, Der trügerische Charme des Mindestlohns, ZAF 4/2007, S. 431, 432 ff.
- 13 *Waltermann*, Abschied vom Normalarbeitsverhältnis, Gutachten B zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, S. B 77; *Wank*, Gedanken zur Lohngerechtigkeit, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 453, 453.
- 14 Auch *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2023 f.
- 15 *Waltermann* (Fn. 13), S. B 75 ff., 119.
- 16 Siehe aber für die Ausrichtung des Lohnwuchertatbestands am Tariflohn jüngst BAG 22.4. 2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837; dazu *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2022 ff.
- 17 *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2024: „one size fits all“.

löhne nicht geben – weil es keine Erkenntnis über den gerechten Lohn gibt¹⁸. Mindestlöhne können nicht positiv Austauschgerechtigkeit schaffen, sie können nur negativ den Ausbeutungslohn beanstanden und kassieren – dann aber nicht nur gegenüber Marktversagen, sondern auch zulasten des Tarifversagens¹⁹. Tarifautonomie garantiert keinen Freiraum zu tariflichen Hungerlöhnen²⁰.

2. Schutz der sozialen Sicherungssysteme

Der Paradigmenwechsel zum Versorgungslohn ist nicht ganz einfach. Der Arbeitgeber ist nicht Unterhaltsschuldner des Arbeitnehmers; das Arbeitsentgelt ist Gegenleistung für Arbeit und nicht Versorgung²¹ – weswegen auch Teilzeitkräfte trotz gleichem Unterhaltsbedarf weniger verdienen als Vollzeitler. Nur bei Auszubildenden sieht das Berufsbildungsgesetz eine Pflicht des Arbeitgebers, den Auszubildenden zu alimentieren²². Mit dem Arbeitsverhältnis verspricht der Arbeitgeber auch keine Adoption auf Zeit. Erklären kann man diesen funktionalen Schwenk nur mit *Waltermann* durch den Schutz des Staates und seiner sozialen Sicherungssysteme vor Mitnahmeeffekten²³. In der Tat ist es traditionellerweise so, dass auch niedrige Arbeitsentgelte entsprechend den Bedürfnissen des Arbeitnehmers aufgestockt werden – entweder durch Ergänzungsunterhalt der Unterhaltspflichtigen (vor allem im Auszubildendenverhältnis) oder aber vom „aufstockenden“ Staat²⁴. Der geringe Lohn impliziert die sozialrechtliche Bedürftigkeit und regt Mitnahmeeffekte an; Arbeitgeber können auf mittelbare

18 *Wank*, Gedächtnisschrift *Zachert*, 2010, S. 453, 453. Das BGB kennt generell keinen *iustum pretium*, allgemein *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 1, Teilbd. 1, 5. Aufl. 2007, Einleitung BGB Rn. 36 f.

19 *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2223 ff.; *Wank*, Festschrift *Buchner*, 2009, S. 899, 900 ff.; *Fischer*, Gesetzlicher Mindestlohn – Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit?, ZRP 2007, 20, 21 f.; zum Markt- und Tarifversagen schon *Rieble/Klebeck*, Gesetzlicher Mindestlohn?, ZIP 2006, 829, 830, 836.

20 Insoweit im Kern allgemeine Meinung BAG 24.3. 2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971; *Otto*, Tarifizensur und Arbeitskampf, Festschrift *Konzen*, 2006, S. 663, 677; *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 836.

21 *Bayreuther*, NJW 2007, 2022, 2025.

22 *Schlachter*, in: ErfK (Fn. 5), § 17 BBiG Rn. 2.

23 *Waltermann* (Fn. 13), S. B 115.

24 Zu Aufstockungsleistungen *Bieback*, Gedächtnisschrift *Zachert*, 2010, S. 359, 363; *Waltermann*, NJW 2010, 801, 802 f.; *ders.*, Mindestlohn, Mindesteinkommen, Mindestsicherung – Eine Bewertung aus der Sicht des deutschen Arbeits- und Sozialrechts, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 110, 114 f., 117 f.

Lohnsubventionen bauen²⁵. Arbeitsentgelt und Sozialleistung korrespondieren von vornherein miteinander²⁶.

Dass der Staat „im Prinzip“ zum Schutz seiner Sicherungssysteme Arbeitsverhältnisse verbieten kann, die eine entsprechende Bedürftigkeit auslösen, lässt sich kaum bestreiten²⁷. Ob ein „integratives“ Konzept der negativen Einkommenssteuer²⁸ besser funktioniert, weiß man nicht; die Entscheidung zwischen solchen Systemen wird jedenfalls verfassungsrechtlich nicht vorgegeben²⁹.

Akzeptiert man diese grundsätzliche Einsicht, dass Mindestlöhne die sozialen Sicherungssysteme vor Mitnahmeeffekten sichern dürfen, bleibt eine Frage offen: Welche Arbeitszeit mutet man dem Mindestlöhner zu – oder anders gewendet: Mit welchem Arbeitszeiteinsatz muss der Mindestlöhner sein Dasein fristen können? Hier wird bislang vorschnell mit den tariflichen Arbeitszeiten von 35 bis 37,5 Stunden operiert³⁰. Das leuchtet nicht recht ein, weil nicht nur dem Arbeitgeber, sondern auch dem bedürftigen Arbeitnehmer ein Opfer zum Schutz des Staates und seiner Sicherungssysteme zugemutet werden kann. Insofern ist es ohne weiteres vorstellbar, Arbeitnehmern bis zur gesetzlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden eine entsprechende Arbeitsanstrengung zuzumuten – oder das sozialrechtliche Zumutbarkeitsmaß etwa bei 44 Stunden enden zu lassen. Schon die 40-Stunden-Woche ist jedenfalls sozialrechtlich kein Leitbild. So oder so ergeben sich dann andere Mindestlohnstundensätze als bei den bisherigen Berechnungen. Und es bleibt ein hinreichender Anreiz für den Arbeitnehmer, sich anzustrengen, um aus dem Mindestlohnstatus herauszukommen, kurz: Eigenverantwortung für das eigene Dasein zu übernehmen.

25 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 836; *Waltermann*, Wesentliche Aussagen des Gutachtens zur Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. Deutschen Juristentags Berlin 2010, NZA 2010, 860, 864.

26 *Waltermann* (Fn. 13), S. B 89 ff.

27 *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216, 1219; anderer Ansicht *Forkel*, Ein gesetzlicher Mindestlohn ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, ZRP 2010, 115, 116 f.: Mindestlohn als gegebenenfalls unzulässige Sonderabgabe.

28 Grundlegend *Friedman*, Kapitalismus und Freiheit, 3. Aufl. 2006, S. 227 ff.; Fn. 113.

29 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 836.

30 *Bispinck/Schäfer/Schulten*, Argumente für einen gesetzlichen Mindestlohn, WSI-Mitteilungen 2004, 575, 576, abzurufen unter www.boeckler.de/pdf/wsimit_2004_10_bispinck_schaefer.pdf.

III. Anwendungsprobleme

1. Wechselwirkungen mit der Tarifautonomie

a) Staatliche Mindestlöhne als Regelungskonkurrenz und Preissignal

Staatliche Mindestlöhne machen autonome tarifliche Lohnsätze zu einem gewissen Maß überflüssig³¹. Ebenso die betroffenen Gewerkschaften. Für diejenigen Arbeitnehmer, die in den Genuss des Mindestlohns kommen, ist die Gewerkschaftsmitgliedschaft sinnlos³². Soweit der Staat auch noch die Durchsetzung der Mindestlöhne übernimmt, büßen Gewerkschaften ihre Rechtsschutzfunktion ein³³. Insofern geht es einmal um die verfassungsrechtliche Grundsatzfrage, welche Grenzen dem Staat gezogen sind, wenn er die Lohnsetzung und damit eine Kernaufgabe der Tarifparteien an sich zieht³⁴. Das ist Gegenstand nicht meines, sondern des Vortrags von *Georg Caspers*.

Neben der verfassungsrechtlichen Sichtung bleibt eine nicht unbedeutende Funktionalitätserwägung. Der Mindestlohn ist ein doppeltes Preissignal: Er bedeutet nicht nur die rechtliche Anweisung, ein unzureichendes Entgelt zu erhöhen, sondern zugleich ein Signal, dass höhere Löhne nicht erforderlich oder angezeigt sind. Der Mindestlohn signalisiert dem Arbeitgeber, dass er mit ihm genug getan hat. Warum soll ein Unternehmen gering qualifizierten Mitarbeitern mehr als den Mindestlohn bezahlen? Knappheitserwägungen spielen hier, anders als bei den Fachkräften, keine Rolle.

So gesehen kann ein Mindestlohn nicht bloß unzureichende Tariflöhne nach oben korrigieren, er delegitimiert zugleich höhere tarifliche Entgelte im

31 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 831; implizit *Fischer*, ZRP 2007, 20, 21; zur Normsetzungskonkurrenz *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216, 1221 f.; *Moll*, Staatliche Vergütungsregulierung zwischen Tarifautonomie und Grundrechtseingriff, RdA 2010, 321, 325.

32 Mit Bedenken bezüglich gewerkschaftlicher Organisationsfähigkeit *Kocher*, Mindestlöhne und Tarifautonomie – Festlegung allgemeiner Mindestentgelte durch Verbindlicherklärung nach AEntG, NZA 2007, 600, 601; *Büdenbender*, Die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz, RdA 2000, 193, 203 f.

33 Zur Durchsetzung und Kontrolle der Mindestlöhne nach AEntG und MiArbG: *Löwisch*, RdA 2009, 215, 217, 219; *Bosch/Weinkopf/Kalina*, Mindestlöhne in Deutschland, Expertise im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2009, S. 47 f.; zur Rechtsschutzfunktion *Löwisch/Rieble*, in: MünchArbR (Fn. 4), § 161 Rn. 20 ff.

34 Dazu unter anderem *Sittard*, Verfassungs- und europarechtliche Anmerkungen zu den Mindestlohnbeschlüssen des Deutschen Juristentags, NZA 2010, 1160, 1160 ff.; *Sodan/Zimmermann*, Tarifvorrangige Mindestlöhne versus Koalitionsfreiheit – Die Neufassungen des Mindestarbeitsbedingungengesetzes und des Arbeitnehmerentsendegesetzes, NJW 2009, 2001, 2003 ff.; *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216, 1216 ff.

selben Wirtschaftszweig³⁵. Ganz unabhängig von seiner unmittelbaren Regelungsfunktion gegenüber den autonom tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern entfaltet der Tarifvertrag typischerweise eine marktprägende Wirkung³⁶, so dass auch tariffreie Arbeitgeber sich an die Tarifentgelte „anlehnen“³⁷. Ein vom Tarifvertrag unabhängiger Mindestlohn kann diese Prägung unterlaufen. Verfassungsrechtlich ist das kein Problem, weil die marktprägende Wirkung von Tarifverträgen gegenüber Tariffreien von der Tarifautonomie nicht umfasst ist³⁸. So gesehen konkurrieren zwei unterschiedliche kommunikative Signale: Die Tarifparteien der Branche signalisieren: Der Tariflohn ist angemessen. Der Staat dagegen – und im Fall der AEntG-Mindestlöhne mittelbar auch die Tarifparteien – sagen: Schon der allgemeine Mindestlohn reicht aus. Ein solches Lohngefälle löst Lohnsenkungsbestrebungen aus – sei es durch klassische Tariffucht, bei der sich der Arbeitgeber vom Mindestlohn einholen lässt, sei es durch Ausgliederung und Fremdvergabe³⁹. Eben zur Vermeidung eines solchen Gefälles galt früher das Alles-oder-Nichts-Prinzip: Die Allgemeinverbindlicherklärung des § 5 TVG bringt den Tarifvertrag „eins-zu-eins“ zur Anwendung⁴⁰.

Tariffucht in den Mindestlohn heißt einmal: Arbeitgeber können sich durch Lohnsenkungen oberhalb des Mindestlohns teilweise refinanzieren und damit die Mindestlohnmehrbelastung kompensieren: Wenn ich für 20 Mitarbeiter das Entgelt von 7,80 € auf den Mindestlohn von 8 € anheben muss, spricht doch einiges dafür, denjenigen, die 8,20 € erhalten, künftig nurmehr den Mindestlohn zuzugestehen. Insofern schafft der Mindestlohn einen Umverteilungsanreiz von unten nach ganz unten – und in der Folge einen Gegenanreiz, den Mindestlohn zu erhöhen, um diejenigen zu schützen, die Opfer seines Senkungssogs geworden sind⁴¹.

35 So auch *Fischer*, ZRP 2007, 20, 21.

36 *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2004, Grundlagen Rn. 1, 6; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1305 ff. mit weiteren Nachweisen; für Ordnungsfunktion *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 7. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 13 ff.

37 *Rieble/Klumpp*, in: *MünchArbR* (Fn. 4), § 178 Rn. 1; *Rieble*, Arbeitsmarkt (Fn. 36), Rn. 1719 f.; *Oetker*, in: *Wiedemann* (Fn. 36), § 3 Rn. 261.

38 *Rieble*, Arbeitsmarkt (Fn. 36), Rn. 1305 ff. mit weiteren Nachweisen.

39 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 839; allgemein zu negativen Beschäftigungseffekten von Mindestlöhnen in Deutschland *Thüsing*, in: *Thüsing* (Hrsg.), Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2010, Einleitung Rn. 73-76 mit weiteren Nachweisen.

40 *Löwisch/Rieble* (Fn. 36), § 5 Rn. 1 ff.; *Wank*, in: *Wiedemann* (Fn. 36), § 5 Rn. 147; *Franzen*, in: *ErfK* (Fn. 5), § 5 TVG Rn. 5 f.

41 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 830; anderer Ansicht *Bosch/Weinkopf/Kalina* (Fn. 33), S. 37: Die Löhne der Gruppen oberhalb des Mindestlohns erhöhen sich zwecks Wiederherstellung früherer Lohndifferenzen.

Bislang kaum berücksichtigt ist der Preis als Knappheitsinformation⁴²: Geringe Löhne in bestimmten Berufen signalisieren normalerweise ein Überangebot und damit, dass sich der Berufszugang nicht lohnt⁴³. Hohe Mindestlöhne können dieses Signal stören und Ahnungslose womöglich zu einer fehlerhaften Berufswahl verleiten. Aber das ist der notwendige „Preis“ eines jeden Mindestlohns, dass er Marktgesetze teilweise außer Kraft setzt und damit auch die dezentrale Information durch Preisfindung stört⁴⁴.

b) Mindestlohtarife zulasten Dritter und tarifliche Richtigkeitsgewähr?

Tarifliche Mindestlöhne nebst Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG schaffen aus Sicht des Tarifrechtlers eine merkwürdige Situation: Die Mindestlohtarifparteien vereinbaren mit dem Mindestlohn einen Tarifvertrag, der für die eigenen Mitglieder gar nicht gilt – für diese greift ja der höhere Tariflohn. Mit Tarifautonomie im tradierten Sinn hat das zunächst nichts zu tun, weil ein solcher Tarifvertrag von vornherein nur für Außen-seiter gelten soll⁴⁵. Für die Tarifparteien selbst und deren Mitglieder spielt der Mindestlohtarif nur mittelbar eine Rolle – insofern, als die Tarifparteien diesen dann auch tarifautonom nicht mehr unterschreiten können, etwa zur Rettung eines angeschlagenen Unternehmens⁴⁶. Tarifverträge mit unmittelbarer Wirkung nur gegenüber Dritten verfehlen die Tarifautonomie und sind auch von Art. 9 Abs. 3 GG nicht geschützt⁴⁷. Denn jene, für die der Mindestlohn gelten soll, sind an den Tarifverhandlungen nicht beteiligt⁴⁸. Und diejenigen, die verhandeln, haben allenfalls einen gewissen Konkurrenzschutz im Sinn – und manchmal nur diesen, wie die Posse um den Briefdienst-mindestlohn gezeigt hat⁴⁹.

Früher einmal hatte man darüber gestritten, ob Tarifverträge, die von vornherein nach Allgemeinverbindlichkeit streben, vom TVG gebilligt würden

42 Zum „Preis-Problem“ auch *Wank*, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 903.

43 *Wank*, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 901, 903.

44 Vgl. *Wank*, Festschrift Buchner, 2009, S. 898, 901: „Vom Markt her gesehen gibt es keine Mindestlöhne.“

45 *Löwisch*, Staatlicher Mindestlohn rechtlich gesehen – Zu den gesetzgeberischen Anstrengungen in Sachen Mindestlohn, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik 2008/4, S. 10; *Klebeck*, NZA 2008, 446, 449; *Bieback*, RdA 2000, 207, 213 f.

46 § 8 Abs. 2 AEntG, siehe Fn. 5; kritisch gegenüber Verdrängung mitgliederschaftlich legitimer Tarifverträge *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR (Fn. 4), § 186 Rn. 25 ff.

47 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829, 831 f.

48 Vgl. zur Legitimation der Tarifgeltung aufgrund Mitgliedschaft und innerverbandlicher Beteiligung *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR (Fn. 4), § 163 Rn. 17, § 164 Rn. 5 ff.

49 *Greiner*, Das VG Berlin und der Post-Mindestlohn, BB 2008, 840, 842 f.

(*Böttcher*)⁵⁰. Heute anerkennt das AEntG Mindestlohntarifverträge, die überhaupt nur für Dritte gelten und bei denen allein der Staat darüber wachen kann, dass die Tarifparteien nicht ihre Interessen auf dem Rücken der Außenseiter austragen⁵¹. Immerhin gibt es ein mittelbares und schwaches Korrektiv: Je näher der Mindestlohn an den Tariflohn rückt, desto unattraktiver wird die Gewerkschaftsmitgliedschaft⁵². Schon deshalb haben Gewerkschaften ein gewisses Abstandsinteresse.

c) Mindestlohnkoppelungsgeschäfte

Bislang wenig bedacht sind die Wechselwirkungen von Mindestlohnverhandlungen mit den allgemeinen Tarifverhandlungen⁵³. Hier findet nämlich typischerweise eine Koppelung statt: Die Arbeitgeberseite „verkauft“ ihre Zustimmung zum Mindestlohntarifvertrag gegen eine Mäßigung im autonomen Tarifgeschäft. Das ist einerseits verständlich: Gewerkschaften können Mindestlohntarife typischerweise nicht durch Streiks durchsetzen – gerade weil sie für die eigenen tarifgebundenen Mitglieder doch gar nicht gelten. Ein Sympathiestreik der mindestlohnbetroffenen Arbeitnehmer bei tariffreien Arbeitgebern ist schwerlich geeignet, die Mindestlohntarifverhandlungen zu beflügeln⁵⁴. Dementsprechend kann die Gewerkschaft Mindestlöhne vor allem dadurch erreichen, indem sie Zurückhaltung bei den Tariflöhnen verkauft.

Auf der anderen Seite besteht ein ökonomischer Zusammenhang: Normalerweise werden tarifliche Entgeltsteigerungen durchaus durch die potenzielle Außenseiterkonkurrenz begrenzt. Der Arbeitgeberverband kann darauf hinweisen, dass übermäßige Lohnerhöhungen Mitglieder oder Teile von deren wirtschaftlicher Betätigung in die Tariflosigkeit treiben. Und dementsprechend liegt es nicht fern, die Begrenzung jener Außenseiterunterbietungskonkurrenz gegen Tarifvernunft zu „verkaufen“. So sehr dies ökonomisch einleuchtet, so wenig ist das tarifpolitisch sachgerecht: Die Arbeitsbedingungen der unmittelbar tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer stehen in keinem Sachzusammenhang zu den außertariflichen Konkurrenten. Der Tarifvertrag hat nicht die Aufgabe, durch Gleichschaltung einheitliche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen – schon weil die Tarifparteien kein Mandat für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben⁵⁵.

50 *Böttcher*, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 67.

51 *Kocher*, NZA 2007, 600, 601 f.

52 Siehe schon Fn. 32.

53 *Büdenbender*, RdA 2000, 193, 203; *Kocher*, NZA 2007, 600, 601 f. (jedoch mit Fokus auf Richtigkeitsgewähr der ausgehandelten Mindestlohntarifverträge).

54 Zum Sympathiestreik BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055; *Rieble*, Das neue Arbeitskämpfrecht des BAG, BB 2008, 1506, 1506 ff.

55 *Rieble/Klumpp*, in: MünchArbR (Fn. 4), § 162 Rn. 29; § 168 Rn. 1 ff.

Koppelungsgeschäfte dieser Art verraten die Tarifautonomie und sprechen recht deutlich für einen allein vom Staat und ohne Rücksicht auf gruppen-egoistische Regelungswünsche der Tarifparteien festgesetzten Mindestlohn.

2. Geltungsbereich sektoraler Mindestlöhne

a) Komplizierte Geltungsbereichsanalyse

Das derzeitige Modell sektoraler, also auf einen bestimmten Wirtschaftszweig oder Geltungsbereich bezogenen, Mindestlöhne führt zu erheblichen Problemen bei der Geltungsfeststellung.

Tarifverträge gelten nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG nur in ihrem Geltungsbereich, also dort, wo die Tarifparteien den Geltungsanspruch formulieren. Das gilt auch für die Rechtsverordnungen nach dem AEntG, soweit diese auf einem Mindestlohntarifvertrag aufsetzen⁵⁶. Allgemeinverbindlicherklärungen können den Geltungsbereich eines Tarifvertrags stets nur einschränken, aber niemals ausdehnen⁵⁷. Einen „originären“ staatlich verantworteten Geltungsbereich haben nur die Pflegemindestlöhne: Die „Pflegebranche“ ist mit ihrem fachlichen/betrieblichen Geltungsbereich in § 10 AEntG gesetzlich „definiert“⁵⁸. Und auch Mindestlöhne nach dem MiArbG müssten ihren „Wirtschaftszweig“ fachlich näher beschreiben⁵⁹.

Für die tariflich definierten Mindestlöhne muss die Geltung in einem überaus komplizierten und zwar vierstufigen Verfahren festgestellt werden:

- Zuerst enthält das AEntG selbst in § 6 Mindestlohn-Geltungsbeschränkungen und setzt insbesondere voraus, dass der Mindestlohntarifvertrag seinerseits Mischbetriebe und selbständige Betriebsabteilungen erfasst⁶⁰. Dabei ist die fachliche Definition nicht ganz klar. Sind Maschinenreinigungsleistungen im Sinne der Gebäudereinigungstarifverträge auch Gebäudereinigung im Sinne des AEntG? Das Gesetz kann nicht auf den Tarifvertrag verweisen und müsste selbst definieren, was „Gebäudereinigung“ ist. Mit herkömmlicher Juristentchnik würde man allenfalls jene Maschinen zum Gebäude rechnen, die dessen Bestand-

56 *Löwisch*, RdA 2009, 215, 216; *Gussen*, in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht (BeckOK), Edition 18 (Stand: 1.12. 2010), § 3 AEntG Rn. 8.

57 Allgemeine Meinung BAG 14.10. 1987 – 4 AZR 342/87, AP Nr. 88 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG 21.10. 2009 – 5 AZR 951/08, NZA 2010, 237; *Löwisch/Rieble* (Fn. 36), § 5 Rn. 15 ff., 29 ff.; *Lakies*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2. Aufl. 2006, § 5 Rn. 167; *Wank*, in: Wiedemann (Fn. 36), § 5 Rn. 128.

58 *Löwisch*, RdA 2009, 215, 219.; *Schlachter*, in: ErfK (Fn. 5), § 10 AEntG Rn. 2.

59 *Franzen*, in: ErfK (Fn. 5), § 1 MiArbG Rn. 5 ff.

60 *Schlachter*, in: ErfK (Fn. 5), § 6 AEntG Rn. 3 ff.; *Gussen*, in: BeckOK (Fn. 56), § 6 AEntG Rn. 2 ff.

teil sind – also nicht die nur vorübergehend eingebrachten Produktionsmaschinen. Und was ist mit dem Reinigen von Verkehrsmitteln, welches das BAG in einer nur kühn zu nennenden Entscheidung den Gebäudereinigungstarifen zugeschlagen hat⁶¹? Ein übersehenes Problem: Manche Tarifverträge stellen in ihrem Geltungsbereich auf die fachliche Zuordnung der Einheit „Unternehmen“ ab; können solche Tarifverträge, denen die betriebliche Anknüpfung fehlt, nach dem AEntG überhaupt allgemeinverbindlich erklärt werden? Woher soll eigentlich ein Außenseiter wissen, was ein selbständiger Betriebsteil im tarifrechtlichen Sinn ist – im Unterschied etwa zum Betriebsteil des § 4 BetrVG⁶²?

- In einem zweiten Schritt müssen die im Bundesanzeiger bekannt gemachten Mindestlohnverordnungen analysiert werden, die zusätzliche Einschränkungen enthalten können. So nimmt der TV Mindestlohn Gebäude 2010 in § 1 Nr. 2 Satz 2 in Verbindung mit der Zweiten Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen in der Gebäudereinigung vom 3.3. 2010 Betriebe aus, „die überwiegend Reinigung von Verkehrs- und Freiflächen einschließlich des Winterdienstes durchführen, soweit dies durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung der Kommune übertragen ist; Entsprechendes gilt für die Stadtstaaten.“⁶³ Damit soll ersichtlich die Abgrenzung zum Abfallwirtschaftsmindestlohn geleistet werden.
- In einem dritten Schritt ist sodann der autonome Geltungsbereich des Mindestlohntarifvertrags zu ermitteln, der aber typischerweise aus anderen Tarifverträgen derselben Tarifparteien folgt – und insofern vom Verordnungsgeber mit bekannt gemacht worden ist. So folgt der Gebäudereinigungsmindestlohn etwa dem Rahmentarifvertrag Gebäudereinigung. Hier treten zusätzliche Probleme auf, weil die Tarifparteien typischerweise dynamische Verweisungen vorsehen, die aber in einer staatlichen Rechtsverordnung unzulässig sind⁶⁴. Das machen die Bekanntmachungen auch deutlich.

61 BAG 4.6. 1980 – 4 AZR 379/78, AP Nr. 32 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

62 BAG 25.1. 2005 – 9 AZR 44/04, NZA 2005, 1365; BAG 24.11. 2004 – 10 AZR 169/04, NZA 2005, 362 – jeweils für selbständige Betriebsabteilungen der Bau-tarife.

63 Abrufbar unter http://bundesrecht.juris.de/tvmindestlohngeb_ude_2010/BJNR503710010.html und www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/geb_udearbbv_2/gesamt.pdf.

64 BVerfG 25.2. 1988 – 2 BvL 26/84, BVerfGE 78, 32, 36; BVerfG 15.6. 1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 64; Ritgen, Entschließungs- und Inhaltsfreiheit des Verordnungsgebers bei Rechtsverordnungen nach § 1 III a AEntG, NZA 2005, 673, 675.

- Im vierten Schritt ist dann der Geltungsbereichskatalog der jeweiligen Branche zu analysieren. Dabei erfährt der Rechtsanwender Erstaunliches: Nicht nur die Maschinenreinigung sei Gebäudereinigung, sondern auch die Schädlingsbekämpfung⁶⁵.

Das alles ist vom fachlichen Zuordnungsverständnis her selbst für ausgefuchste Tarifrechtler recht schwierig, wird aber noch schwieriger für *Mischbetriebe*. Der Gesetzgeber selbst hat sich in § 6 AEntG auf die traditionelle betriebsbezogene Tarifgeltung verständigt. Ein Tarifvertrag soll danach in einem Betrieb immer nur ganz oder gar nicht gelten⁶⁶. Für branchengemischte Betriebe kommt es demnach auf das Überwiegen der jeweiligen Arbeitszeiten an⁶⁷. Eine Elektrowerkstatt mit Laden ist Einzelhandel, wenn an der Ladentheke mehr Mitarbeiter arbeiten, als in der Werkstatt⁶⁸. Erforderlich ist also eine eingehende Zeiterfassung. Die Rechtsprechung hat bislang keinen Bezugszeitraum geliefert – so dass überhaupt nicht klar ist, wie mit schwankenden Tätigkeitsumfängen umzugehen ist. Momentaufnahmen sind nicht zuverlässig. Schon eine Monatsbetrachtung könnte dazu führen, dass der betroffene Mischbetrieb zwischen den Geltungsbereichen verschiedener Tarifverträge „oszilliert“. Für eine stabile Tarifgeltung ist deshalb ein Bezugszeitraum von mindestens einem Jahr (Leitbild § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB) anzusetzen⁶⁹.

Überdies gibt es – gerade im Baugewerbe – komplizierte Sonderzuweisungen konkurrierender Branchen, bei den sogenannten „sowohl-als-auch-Tätigkeiten“⁷⁰. Das alles überfordert die Rechtsanwender: Während der autonom tarifgebundene Arbeitgeber sich den Schwierigkeiten der Fest-

65 Anhang zu TV Mindestlohn Gebäude 2010 – Betrieblicher Geltungsbereich des RTV Gebäudereinigung Nr. 7.

66 *Schlachter*, in: ErfK (Fn. 5), § 6 AEntG Rn. 3 ff.; *Gussen*, in: BeckOK (Fn. 56), § 6 AEntG Rn. 2 ff.

67 Allgemein: *von Hoyningen-Huene*, Die Anwendung des branchenfremden Tarifvertrags, NZA 1996, 617 ff.; *Wank*, in: Wiedemann (Fn. 36), § 4 Rn. 140, 150; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band I, 1997, S. 748; *Stein*, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2006, § 4 Rn. 101; *Löwisch/Rieble* (Fn. 36), § 4 Rn. 82. Gerade für Mindestlöhne: *Hammacher*, Die Auswirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf Unternehmen der Metallindustrie, BB 1996, 1554, 1555.

68 BAG 25.11. 1987 – 4 AZR 361/87, NZA 1988, 317.

69 In diese Richtung bereits BAG 25.2. 1987 – 4 AZR 240/86, AP Nr. 81 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau; BAG 25.11. 1987 – 4 AZR 361/87 (Fn. 68); BAG 24.8. 1994 – 10 AZR 980/93, NZA 1995, 1116.

70 Zur „sowohl-als-auch-Tätigkeit“ BAG 24.11. 2004 – 10 AZR 169/04 (Fn. 62); BAG 12.12. 2007 – 10 AZR 995/06, NZA-RR 2009, 56; *Gussen*, in: BeckOK (Fn. 56), § 4 AEntG Rn. 6 ff.

stellung der Tarifgeltung selbst ausgeliefert hat, trifft das den Mindestlohnadressaten von Staats wegen⁷¹.

b) Tarifzuständigkeit als Zusatzproblem

Damit nicht genug: Tarifverträge können nur gelten, wenn beide Tarifparteien tarifzuständig sind⁷². Auch wenn also der Tarifvertrag einen eindeutigen Geltungsanspruch formuliert, scheitert dieser, wenn Gewerkschaft, Arbeitgeberverband oder die tarifschließende Handwerksinnung nicht tarifzuständig sind. Zwischen DGB-Gewerkschaften können Zuständigkeitskonkurrenzen überdies vom DGB-Schiedsgericht erfasst werden⁷³.

So ist die IG BAU nach ihrer Satzung zuständig für die „Gebäude-, Industrie- und Städtereinigung“, und damit auch für die Maschinenreinigung⁷⁴. Ist aber die Gebäudereinigerinnung nach den einschlägigen Ausbildungsordnungen für die Maschinenreinigung zuständig? Für die verwandte Maschinenwartung als elektrotechnischer Beruf ist jedenfalls nicht die IG BAU, sondern die IG Metall zuständig und auf Arbeitgeberseite das Elektrohandwerk. Speziell handwerksrechtliche Zusatzfragen erschweren die Tarifbeurteilung – von der Zuordnung einfacher Tätigkeiten zum Handwerk (Reinigung nach Hausfrauenart)⁷⁵ über die Frage, ob die Handwerksordnung überhaupt eine gesonderte Zuständigkeit für Betriebsabteilungen zulässt (§§ 1, 2 Nr. 3, 3 HandwO). Kaum nachvollziehbar ist die Vorstellung, der Gesetzgeber habe durch die Neufassung des § 4 Nr. 2 AEntG, der die Mindestlohnermächtigung

⁷¹ Löwisch, RdA 2009, 215, 216 ff.

⁷² BAG 19.11. 1985 – 1 ABR 37/83, NZA 1986, 480 mit der Wendung „Die Tarifzuständigkeit legt den Geschäftsbereich fest, innerhalb dessen eine tariffähige Partei Tarifverträge abschließen kann.“; BAG 24.7. 1990 – 1 ABR 46/89, NZA 1991, 21 und die Rechtsprechung zum DGB-Schiedsverfahren, etwa BAG 25.9. 1996 – 1 ABR 4/96, NZA 1997, 613 und BAG 18.7. 2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225: „Die Tarifzuständigkeit beider Tarifvertragsparteien ist notwendige Voraussetzung für den Abschluss eines wirksamen Tarifvertrags und dessen Geltung.“; Löwisch/Rieble (Fn. 36), § 2 Rn. 80 f., § 4 Rn. 63, § 4 Rn. 63; Oetker, in: Wiedemann (Fn. 36), § 2 Rn. 56 und schon Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/1, 7. Aufl. 1967, S. 445 ff.

⁷³ Löwisch/Rieble (Fn. 36), § 2 Rn. 95 ff.

⁷⁴ BAG 4.6. 1980 – 4 AZR 379/78 (Fn. 61).

⁷⁵ Einerseits Rieble, Handwerksmindestlohn als Rechtsproblem, DB 2009, 789; andererseits Schiefer/Galperin, Handwerksmindestlohn kein Rechtsproblem, DB 2009, 1238; Kluth, Die sachliche und personelle Reichweite des allgemeinverbindlichen Mindestlohntarifvertrages für die gewerblich Beschäftigten in der Gebäudereinigung, GewArch 2009, 329. Interessant ist dabei, dass die eindeutige Aussage des Gesetzentwurfs zur Handwerksnovelle (BT-Drucks. 15/1206, 33 = <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/012/1501206.pdf>), wonach einfache Tätigkeiten nicht in die Zuständigkeit von Kammer und Innung fallen sollen, argumentativ ignoriert wird. Nur das Ergebnis zählt.

nicht mehr auf das „Gebäudereinigerhandwerk“, sondern auf die „Gebäudereinigung“ als Tätigkeit bezieht, eine „gesetzliche Ermächtigung“ im Sinne einer Sondertarifzuständigkeit nur der Gebäudereinigerinnungen nur für Mindestlöhne bei Kleingewerbetreibenden geschaffen⁷⁶. Das aber hieße: Kleingewerbetreibende und Minderhandwerker sind zwar nicht gesetzliches Mitglied der Handwerkskammer (weil sie kein Handwerk und kein handwerksähnliches Gewerbe betreiben) und können auch nicht freiwillig Vollmitglied der Innung werden (§§ 18 Abs. 2, 52 Abs. 1, 58 HandwO), sondern allenfalls Gastmitglied nach § 59 HandwO. Sie könnten also an der tariflichen Willensbildung der Innung nicht mitwirken, würden aber dennoch von deren Tarifverträgen erfasst.

Für Mischbetriebe muss im Handwerk der strikte Vorrang zulassungs- oder meisterpflichtiger Handwerke beachtet werden, § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 HandwO: Wenn ein Reinigungsbetrieb mit seiner Tätigkeit auch einem Handwerk der Anlage A zur HandwO entspricht, etwa weil im Rahmen der Maschinenwartung nicht nur gereinigt, sondern auch Elektromaschinenbau betrieben wird, so sind Betriebstätigkeiten aus einem nicht zulassungspflichtigen Handwerk (hier Gebäudereinigung) kraft gesetzlicher Anordnung von vornherein „nicht wesentlich“⁷⁷. Auch können sich Innungszuständigkeiten wegen des Ausschließlichkeitsgebots in § 52 Abs. 1 Satz 3 HandwO nicht überlappen⁷⁸.

Welcher Rechtsanwender kann das noch begreifen? Jedenfalls wird man dem BMAS eine staatshaftungsrechtliche Amtspflicht auferlegen müssen, die Tarifzuständigkeit für jeden Mindestentgelttarif sorgfältig zu prüfen und etwaige Beschränkungen durch eine Regelung in der Rechtsverordnung selbst sichtbar zu machen. Die bisherige Praxis, die betroffenen Kleinunternehmen mit diesen Problemen, mit dieser extremen Anwendungsunschärfe allein zu lassen und dem Verfolgungsdruck der Finanzkontrolle Schwarzarbeit auszusetzen, ist mit rechtsstaatlichen Prinzipien kaum zu vereinbaren.

c) Konsequenz: Rechtsunsicherheit kombiniert mit Strafverfolgungsdruck

In der Konsequenz bedeutet diese erhebliche Unschärfe für die betroffenen Arbeitgeber ein großes Risiko: Die Nichtgewährung von Mindestentgelten ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AEntG⁷⁹, bedrohlicher aber ist

76 Ernstlich *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 328 f.; ähnlich *Maier*, Tarif- und Arbeitsrecht in der Gebäudereinigung 2010/2011, 2010, S. 85 ff.

77 *Honig/Knörr*, Handwerksordnung, 4. Aufl. 2008, § 1 Rn. 487.

78 *Detterbeck*, Handwerksordnung, 4. Aufl. 2008, § 52 Rn. 17 ff.; *Honig/Knörr* (Fn. 77), § 52 Rn. 20 ff.

79 *Schlachter*, in: ErfK (Fn. 5), § 23 AEntG Rn. 2.

die Strafbarkeit nach § 266a StGB: Mit der Verkenning des Mindestentgelts geht doch ganz typischerweise auch eine unzureichende Abführung der Sozialversicherungsbeiträge einher. Hier gilt es zu wiederholen: Die sozialversicherungsrechtliche Beitragsschuld folgt dem geschuldeten Entgelt; hier greift das Entstehungsprinzip und nicht das steuerrechtliche Zuflussprinzip⁸⁰. Wer also einem Mindestlohn unterfällt, der schuldet Beiträge nach Maßgabe des Mindestentgelts und macht sich, wenn er auch nur bedingt vorsätzlich weniger zahlt, strafbar⁸¹. Das wiederum hat zur Folge, dass die Finanzkontrolle Schwarzarbeit auch diese tarifrechtlichen Vorfragen prüfen muss – und nicht etwa die Tarifgeltung „schätzen“ darf. Dazu mehr im Vortrag von *Stephan Rixen*.

Ein einheitlicher Mindestlohn meidet all diese Schwierigkeiten. Er ist für alle Arbeitnehmer gleich, hängt nicht von konkreten tarifrechtlichen Geltungsvoraussetzungen ab (sondern nur von der Arbeitsleistung in Deutschland) und unterwirft die Arbeitgeber klaren Vorgaben und damit auch einem vorhersehbaren Verfolgungsrisiko.

3. Diskriminierung durch sektorale Mindestlöhne

Schließlich bleibt ein weiteres Problem: Sektorale Mindestlöhne diskriminieren – nach Branchen, nach Herkunft (abgesenkte Ostmindestlöhne) und vor allem mittelbar nach dem Geschlecht⁸². Letzteres wird ganz augenscheinlich, wenn man die Mindestlöhne in Frauenberufen sieht.

80 BSG 14.7. 2004 – B 12 KR 7/04 R, SozR 4-2400 § 22 Nr. 1; BSG 26.1. 2005 – B 12 KR 3/04 R, SozR 4-2400 § 14 Nr. 7; BGH 9.1. 2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, 969; BGH 16.5. 2000 – VI ZR 90/99, NJW 2000, 2993; *Seewald*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht (KassKomm), 67. Ergänzungslieferung 2010, § 22 SGB IV Rn. 5.

81 Zur Strafbarkeit nach § 266a StGB OLG Naumburg 1.12. 2010 – 2 Ss 141/10, nicht veröffentlicht; OLG Oldenburg 9.4. 2009 – SsBS 48/09, NdsRpfl 2009, 395.

82 *Rieble*, Diskriminierender Mindestlohn, FAZ vom 31.10. 2010, abzurufen unter www.faz.net/s/Rub58EBCDAAD2C04B7F941FA15200727E44/Doc~E08430D589C2346388A83D286D15AC426~ATpl~Ecommon~Scontent.html.

Branche	Mindestlohn (€/Std.)		Frauenanteil
	West	Ost	
Abfallwirtschaft	8,24	8,24	≈16%
Bauhauptgewerbe	10,80 - 12,90	9,25	≈13%
Bergbauspezialarbeiten	11,17 - 12,41	11,17 - 12,41	≈0,8 - 6%
Dachdecker	10,80	10,80	≈1,1%
Elektrohandwerk	9,60	8,20	≈5,2%
Gebäudereinigung	8,55 - 11,33	7,00 - 8,88	≈56,2/72,6/79%
Maler und Lackierer	9,50 - 11,50	9,50	≈6,4%
Wäschereidienstleistungen	7,65	6,50	≈81,3%
Pflegebranche	8,50	7,50	≈83 - 88%
Briefdienste (nichtig)	8,40 - 9,80	8,00 - 9,00	≈64,5%

Hohe Mindestentgelte von mehr als 10 € finden sich in Männerberufen: vom Dachdecker über das Bauhauptgewerbe bis zum Bergbau. Niedrige Mindestentgelte hingegen kennzeichnen Frauenberufe: von der Gebäudereinigung über die Wäschereien im Objektkundengeschäft bis hin zur Pflege. Etwas besser ging es den Frauen nur im vom BVerwG beanstandeten Briefzustellermindestlohn⁸³.

Unterschiedliche West- und Ostmindestlöhne lassen sich 20 Jahre nach der Wiedervereinigung ebenfalls nicht mehr rechtfertigen. Mögen hierfür auch zunächst die typischerweise geringere Produktivität der Unternehmen und die niedrigeren Lebenshaltungskosten maßgebend gewesen sein, so dass das BVerfG im Jahr 2000 den BAT-O „noch“ für sachgemäß halten konnte⁸⁴,

83 BVerwG 28.1. 2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718; *Dohmen*, Post-Mindestlohn ist rechtswidrig, SZ-Online vom 28.1. 2010, abzurufen unter www.sueddeutsche.de/wirtschaft/urteil-des-bundesverwaltungsgerichts-post-mindestlohn-ist-rechtswidrig-1.71209.

84 BVerfG 9.8. 2000 – 1 BvR 514/00, AP Nr. 16 zu § 1 BAT-O.

lässt sich solche Pauschalierung heute nicht mehr vertreten. Auch im Osten gibt es blühende *Cluster* und auch im Westen sind Problemregionen zu verzeichnen. Wenn Tarifparteien Entgelte regional differenzieren wollen, brauchen sie dafür – bei aller Einschätzungsprärogative – doch belastbare Daten. Erforderlich ist also (wie bei unterschiedlichen Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte) ein konkreter und nachvollziehbarer Anhaltspunkt für die unterschiedliche Belastbarkeit, der im Übrigen „schwache“ Regionen im Westen ebenso schlechterstellt. Damit ist sowohl den Tarifparteien aber auch dem Mindestlohn festsetzenden Staat der pauschale Entgeltabschlag als Instrument regionaler Wirtschaftsförderung genommen.

Aber auch die Branchendifferenzierung insgesamt ist vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes fragwürdig, wenn der veränderte Schutzzweck nunmehr auf den Lebensunterhalt und den Auszehrungsschutz der sozialen Sicherungssysteme gerichtet ist: Der Bauarbeiter braucht nicht mehr zum Leben als die Pflegekraft und bezieht auch keine höheren Sozialleistungen.

Während man bei den Ostabschlägen schon die Mindestlohntarife selbst für rechtswidrig halten kann, ist bei der sektoralen und auch frauendiskriminierenden Wirkung eine andere Sicht angebracht: Tarifparteien einer Branche tragen keine Verantwortung für Entgeltgleichheit zu anderen Branchen, für die sie gar nicht tarifzuständig sind⁸⁵. Tarifautonom kann deshalb ein Bauarbeiterentgelt selbstredend anders ausfallen als dasjenige für eine Wäschereimitarbeiterin. Die bislang rechtlich noch nicht aufgearbeitete Frage lautet indes: Darf der Staat solche autonomen Unterschiede zur Rechtfertigung für die von ihm zu verantwortenden Mindestentgeltunterschiede heranziehen? Oder gerät nicht das System einer Mindesttariflohnerstreckung insgesamt gleichheitswidrig⁸⁶?

IV. Ökonomische Folgewirkungen

1. Mindestlohn und Arbeitslosigkeit

a) Marktwirkung von Preiserhöhungen

Ob ein Mindestlohn zu zusätzlicher Arbeitslosigkeit führt, kann man nicht wissen. Unterschiedliche Studien aus unterschiedlichen Ländern besagen Unterschiedliches⁸⁷. Für Deutschland gibt es keine Modellstudie zur be-

85 EuGH 17.9. 2002 – C 320-/00, Slg. 2002, I-7325 = NZA 2002, 1144 (Lawrence) zur notwendigen Identität der Regelsetzer für Anwendbarkeit des Lohngleichheitssatzes (Art. 141 EGV in der Fassung bis 30.11. 2009).

86 Dazu demnächst *Rieble*, Entgeltgleichstellung der Frau, RdA 2011.

87 *Rhein*, Mindestlohn, Mindestsicherung und Mindesteinkommen in wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 92 f.; *Dube/Lester/Reich*, Minimum Wage Effects Across State Borders: Estimates Using Contiguous Counties, *The Review of Economics and Statistics* 2010, 945;

schäftigungsdämpfenden Wirkung von Mindestlöhnen – das ist auch schwer möglich, weil es hierzulande nur sektorale Mindestlöhne gibt und dies auch erst seit kurzem⁸⁸. Selbst für das Baugewerbe – in dem es Mindestlöhne schon seit 1997, also seit 13 Jahren, gibt – lässt sich nicht konkret sagen, inwieweit der Mindestlohn als solcher „verantwortlich“ für den doch erheblichen Beschäftigungsabbau in dieser Branche oder gar für den zunehmenden Fertighausbau ist⁸⁹. Immerhin haben die Tarifparteien des Baugewerbes den Mindestlohn West seit 2003 praktisch nicht mehr erhöht und 2005 sogar um 16 Cent gesenkt, auch mit Rücksicht auf die Beschäftigungswirkungen⁹⁰.

In der Ökonomie wird mitunter die Gleichgewichtsthese vertreten, wonach jeder Mindestlohn oberhalb des markträumenden Arbeitsentgelts zusätzliche Arbeitslosigkeit erzeuge⁹¹. Eben deswegen wird vor dem Mindestlohn gewarnt, weil er die für Geringqualifizierte erforderliche Lohnspreizung beschränke, ja den arbeitsmarktpolitischen Niedriglohnsektor beschneide⁹².

Card/Kruger, Minimum Wages and Employment: A Case Study of The Fast-Food Industry in New Jersey and Pennsylvania, *The American Economic Review* 2000, 1397.

- 88 Umfassende Studien zu den Auswirkungen von Mindestlöhnen in Deutschland können nur Simulationen gründen, weil es keinen allgemeinen Mindestlohn gibt: *Bauer/Kluve/Schaffner/Schmidt*, Fiscal Effects of Minimum Wages: An Analysis for Germany, *German Economic Review* 2009, 279; *Bachmann/Bauer/Kluve/Schaffner/Schmidt*, Mindestlöhne in Deutschland – Beschäftigungswirkungen und fiskalische Effekte, 2008 (RWI-Materialien Heft 43); *Bosch/Weinkopf/Kalina* (Fn. 33); *Bartsch*, Gesamtwirtschaftliche Wirkungen der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland auf der Basis der Konzeption der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di – Gutachten im Auftrag des ver.di Bundesvorstands, 2007; *ders.*, Mindestlohn (Fn. 12); *Müller/Steiner*, Would a Legal Minimum Wage Reduce Poverty? A Microsimulation Study for Germany, 2008 (IZA Discussion Paper Nr. 3491); *Rhein*, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 93.
- 89 *König/Möller*, Mindestlohneffekte des Entsendegesetzes? Eine Mikrodatenanalyse für die deutsche Bauwirtschaft, 2007 (IAB Discussion Paper Nr. 30); dazu: *Meier/Munz*, Beschäftigungseffekte von Mindestlöhnen unter Vernachlässigung der Hauptbetroffenen: Kommentar zu König und Möller, ifo Schnelldienst 15/2008, S. 32.
- 90 Tabelle für den Zeitraum 1.9. 2002 bis 1.7. 2011, abzurufen unter www.soka-bau.de/soka_bau/verfahren-_beitraege/verfahren_mindestlohn/.
- 91 *Mankiw*, Volkswirtschaftslehre, 3. Aufl. 2004, S. 424, 446; *Oschmiansky*, Arbeitsmarkttheorien und -konzepte, abzurufen unter www.bpb.de/themen/5KHHVR,0,Arbeitsmarkttheorien_und_konzepte.html; *Rhein*, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 92.
- 92 *Arentz/Eekhoff*, Mindestlöhne verringern die Beschäftigungschancen für Bezieher von Arbeitslosengeld II, Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 2010, S. 26 ff.; *Franz*, ZAF 2007, 431; *Bachmann/Bauer/Kluve/Schaffner/Schmidt* (Fn. 88).

Das IAB hat immerhin 1997 die These vertreten, dass jeder Prozentpunkt der Lohnnebenkosten 100.000 Arbeitsplätze kostet⁹³; das kann für die Erhöhung von Lohnkosten nicht minder gelten!

Richtig ist gewiss, dass ein deutlich „zu hoher“ Mindestlohn die Arbeitsnachfrage dämpfen kann und insofern Beschäftigungslosigkeit erzeugen kann⁹⁴, so wie starke Tariflohnerhöhungen auch⁹⁵. Arbeitgeber sind nicht bereit, Arbeitnehmer zu beschäftigen, die aufgrund der Staatsintervention deutlich mehr kosten, als es ihrer Grenzproduktivität entspricht⁹⁶. Und ebenso haben in der Vergangenheit starke Tariflohnerhöhungen in den tarifgebundenen Großunternehmen durchaus für Beschäftigungsverlagerung ins Ausland, Arbeitsverdichtung und Rationalisierung gesorgt⁹⁷, aber eben auch zur Tarifflucht geführt⁹⁸. Exakte Zahlen liegen indes nicht vor. Umgekehrt wird den deutschen Tarifparteien immer wieder tarifpolitische Vernunft bescheinigt: Ihre Lohnzurückhaltung sei mitverantwortlich für das deutsche Beschäftigungswunder⁹⁹. Auch das weist zu der an sich selbstverständlichen Grundaussage, dass die Nachfrage auch vom Preis abhängt und dementsprechend Mindestlöhne als Preiserhöhung nachfragedämpfend wirken können. Gut gemeinte, also „soziale“ überproportionale Tarifierhöhungen in den unteren Entgeltgruppen der Industrie haben jene Tätigkeiten aus den Betrieben vertrieben; so finden sich in den meisten Metallbetrieben keine dort eingruppierten Mitarbeiter.

-
- 93 *Zika*, Die Senkung der Sozialversicherungsbeiträge, IAB-Werkstattbericht 07/1997.
 94 *Rhein*, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 92; *Arentz/Eekhoff* (Fn. 92), S. 26 ff.; *Franz*, ZAF 2007, 436, 436 ff.
 95 *Buchner*, Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?, NZA 2000, 905, 911, *Mankiw* (Fn. 91), S. 446, 669.
 96 *Mankiw* (Fn. 91), S. 420 ff.; *Henneberger/Haug*, Die Auswirkungen von Mindestlöhnen auf das Gleichgewicht am Arbeitsmarkt: Eine theoretische Analyse anhand der beiden Marktformen des Polypols und des Monopsons, 2010 (Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht in St. Gallen Nr. 121), S. 10; allgemein zur Grenzproduktivität *Landmann/Jerger*, Beschäftigungstheorie, 1999, S. 61 ff.
 97 *Möschel*, Tarifvertragsreform zwischen Ökonomie und Verfassung, BB, 2005, 490; *Fridrich*, Flüchten oder Standhalten?, ratio 2004 Nr. 2, S. 3, abzurufen unter: www.rkw-bw.de/pdf/ratio/ratio_2_2004.pdf.
 98 *Rieble/Klebeck*, Tarifflucht ins Handwerk, BB 2008, 885; *Möschel*, BB 2005, 490; *Haisch*, Wirtschaft ohne Tarifbindung, 2008, S. 53.
 99 *Heuser*, Verdientes Wunder, Die Zeit vom 28.10. 2010, abzurufen unter www.zeit.de/2010/44/01-Deutschland-Wirtschaft-Konjunktur?page=2; *Plickert*, Die zwei Seiten des Exportmeisters, FAZ vom 3.8. 2010, abzurufen unter www.faz.net/-01f197; *Roth*, Schluss mit der Lohnzurückhaltung, Frankfurter Rundschau vom 8.9. 2010, abzurufen unter: www.fr-online.de/wirtschaft/schlussmit-der-lohnzurueckhaltung/-/1472780/4629974/-/index.html.

Nur verläuft das Marktgeschehen dynamisch; einen Gleichgewichtspreis oder -lohn gibt es nicht. Niemand kann wissen, welcher Lohnsatz zu welcher Arbeitslosigkeit führt. Dazu bedürfte es nicht nur einer hinreichend sicheren Kausalbetrachtung der durch Preiserhöhung gedämpften Arbeitsnachfrage – auch das Angebotsverhalten müsste konkret vorhersagbar sein. Weil das Marktgeschehen aber ein komplexes Phänomen ist, verbieten sich entsprechende konkrete Vorhersagen: So kann es etwa sein, dass Lohn-erhöhungen in den untersten Entgeltstufen gegenfinanziert werden durch abgebremsten Lohnanstieg in anderen Entgeltsegmenten – das liegt mit Blick auf das Mindestlohnpreissignal sogar nahe¹⁰⁰. Manche Dienstleistungen können womöglich ins preiswertere Ausland verlagert werden, nicht jedoch die ortsgebundenen Dienstleistungen wie etwa Gebäudereinigung oder Wachdienste. Manche geringwertige Tätigkeit lässt sich wegrationalisieren. Der Reinigungsroboter indes ist noch nicht in Sicht.

Soweit die vom Mindestlohn erfassten Tätigkeiten unverzichtbar sind und insbesondere weder Tätigkeitsverlagerung noch anderweitige Substitution in Betracht kommen, wird der Mindestlohn zur betrieblichen Kostenerhöhung führen¹⁰¹. Ob diese schlussendlich von Verbrauchern bezahlt werden muss, hängt wiederum vom Markt ab. So könnte ein Mindestlohn in der Landwirtschaft dafür sorgen, dass deutsche landwirtschaftliche Produkte deutlich teurer werden und damit die Nachfrage etwa nach deutschem Spargel zurückgeht – und also weniger Spargelstecher gebraucht werden. Zuverlässig vorhersagen lässt sich das nicht!

Die auch hier immer wiederkehrende Kaufkrafttheorie setzt auf die Münchhausen-Methode: Der Mindestlohn solle doch durch seine Kaufkraftstärkung in den unteren Einkommensschichten sich gesamtwirtschaftlich selbst refinanzieren¹⁰². Das wurde auch gegenüber normalen Lohnerhöhungen immer wieder mantraartig behauptet¹⁰³, stimmt aber nicht¹⁰⁴. Länder mit über-

100 Zur Umverteilung *Lesch*, Beschäftigungs- und verteilungspolitische Aspekte von Mindestlöhnen, *IW-Trends* 4/2004, S. 13 ff.

101 vbw (Hrsg.), Mindestlöhne – Gefahr für den Arbeitsmarkt!, Argumentation 01/2006, S. 4, abzurufen unter: www.vbw-bayern.de/agv/vbw-Themen-Recht-Arbeitsrecht_und_Sozialrecht-Positionen_und_Argumente-Argumentationspapier_MindestloehneGefahr_fuer_den_Arbeitsmarkt--13294,ArticleID__149.htm.

102 *Bartsch*, Wirkungen (Fn. 88), S. 22 ff.

103 *Flassbeck/Spiecker*, Lohn der Arbeit, *taz* vom 3.2. 2006, abzurufen unter www.flassbeck.de/pdf/2006/-24.2.2006/tazlohn.pdf; *Zinke*, Sozial ist, was Kaufkraft schafft, *blz* Nr. 04-05/2010, abzurufen unter: www.gew-berlin.de/blz/20312.htm.

104 *van Suntum*, Die unsichtbare Hand, 3. Aufl. 2005, S. 106 ff.; *Arbeitgeberverband Gesamtmetall*, Die Kaufkrafttheorie – das falsche Rezept, *ME Argumente* Nr. 3/2005, unter www.gesamtmetall.de/gesamt-metall/meonline.nsf/id/3DA5FB747E8F5415C12570D50042049C?open&ccm=080070.

proportionalen Entgelterhöhungen wie etwa Griechenland schaffen diese Refinanzierung gerade nicht; umgekehrt hat Deutschland von seiner Lohnzurückhaltung profitiert¹⁰⁵.

b) Ausgrenzungswirkung von Mindestlohn in Kombination mit Kündigungsschutz

Das eigentliche Problem sehe ich eher in der Kombination von Mindestlohn und Kündigungsschutz: Aus Frankreich wissen wir – ohne dem Vortrag von *Achim Seifert* vorgreifen zu wollen –, dass die Verbindung von Mindestlohn und Kündigungsschutz ausgrenzende Wirkung hat: Schlecht Ausgebildete, Kranke und Behinderte, Langzeitarbeitslose und auch gerade Arabisch- oder Türkischstämmige finden schlechter Arbeit, wenn der Arbeitgeber Menschen mit geringer Produktivität nur schwer wieder los wird¹⁰⁶. Deren Einstellung zum Mindestlohn missrät dann zum wirtschaftlichen Risiko. Die Probezeit hilft wenig, weil sich die Betroffenen für sechs Monate durchaus anstrengen können. Die Kündigung von Leistungsschwachen ist zwar nach der BAG-Rechtsprechung im Prinzip möglich¹⁰⁷ – aber wie jede Kündigung riskant. Rechtsverfolgungskosten haben als Lohnnebenkosten gerade bei Arbeitnehmern mit geringer Produktivität besondere Abschreckungswirkung. Diese Ausgrenzung muss die Arbeitslosigkeit insgesamt nicht erhöhen – sie sperrt aber gerade den sozial besonders Schwachen den Marktzutritt.

Sektorale Mindestlöhne erlauben einerseits den Geringqualifizierten Ausweichbewegungen in mindestlohnfreie Branchen. Ein allgemeiner Mindestlohn dagegen kann solche Personen als „Produktivitätspeitsche“ dauerhaft vom Arbeitsmarkt verdrängen und macht dann staatliche Beschäftigungsmaßnahmen erforderlich:

105 *Piper*, Deutsche Stärke und Last, SZ vom 21.3. 2010, abzurufen unter: www.sueddeutsche.de/geld/griechenland-krise-deutsche-staerke-und-last-1.20254; *Fischermann*, „Es ist mir fast peinlich“. Zwei linke deutsche Professoren streiten sich lautstark um Griechenland – und wissen, was passieren muss, Die Zeit vom 27.5. 2010, abzurufen unter: www.zeit.de/2010/22/Oekonom?page=1; IWD (Hrsg.), Arbeitsplätze beflügeln Kaufkraft, 2010 (Nr. 15), S. 4, abzurufen unter: www.iwkoeln.de/Portals/o/PDF/iwd_1510.pdf; *Heuser*, Die Zeit vom 28.10. 2010; *Plickert*, FAZ vom 3.8. 2010; *Roth*, Frankfurter Rundschau vom 8.9. 2010.

106 *Rhein*, NZA 2009, Beilage 3 zu Heft 21, S. 91, 92 f.; IWH (Hrsg.), Ein Mindestlohn von 7,50 Euro je Stunde betrifft vor allem Arbeitsplätze im Dienstleistungssektor, Wirtschaft im Wandel 2008, S. 102 ff.; *Dercks*, DIHK Studie: Chancen nutzen, Hemmnisse beseitigen – Beschäftigung Geringqualifizierter in Deutschland, 2007 (IHK Dokument-Nr. 3711), abzurufen unter: www.karlsruhe.ihk.de/standortpolitik/Wirtschaftspolitik/Studien_zum_Arbeitsmarkt/715626/DIHK_Studie_Chancen_nutzen_Hemmnisse_beseitigen_Beschaeftigung.html.

107 BAG 11.12. 2003 – 2 AZR 667/02, NJW 2004, 2545; BAG 3.6. 2004 – 2 AZR 386/03, NJW 2005, 90; *Berkowsky*, in: MünchArbR, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 115 Rn. 129.

- Ob ein dritter Arbeitsmarkt dann realitätsfrei Beschäftigungstherapie als Arbeit simuliert oder
 - ob der Staat über Arbeitsgelegenheiten (Ein-Euro-Jobs) den durch Mindestlöhne auf dem freien Arbeitsmarkt abgeschafften Niedriglohnsektor in eigener Verantwortung als Arbeitstherapie beibehält oder
 - ob die Beschäftigung für Problemgruppen doch wieder über Lohnsubventionen finanziert werden soll (die ja vom allgemeinen Mindestlohn gerade erübrigt werden sollen),
- das muss politisch entschieden werden. Jedenfalls trägt der Staat für diese Ausgrenzungswirkung die Verantwortung und muss dieser gerecht werden. Insofern ist immerhin darauf hinzuweisen, dass § 6 Abs. 7 Satz 2 AEntG für die Wäschereien gerade eine gesetzliche Mindestlohnausnahme macht, wenn der Betrieb eine Behindertenwerkstätte ist.

Von gewerblichen Unternehmen kann schwerlich erwartet werden, dass sie Arbeitnehmer zu Therapiezwecken beschäftigen – ohne dass dem Arbeitsentgelt eine hinreichend werthaltige Arbeitsleistung gegenübersteht. Unternehmen sind keine Beschäftigungsgesellschaften. Allerdings ist es durchaus denkbar, dass der Staat vergleichbar der Beschäftigungspflicht von Schwerbehinderten künftig eine Beschäftigungspflicht für Minderqualifizierte einführt. Ein Staatseingriff fordert dann den nächsten heraus. Und die Soziallasten steigen immer weiter. Alternativ bleibt solchen Geringqualifizierten nurmehr die Schwarzarbeit¹⁰⁸.

V. Fazit

Staatliche Lohnfestsetzung ist möglich, aber nicht frei von Nebenwirkungen. Die bisherige politische Linie hat zwar ordnungspolitisch an der prinzipiellen Staatsfreiheit der Lohnfindung festgehalten, aber pragmatisch sektorale Mindestlöhne zugelassen. Diese streben nach stetiger Geltungsausweitung, so dass das Prinzipielle verwässert wird und wir uns der Radio Eriwan-Antwort nähern. Spätestens wenn ein Mindestlohn für Zeitarbeit eingeführt wird, lässt sich das Grundprinzip nicht mehr halten: Wie will man Stammarbeitnehmern in Niedriglohnbereichen klarmachen, dass sie Niedriglöhne ertragen müssen, wohingegen die bei ihnen eingesetzten Leihkräfte einen Mindestlohnschutz genießen¹⁰⁹? Das ist auch vor dem Hintergrund des Gleichheitssatzes konzeptionell nicht mehr zu vermitteln.

108 Instrukтив zur freiheitssichernden Funktion derselben: *Konrad Adam*, Lob der Schwarzarbeit, FAZ vom 16.9. 1995 (Bilder und Zeiten).

109 So *Rolfs* auf dem 68. Deutschen Juristentag, zitiert in: *Baduras/Jahn*, Plädoyer für den gesetzlichen Mindestlohn, FAZ vom 23.9. 2010, abzurufen unter www.faz.net/-01i51i.

Ein gleicher und einheitlicher Mindestlohn für alle Berufe und alle Regionen in Deutschland meidet die Ungleichbehandlung, beendet Frauen- und Ossidiskriminierung, ist klar und pragmatisch zu handhaben. Er meidet manche tarifrechtliche Systemstörung und Vollzugsprobleme. Dass ein solcher Mindestlohn niedriger ausfallen muss als manche derzeitigen Mindestlöhne, ist durchweg sachgerecht. Eine Pflegekraft braucht nicht weniger zum Leben als ein Bauarbeiter. Und der Schutz der sozialen Sicherungssysteme vor mittelbarer Lohnsubvention kann ebenfalls nicht an unterschiedlichen Lohnhöhen ausgerichtet werden. Man sieht: Je stärker der Schutzzweck eines Mindestlohns verallgemeinert wird, desto weniger lassen sich branchenspezifische Mindestlöhne rechtfertigen. Der Beschluss des DJT, neben einem allgemeinen Mindestlohn dann noch die Branchenmindestlöhne beizubehalten¹¹⁰, ist Irrsinn.

Die bange Wahl zwischen Staat und Markt entscheidet sich meines Erachtens weniger am Ob eines solchen Mindestlohns als vielmehr an seiner Höhe und an Sicherungsmaßnahmen, die verhindern, dass politische Beliebigkeit und Wahlkämpfe sich der Mindestlohnfestsetzung bemächtigen. Dazu sind – neben einer gewissen institutionellen Unabhängigkeit des zur Festsetzung berufenen Gremiums – vor allem zwei materielle Schranken denkbar:

- Einmal lässt sich festlegen, dass der Mindestlohn nicht mehr als einen feststehenden Prozentsatz der Arbeitnehmer in Deutschland erfassen darf – dies vor allem zum Schutz der Tarifautonomie vor Austrocknung. Die richtige Zahl liegt irgendwo zwischen den ganz und gar unschädlichen etwa 3 % der Arbeitnehmer, die in Großbritannien vom Mindestlohn erfasst werden und den durchaus schon schädlichen etwa 16 % der vom SMIC erfassten Arbeitnehmer in Frankreich¹¹¹.
- Zweitens könnte eine feste Koppelung des Mindestlohns mit der sozialen Grundsicherung nicht nur das Lohnabstandsgebot wahren, sondern jede politisch gewollte Erhöhung des Mindestlohns auf Kosten der Arbeitgeber notwendig mit einer Erhöhung der Grundsicherung verbinden, so dass auch der Staat mehr zahlen muss und den Arbeitgebern nur zumuten kann, was ihn selbst trifft.

So oder so: Bevor der Staat mit immer neuen Branchen einen Flickenteppich unterschiedlichster sektoraler Mindestlöhne errichtet, ist ein allgemeiner

110 Beschluss 10d der Abteilung Arbeits- und Sozialrecht des 68. Deutschen Juristentags 2010, S. 7, abzurufen unter www.djt.de/djtmedia/files/68_djt_beschluesse.pdf.

111 *Regnard*, Statistik kurz gefasst – Mindestlöhne 2007, S. 5, abzurufen unter http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/-/ITY_OFFPUB/KS-SF-07-071/DE/KS-SF-07-071-DE.PDF.

Mindestlohn besser – oder doch wenigstens: weniger schädlich¹¹². Ordnungspolitische Alternative ist und bleibt der Verzicht auf jeden Mindestlohn und dafür eine sozial- oder steuerrechtliche Flankierung für Geringverdiener nach dem amerikanischen Modell der *Earned Income Tax* (negative Einkommenssteuer)¹¹³. Dazu hatte sich immerhin der Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion seinerzeit in Leitsatz III 3: „Löhne und sonstige Arbeitsbedingungen werden nicht vom Staat, sondern durch freie Vereinbarungen von Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden und Arbeitgebern festgelegt“¹¹⁴ positioniert. Der derzeit beschrittene Mittelweg ist jedenfalls schlechter als beide ordnungspolitisch klaren Positionen.

112 *Eichhorst/Marx/Thode*, Atypische Beschäftigung und Niedriglohnarbeit, Bertelsmann Stiftung 2010, S. 8, 47, abzurufen unter www.bertelsmann-stiftung.de/bst/de/media/xcms_bst_dms_31250_31251_2.pdf.

113 *Friedman* (Fn. 28), S. 227 ff.; *Peter*, Der amerikanische Earned Income Tax Credit als Beispiel einer „make work pay“-Strategie, *IW-Trends* 3/2005, S. 2 ff., abzurufen unter www.iwkoeln.de/Portals/o/pdf/trends03_05_1.pdf; *Lesch*, *IW-Trends* 4/2004, S. 15.

114 Ähnlich aber bereits eingeschränkt das Lippenbekenntnis in § 1 Abs. 1 MiArbG: „Die Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen erfolgt grundsätzlich in freier Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien durch Tarifverträge.“