

Mindestlöhne

Platter, Julia

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Platter, J. (2009). *Mindestlöhne*. (Wahlperiode Brandenburg, 4/37). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-52499-2>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Parlamentarischer Beratungsdienst

Mindestlöhne

Bearbeiterin: Dr. Julia Platter

Datum: 1. Mai 2009

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

I.	Der Mindestlohn – eine begriffliche Näherung.....	3
II.	Individualarbeitsrechtliche Ansprüche auf Zahlung eines Mindestlohns?.....	5
	1. Individueller Anspruch auf Mindestlohn – menschen- und grundrechtliche Anknüpfungspunkte?.....	5
	2. Individueller Anspruch auf einen Mindestlohn bei auffälligem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung („sittenwidriger Hungerlohn“)?.....	6
III.	Staatliche Regulierung der Lohnhöhe in Deutschland seit 1949 bis heute.....	7
	1. Gesetzliche Regelungen in der Deutschen Demokratischen Republik.....	7
	2. Nachkriegsgesetzgebung in der Bundesrepublik: weitgehender Verzicht auf staatliche Lohnfindung und -regulierung.....	8
	a) Das Tarifvertragsgesetz (TVG).....	9
	b) Das Heimarbeitsgesetz (HAG).....	10
	c) Das Mindestarbeitsbedingungsgesetz (MiArbG) a. F.....	11
	3. Das bundesdeutsche Tarifsysteem: jahrzehntelange Funktionstüchtigkeit und späterer Niedergang?.....	11
	4. Das Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) von 1996.....	12
IV.	Mindestlöhne nach der Neukonzeption von AEntG und MiArbG 2009.....	17
	1. Die Novellierung des MiArbG.....	18
	a) Grundstruktur.....	18
	b) Verfahrensablauf zur Festsetzung eines Mindestarbeitsentgelts in einem Wirtschaftszweig.....	18
	2. Die Novellierung des AEntG.....	22
	a) Aufnahme neuer Branchen.....	22
	b) Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Rechtsverordnung zur Erstreckung von Tarifverträgen.....	23
	aa) Einmaliges Vorschaltverfahren.....	23
	bb) Gemeinsamer Antrag der Tarifparteien.....	24
	cc) Verdrängung anderer Tarifverträge	24
	3. Die neue Mindestlohngesetzgebung in der Bundesrepublik: Bemerkungen.....	26
V.	Ansätze der Landesgesetzgeber zur Durchsetzung eines Mindestlohnes.....	28
	1. Tariftreueklauseln im Vergaberecht der Länder.....	28
	2. Der Entwurf eines Bayerischen Mindestlohngesetzes.....	30
	3. Bestehende Optionen der Landesgesetzgeber?.....	31

I. Der Mindestlohn – eine begriffliche Näherung

Unter einem Mindestlohn (engl. <minimum wage>) wird international ein Mindestentgelt verstanden, das den Arbeitnehmern für ihre Arbeitsleistung unabhängig von individuellen Vereinbarungen gezahlt werden muss. Die Berechnungsbasis kann ein Stunden-, Tages- oder Monatslohn sein. Die Verbindlichkeit eines festgesetzten Mindestlohnes kann sich aus einem Gesetz, also einem staatlichen Hoheitsakt (gesetzlicher Mindestlohn), oder aus einer für einen Großteil der Beschäftigten verbindlichen Festlegung der Tarifpartner (Gewerkschaften und Arbeitgeber) durch eine Vereinbarung (Tarifvertrag) ergeben (tariflicher Mindestlohn). Teilweise werden Mindestlöhne auch in einer Kombination beider Verfahren, wie die gesetzliche Festsetzung eines Mindestlohnes unter Beteiligung der Tarifparteien, bestimmt.¹

Der festgelegte Mindestlohn kann für den Gesamtstaat oder nur für eine Region Wirkung entfalten. Er kann auch auf bestimmte Branchen oder Arbeitnehmergruppen begrenzt sein. In der einen oder anderen Form gibt es in mehr als 90 % aller Staaten Regelungen zu einem gesetzlichen oder tariflichen Mindestlohn.² Trotz dieser auf den ersten Blick weltweit fast flächendeckend bestehenden Regelungen zu Mindestlöhnen sind diese allerdings wegen der sehr unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedingungen in den einzelnen Staaten und den unterschiedlich ausgeprägten Sozialsystemen nur sehr begrenzt miteinander vergleichbar.³ Das gilt selbst für die Mindestlohnregelungen innerhalb Europas.⁴

Der Mindestlohn gehört zum Recht des Arbeitsschutzes, da durch ihn das faktische Ungleichgewicht zu Lasten des Arbeitnehmers bei der Aushandlung des Arbeitslohnes beseitigt werden soll. Wie hoch er jeweils anzusetzen ist oder wäre und wie dies verfahrens-

1 ILO – Information Sheet No. W-1, Minimum wages policy (2006), hrsg. vom International Labour Office, Social Protection Sector, Conditions of Work and Employment Programme, abrufbar unter <http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/infosheets/index.htm> [11. Februar 2009].

2 ILO – Information Sheet No. W-1 (Fn. 1), siehe auch folgende Datenbanken:

1. ILO-Mindestlohndatenbank

www.ilo.org/travaildatabase/servelet/minimunwages

2. OECD-Mindestlohndatenbank

http://www.oecd.org/document/34/0,3343,en_2649_33927_40917154_1_1_1_1,00.html

3. Eurostat-Mindestlohndatenbank

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu>

3 Eine Übersicht gibt *Schulten*, WSI-Mindestlohnbericht 2009, Berichte des WSI, WSI-Mitteilungen 3/2009, S. 150, verfügbar über <http://www.boeckler.de/119.html> [24. März 2009].

4 Siehe beispielsweise zu einem Vergleich der Mindestlohnregelungen in Frankreich und Großbritannien *Bösch-Supan*, Mindestlöhne: Für und Wider – Mindestlöhne vermeiden Armut nicht, ifo-Schnelldienst 61. Jahrgang, 6/2008, S. 37 (39), abrufbar unter <http://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/ifoHome/B-politik/90spezial/Mindestlohn> [17. Februar 2009].

rechtlich erfolgt, ist international Gegenstand verschiedenster Modelle und Diskussionen. In verschiedenen Zusammenhängen wird mit dem Mindestlohn der Anspruch verbunden, dass der Mindestlohn seinem Empfänger, jedenfalls im Falle seiner Vollzeitbeschäftigung, das (soziale) Existenzminimum garantieren soll. Sofern dieses Kriterium im Vordergrund steht, orientiert sich die Höhe des Mindestlohns an der Bedürftigkeit des Empfängers. Jedoch ist der Mindestlohn keine Form der staatlichen Sozialleistung. Denn auch der Mindestlohn bleibt Gegenleistung in einem privatrechtlichen Beschäftigungsverhältnis. Der Mindestlohn soll daher zugleich den wirtschaftlichen Wert einer Arbeitsleistung abbilden.⁵ Je nach seiner Gestaltung kann der Mindestlohn damit einerseits sittenwidrigen Lohnwucher zu Lasten des Arbeitnehmers verhindern helfen. Er kann jedoch andererseits den tatsächlichen Marktwert der Arbeitsleistung zu Lasten des Arbeitgebers verzerren und – so die Befürchtung der Kritiker – die Volkswirtschaft mit negativen Auswirkungen auch für die Arbeitnehmer schwächen.

In der Bundesrepublik gab und gibt es kein „Mindestlohngesetz“, das einem Arbeitnehmer dezidiert – unabhängig von der Art seiner Tätigkeit und/oder unabhängig von der Mitgliedschaft in einer Arbeitnehmerkoalition (Gewerkschaft) – unmittelbar einen Anspruch auf einen bestimmten Mindestlohn in Höhe eines bestimmten Mindesteinkommens gewährt.⁶ Die Entlohnung der Arbeitnehmer in Deutschland war lange Zeit im Wesentlichen durch die (Branchen-)Tarifverträge als kollektive Vereinbarungen zwischen den Koalitionen der Arbeitgeber und denen der Arbeitnehmer bestimmt. Die bisher existierenden Lohnfindungsverfahren mit staatlicher Beteiligung knüpfen ganz überwiegend an tarifliche Vereinbarungen an; selbst das Ende April 2009 in Kraft getretene novellierte Mindestarbeitsbedingungsgesetz (MiArbG, siehe dazu ausführlich S. 18 ff.) löst sich zwar von tariflichen Vorgaben, trifft aber nur Verfahrensregelung zur Bestimmung eines Mindestlohns „in einem Wirtschaftszweig“.⁷ Dennoch betrat der Gesetzgeber mit diesem Gesetz Neuland, weil der Exekutive nunmehr ein originär staatlich gesteuertes Lohnfindungsverfahren zur Verfügung

5 *Bieback/Kocher*, Juristische Fragen der gesetzlichen Festlegung eines Mindestentgelts durch Allgemeinverbindlicherklärung oder Verweis auf unterste Tarifentgelte, in: *Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer* (Hrsg.), *Tarifgestützte Mindestlöhne*, 2007, S. 43.

6 Viel zitiertes Gegenbeispiel: der Mindestlohn in Frankreich SMIC (salaire minimum de croissance) auf der Grundlage des Code du travail (3^e partie, Livre II, Titre III, Chapitre 1er, Articles L 3131-1 et suivants) und die dazu aktuell erlassene Verordnung (Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, Arrêté du 25 avril 2008 relatif au relèvement du salaire minimum de croissance, abrufbar unter <http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp> [23. März 2009]), mit der der Mindestlohn auf 8,63 € festgesetzt wird.

7 Siehe zu – hier der Übersichtlichkeit halber nicht dargestellten – weiteren Ausnahmen und Einzelheiten *Lakies*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, 2. Aufl. 2006, Anhang 1 zu § 5, *Staatliche Vergütungskontrolle im Arbeitsrecht*, Kap. I. „Vergütungsregulierung als Ausnahmebestand“, S. 1386 ff.

steht. Insofern stehen mit dieser Gesetzgebung viele wirtschaftspolitische Grundannahmen, die die Bundesrepublik mit ihrem Verzicht auf eine Mindestlohngesetzgebung jahrzehntelang prägten, zur Disposition.

In der folgenden Darstellung werden zunächst die individuellen Ansprüche auf eine Mindestentlohnung (dazu II.) und daraufhin die Entwicklung derjenigen Instrumente betrachtet, die – einerseits durch den Bundesgesetzgeber (dazu III. und IV.), andererseits durch den Landesgesetzgeber (dazu V.) – eine staatliche Einwirkung auf die Lohnfindung gestatten. Der Fokus liegt dabei auf der Beschreibung der rechtlichen Entwicklung, bei der bemerkenswerterweise in jüngster Zeit wieder auf Konzepte aus den frühen Jahren der Bundesrepublik zurückgegriffen wird. Die Frage, ob diese Instrumente zu einer gerechteren oder sozial ausgewogeneren Wirtschaftsordnung führen oder im Gegenteil für die Betroffenen nutzlos oder volkswirtschaftlich gar schädlich sind, ist nicht Gegenstand der Darstellung. Ebenso wenig wird in dieser Darstellung vertieft der Frage nachgegangen, welche Grenzen die verfassungsrechtlich abgesicherte Tarifautonomie einer staatlichen Lohnregulierung setzt. Die politische Diskussion in der Regierungskoalition auf Bundesebene ist indes noch nicht abgeschlossen. So steht insbesondere die geplante gesetzliche Regelung zur Bestimmung einer Lohnuntergrenze für Leiharbeiter noch aus.⁸

II. Individualarbeitsrechtliche Ansprüche auf Zahlung eines Mindestlohns?

1. Individueller Anspruch auf Mindestlohn – menschen- und grundrechtliche Anknüpfungspunkte?

Der Anspruch auf Mindestlohn hat in verschiedene menschenrechtliche Konventionen Eingang gefunden. Er wird dort regelmäßig in einen Zusammenhang mit der Menschenwürde gestellt. Als mehrseitige völkerrechtliche Verträge sind solche Konventionen für die Bundesrepublik Deutschland verbindlich. Allen diesen Rechtsquellen ist jedoch gemein, dass sie dem einzelnen Arbeitnehmer keinen unmittelbaren Anspruch auf Zahlung eines bestimmten Mindestlohnes für eine konkrete Tätigkeit vermitteln. Sie wirken also nicht auf den individuellen Arbeitsvertrag ein. Verschiedentlich werden diese Rechtsquellen jedoch

⁸ Siehe zu den besonderen Interessenlagen im Bereich der Zeitarbeit/Leiharbeit die Entscheidung des ArbG Berlin vom 1. April 2009, 35 BV 17008/08, Pressemitteilung 09/09, einsehbar unter http://www.berlin.de/sen/arbeit/gerichte/presse/09_09.html [8. April 2009], in der das Gericht die Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalservice (CGZP) für nicht tariffähig erklärt hat. Dies hat möglicherweise für die Arbeitgeber (!) die Folge, dass sie aufgrund des Equal-pay-Grundsatzes gem. § 9 Nr. 3 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) höhere Löhne zahlen müssen, als die in den nunmehr hinfälligen Tarifverträgen mit der CGZP vorgesehenen; siehe auch Handelsblatt vom 2. April 2009, S. 4 „Tarifverträge für Zeitarbeiter sind ungültig“.

herangezogen, um zu begründen, dass der Gesetzgeber in der Pflicht ist, die Arbeitsrechtsordnung entsprechend zu gestalten.

So verpflichteten sich beispielsweise die Konventionspartner der auch von der Bundesrepublik ratifizierten Europäischen Sozialcharta (in der von der Bundesrepublik angenommenen Fassung von 1961)⁹ in Art. 4 Nr. 1 (Recht auf ein gerechtes Arbeitsentgelt), das Recht der Arbeitnehmer auf ein Arbeitsentgelt anzuerkennen, welches ausreicht, ihnen und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu sichern. Gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer kommt dieser Bestimmung allerdings kein verbindlicher Rechtscharakter zu.¹⁰

Neben den Menschenrechtskonventionen verknüpfen verschiedentlich auch die Landesverfassungen die Menschenwürde mit einem Anspruch auf menschenwürdige Arbeit oder sogar einem Anspruch auf Mindestlohn. So bestimmt Art. 48 Abs. 3 S. 1 LV, „Die Arbeitnehmer haben ein Recht auf sichere, gesunde und menschenwürdige Arbeitsbedingungen.“ Doch obwohl diese Bestimmung als subjektives Recht formuliert ist, wird gemeinhin davon ausgegangen, dass sie, gleich ähnlichen Bestimmungen in anderen Landesverfassungen (siehe insbesondere Art. 169 Abs. 1 BayVerf),¹¹ nur einen Regelungsauftrag für das Land enthält, indes ebenso wie menschenrechtliche Verbürgungen des Völkerrechts keinen unmittelbaren Anspruch auf Mindestlohn in einem konkreten Arbeitsverhältnis vermittelt.

2. Individueller Anspruch auf einen Mindestlohn bei auffälligem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung („sittenwidriger Hungerlohn“)?

Mit Blick auf die individuellen Arbeitsverträge soll außerdem die so genannte „Hungerlohn-Rechtsprechung“ der Arbeitsgerichte betrachtet werden. Die Arbeitsgerichte haben verschiedentlich auf der Grundlage der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) dem betroffenen Arbeitnehmer ein höheres Entgelt als das vereinbarte/gezahlte Entgelt zugesprochen. Voraussetzung hierfür war jeweils ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem gezahlten Lohn und dem ortsüblichen bzw. tariflichen Lohn. Ein auffälliges Missverhältnis (Sittenwidrigkeit) nahmen die Arbeitsgerichte in mehreren Entscheidungen dann an, wenn der vereinbarte Lohn zu mehr als einem Drittel unter dem ortsüblichen oder tariflichen Lohn lag.¹²

9 Europäische Sozialcharta (European Social Charta [ESC]) vom 18. Oktober 1961 (BGBl. 1964 II S. 1261), in Kraft getreten am 26. Februar 1965 (BGBl. 1965 II S. 1122).

10 BAG, Urteil vom 24. März 2004, 5 AZR 303/03, juris, Rn. 53.

11 Siehe dazu auch unten S. 30.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 2004 hatte sich auch das Bundesarbeitsgericht mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Da der Kläger hier gerade die Sittenwidrigkeit eines Tariflohnes geltend machte, geriet auch die Frage in den Blick, ob ein Tariflohn überhaupt am Maßstab der Sittenwidrigkeit gemessen werden kann. Das Bundesarbeitsgericht beantwortete diese Frage nicht abschließend, stellte jedoch klar, dass aufgrund der verfassungsrechtlichen Verbürgung der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG den zwischen den Tarifparteien ausgehandelten Löhnen und Gehältern eine Richtigkeitsgewähr zukomme, und zwar unabhängig vom Organisationsgrad der einzelnen Gewerkschaften.¹³ Der jeweils geltende Tariflohn sei Ausdruck des objektiven Wertes der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und somit zugleich Maßstab für die Feststellung eines eventuell bestehenden Missverhältnisses. Kein Maßstab sei hingegen ein bestimmter Abstand vom Sozialhilfesatz oder auch die Pfändungsgrenze gem. § 850c ZPO. Auf eine bestimmte Bedürfnislage beim Arbeitnehmer komme es zur Bestimmung des Missverhältnisses ebenfalls nicht an.

Damit ist höchstrichterlich jedenfalls geklärt, dass das individuelle Arbeitsrecht keinen in der Höhe absolut bestimmten oder bestimmbaren objektiven Anspruch auf Entgelt gewährt. Der individuelle Anspruch eines Arbeitnehmers auf ein Mindestentgelt ist vielmehr jeweils abhängig von einem ortsüblichen und daher nach Marktgesetzmäßigkeiten gebildeten Entgelt, also relativ. Ein Mindestlohn, der einem wie auch immer berechneten „absoluten Grundeinkommen“ entspricht, kann anhand dieser Rechtsprechung nicht eingeklagt werden. Insbesondere, wenn auch der Tariflohn oder der ortsübliche Lohn nur minimale Verdienstmöglichkeiten gewährt, verhilft diese Rechtsprechung nicht zu einem „Grundeinkommen“.

III. Staatliche Regulierung der Lohnhöhe in Deutschland seit 1949 bis heute

1. Gesetzliche Regelungen in der Deutschen Demokratischen Republik

Im Arbeitsrecht der planwirtschaftlich gelenkten Wirtschaft der DDR galt gesetzlich zunächst der Grundsatz „Lohn nach Leistung“ auf der Grundlage von Rahmenkollektivverträgen.¹⁴ Erst auf der Grundlage des § 96 des Arbeitsgesetzbuchs (AGB) von 1977¹⁵ wurde

12 LAG Berlin, Urteil vom 20. Dezember 1998, 6 Sa 145/97, juris, Rn. 14; LAG Bremen, Urteil vom 17. Juni 2008, 1 Sa 29/08, juris, Rn. 93; ArbG Wuppertal, Urteil vom 24. Juli 2008, 7 Ca 1177/08, juris, Rn. 29.

13 BAG, aaO. (Fn. 10), Rn. 44, 50.

14 Siehe dazu § 39 Abs. 1 des Gesetzbuches der Arbeit von 1961 (DDR GBl. I S. 27), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. Juni 1968 (DDR GBl. I S. 229).

15 Gesetz der Volkskammer vom 16. Juni 1977 (DDR GBl. I S. 185), in Kraft getreten am 1. Januar 1978.

– und das ist im Rückblick überraschend – den vollbeschäftigten Werkträgern auch gesetzlich ein monatlicher „Mindestbruttolohn“ garantiert. Der gesetzliche „Überbau“ zum Mindestlohn hinkte insofern der Rechtspraxis hinterher, da bereits längere Zeit zuvor vom Ministerrat in Übereinstimmung mit dem Bundesvorstand des Freien Deutschen Gewerkschaftsbundes Mindestlöhne im Verordnungswege festgelegt worden waren.¹⁶

2. Nachkriegsgesetzgebung in der Bundesrepublik: weitgehender Verzicht auf staatliche Lohnfindung und -regulierung

Im Gründungsjahr der Bundesrepublik 1949 war es durchaus nicht vorsehbar, wie sich die staatliche Einflussnahme auf die Lohnentwicklung in der Bundesrepublik entwickeln würde. Das vom Parlamentarischen Rat verabschiedete Grundgesetz war und ist nicht eindeutig auf eine bestimmte „Wirtschaftsverfassung“ festgelegt. Ihm ist insbesondere keine dezidierte Entscheidung für „die kapitalistische Marktwirtschaft“ oder auch „die sozialistische Planwirtschaft“ zu entnehmen. Der Parlamentarische Rat hatte sich jedoch – in Anknüpfung an die bereits in der Weimarer Reichsverfassung von 1919 niedergelegte Koalitionsfreiheit (dort Art. 159, 165 WRV) – in Art. 9 Abs. 3 GG dafür entschieden, einen von staatlicher Rechtssetzung unabhängigen Bereich zu garantieren, in dem frei gebildete Arbeitnehmer- sowie Arbeitgebervereinigungen („Koalitionen“) das Arbeitsleben selbstständig ordnen können.¹⁷ Aus historischer Perspektive diente diese Bestimmung dem Zweck, die Unterdrückung von Gewerkschaften zu verhindern. Sie kommt jedoch der Seite der Arbeitgeber in gleicher Weise zugute.¹⁸ In welcher Hinsicht und mit welcher Reichweite mit diesem Grundrecht auch die Tarifautonomie der „Tarifpartner“ geschützt sein würde, war in der Gründungsphase der Bundesrepublik durchaus noch offen. Schon bald festigte sich dann jedoch die mehrere Jahrzehnte ganz überwiegende Auffassung, dass der Staat sich aus dem Lohnfindungsverfahren zwischen den Tarifpartnern herauszuhalten habe.

16 Siehe dazu die bereits aus dem Jahre 1976, also vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des AGB stammende Verordnung über die Erhöhung des monatlichen Mindestbruttolohns von 350 M auf 400 M und die differenzierte Erhöhung der monatlichen Bruttolöhne bis zu 500 M (GBl. I S. 377), die ihrerseits eine ältere Mindestlohnverordnung aufhebt und die nach Inkrafttreten des AGB fortgalt.

17 Siehe auch BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1977, 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (322 f.) zur rechtshistorischen Entwicklung des Instruments der Allgemeinverbindlicherklärung gegen die „Lohndrückerei“.

18 Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. 2007, Art. 9 Rn. 30.

a) Das Tarifvertragsgesetz (TVG)

Mit dem Tarifvertragsgesetz¹⁹ sollte die Tarifautonomie von Arbeitgebern und Gewerkschaften rechtlich ausgestaltet und den Tarifpartnern eine Grundlage für ihr Zusammenwirken gegeben werden. Bei der Beratung des TVG im Wirtschaftsrat der amerikanischen und britischen Zone (Bizone) in den Jahren 1948-49 standen sich zunächst zwei unterschiedliche Konzeptionen gegenüber, von denen eine einen sehr weitreichenden staatlichen Einfluss auf die Inhalte und die Bindungswirkung von Tarifverträgen sicherstellen sollte. Durchgesetzt hat sich jedoch – auch mit Unterstützung der Gewerkschaften – diejenige, noch heute gültige Konzeption, aufgrund derer Tarifverträge von den Tarifparteien autonom verhandelt und geschlossen werden und keiner staatlichen Prüfung unterliegen.²⁰ Wenige Jahre später erklärte das Bundesverfassungsgericht, dass Art. 9 Abs. 3 GG in einem „Kernbereich“ auch das Recht der sozialen Gegenspieler enthalte, Tarifverträge abzuschließen, also die so genannte Tarifautonomie.²¹

Dem Staat verbleibt nach der Konzeption des TVG die Möglichkeit, über die so genannte Allgemeinverbindlicherklärung auf Antrag einer Tarifvertragspartei gem. § 5 TVG auch „Außensteiter“ einer Branche, d. h. Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die nicht tarifgebunden sind, in den Geltungsbereich des Tarifvertrags mit einzubeziehen. Insofern schränkt § 5 TVG in verfassungsrechtlich zulässiger Weise²² die negative Koalitionsfreiheit, also das Recht der einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, keiner Koalition anzugehören, ein, um eben nicht durch deren Kollektivvereinbarungen gebunden zu sein. Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen und die verfahrensrechtlichen Hürden für eine Allgemeinverbindlicherklärung sind relativ hoch. Bedingung ist zunächst, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter den (sachlichen) Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG); der in den Blick genommene Tarifvertrag muss also ein beachtliches tarifpolitisches Gewicht erlangt haben. Darüber hinaus muss die Allgemeinverbindlicherklärung im „öffentlichen Interesse“ geboten erscheinen (§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TVG). Dabei besteht das öffentliche Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbeson-

19 Gesetz vom 9. April 1949 (WiGBl. 1949, S. 55), in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert durch Artikel 223 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

20 Siehe dazu die Darstellung bei *Däubler*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2. Aufl. 2006, Einleitung, Rn. 36 ff.

21 BVerfG, Urteil vom 18. November 1954, 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 (106 f.), seither ständige Rechtsprechung; siehe zum Arbeitsentgelt als Bestandteil der Tarifautonomie insbesondere BVerfG, Beschluss vom 3. April 2001, 1 BvL/32/97, juris, Rn. 42.

22 BVerfG, Beschluss vom 15. Juli 1980, 1 BvR 24/74 und 439/79, BVerfGE 55, 7 (LS und S. 22).

dere in der Sicherung arbeitsrechtlicher Mindeststandards, mithin also auch der fairen Entlohnung.²³

Für eine Allgemeinverbindlicherklärung muss das zuständige Ministerium das Einvernehmen mit dem so genannten Tarifausschuss (siehe § 5 Abs. 1 S. 1 TVG) herstellen, der aus je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zusammengesetzt ist. Lehnt der Tarifausschuss die Allgemeinverbindlicherklärung ab, liegt ein Einvernehmen im Sinne von § 5 Abs. 1 TVG nicht vor. Der Tarifausschuss entscheidet dabei durch Mehrheitsbeschluss (§ 3 Abs. 1 TVGDV²⁴). Auf diese Weise ist sichergestellt, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nicht gegen den Willen einer Seite (Arbeitgeber oder Arbeitnehmervertreter) ergehen kann.²⁵

b) Das Heimarbeitsgesetz (HAG)

Ein Verfahren zur staatlichen Festsetzung von Löhnen enthält dagegen das HAG aus dem Jahre 1951.²⁶ Das langsame, im Abschluss von immer „besseren“ Tarifverträgen zum Ausdruck kommende Erstarken der Koalitionen (Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) kam den Heimarbeitern durch die Besonderheiten ihrer Tätigkeit nicht zugute, so dass hier, anknüpfend an die Vorkriegsgesetzgebung, ein staatlich gesteuertes Lohnfindungsverfahren (wieder) eingeführt wurde. Die dafür eingerichteten Heimarbeitsausschüsse, die unter dem Vorsitz eines Vertreters der zuständigen Arbeitsbehörde paritätisch mit Vertretern der Auftraggeber und der Beschäftigten besetzt sind, können gem. § 19 HAG bindende Festsetzungen zum Entgelt treffen. Das Bundesverfassungsgericht hielt diese (Kern-) Bestimmung des HAG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1973 für vereinbar mit Art. 9 Abs. 3 GG.²⁷

23 BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 1977, 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (324).

24 Verordnung zur Durchführung des Tarifvertragsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. Januar 1989 (BGBl. I S. 76), zuletzt geändert durch Artikel 434 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

25 Nur ein sehr kleiner und zudem sinkender Anteil der Tarifverträge in Deutschland wird für allgemeinverbindlich erklärt (von 5,4 % der Tarifverträge im Jahre 1991 zu 1,5 % der Tarifverträge im Jahre 2008), siehe dazu die Angaben bei *Bispinck/Schulten*, Re-Stabilisierung des Flächentarifvertragssystems, WSI-Mitteilungen 4/2009, S. 202 (204); siehe zum aktuellen Stand der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge (einschließlich der auf der Grundlage des AEntG durch Rechtsverordnung allgemeinverbindlich erklärten) das Verzeichnis des BMAS, einsehbar unter www.bmas.de/coremedia/generator/25382/property=pdf/arbeitsrecht__verzeichnis__allgemeinverbindlicher__tarifvertraege.pdf [23. Februar 2009].

26 Heimarbeitsgesetz (HAG) vom 14. März 1951 in der im BGBl. III, Gliederungsnummer 804-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 225 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

27 BVerfG, Beschluss vom 27. Februar 1973, 2 BvL 27/69, juris, Rn. 34 ff.

c) Das Mindestarbeitsbedingungsgesetz (MiArbG) a. F.

Einen gegenüber der erstarkenden Tarifautonomie gegenläufigen Akzent schien zunächst das MiArbG a. F. aus dem Jahre 1952 zu setzen.²⁸ Dieses Gesetz ermöglichte die staatliche Festsetzung von „Mindestarbeitsbedingungen“ zur Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen jeweils für bestimmte Wirtschaftszweige und Beschäftigungsarten. Das MiArbG a. F. ging auf eine Initiative der damals in der Opposition befindlichen SPD-Fraktion zurück.²⁹ Die SPD wollte mit diesem Gesetz einen ausreichenden sozialen Schutz für alle Beschäftigten schaffen; die Arbeitskraft sollte nicht zu einer Ware werden, deren Wert Angebot und Nachfrage unterliegt.³⁰ Die Arbeitgebervereinigungen lehnten das Gesetz wegen der bereits damals bestehenden, aus ihrer Sicht fast lückenlosen Tarifvereinbarungen ab. Nach langwierigen Ausschussberatungen trat das Gesetz nach Zustimmung des Bundesrates am 11. Januar 1952 in Kraft. Beim MiArbG a. F. handelte es sich um ein reines Organisationsgesetz, das keine materiell-rechtlichen Vorschriften über die Lohnhöhe enthielt, sondern nur das Verfahren zur staatlichen Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen regelte. Das bereits erlassene Heimarbeitsgesetz hatte in vielen Punkten Vorbildfunktion auch für das MiArbG a. F.³¹

Das MiArbG a. F. hat in den folgenden Jahrzehnten jedoch faktisch keine Bedeutung erlangt und war lange Zeit regelrecht „in Vergessenheit“ geraten. Auch SPD und Gewerkschaften, die das Gesetz im Gesetzgebungsverfahren unterstützt hatten, haben sich nach seinem Inkrafttreten nicht für seine Anwendung stark gemacht.³²

3. Das bundesdeutsche Tarifsystem: jahrzehntelange Funktionstüchtigkeit und späterer Niedergang?

Die folgenden Jahrzehnte wurden von den Koalitionen, insbesondere von den Gewerkschaften, als „Erfolgsgeschichte“ wahrgenommen. Das Tarifvertragsgesetz und die darin

28 MiArbG a. F.: Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11. Januar 1952 (BGBl. I S. 17, siehe auch BGBl. III, Gliederungsnummer 802-2), zuletzt geändert durch Art. 224 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

29 BT-Drs. 1/525.

30 BT-Drs. 1/525, BT-Drs. 1/2697.

31 *Peter*, in: *Peter/Kempen/Zachert*, Rechtliche und rechtspolitische Aspekte der Sicherung von tariflichen Mindeststandards, Rechtsgutachten für das Ministerium für Wirtschaft und Arbeit des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf, Januar 2003, S. 83 f.

32 *Peter*, aaO. (Fn. 31), S. 88 f.

ausgestaltete Tarifautonomie erwiesen sich als tragende Säulen des bundesdeutschen kollektiven Arbeitsrechts. Die Gewerkschaften konnten in vielen Branchen regelmäßige Lohnsteigerungen, später dann Arbeitszeitverkürzungen durchsetzen und Arbeitsbedingungen verbessern. Prägend für das Tarifsystem in Deutschland war lange Jahre der so genannte Flächentarifvertrag. Flächentarifverträge werden jeweils für eine ganze Branche bzw. einen Wirtschaftszweig mit einem bestimmten räumlichen Geltungsbereich („Fläche“) abgeschlossen. Ein (nur relativ kleiner) Teil der Arbeitsverhältnisse unterfällt den sog. Haus- oder Firmentarifverträgen, bei denen der organisierten Arbeitnehmerschaft nur ein Arbeitgeber als Vertragspartner gegenüber tritt. Viele Jahre garantierte dieses Lohnfindungsverfahren den meisten Arbeitnehmern eine wenigstens auskömmliche Entlohnung, so dass aus Sicht der meisten Arbeitnehmer oder jedenfalls ihrer Spitzenverbände kein Anlass für eine Mindestlohndebatte bestand.³³ In den letzten Jahren stieg indes der Anteil derjenigen Arbeitsverhältnisse, die keiner Tarifbindung unterliegen.³⁴ Die Gründe dafür sind vielfältig. Diese „Erosion des Tarifsystems“ wird gerade von gewerkschaftlicher Seite angeführt, um die Notwendigkeit einer Mindestlohngesetzgebung zu begründen. Darüber hinaus hat sich auch der so genannte „Niedriglohnsektor“ insgesamt vergrößert, was allerdings auch durch die gesetzgeberischen Erleichterungen für so genannte geringfügige Beschäftigungsverhältnisse herbeigeführt wurde.³⁵

4. Das Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) von 1996

Im Jahre 1996 erweiterte der Bundesgesetzgeber nach langer Abstinenz den Bereich der staatlich gesteuerten Lohnfindung durch das AEntG (im Folgenden mit AEntG a. F. bezeichnet)³⁶, allerdings zunächst nur für die Baubranche. Der Anlass war die Expansion der

33 Dass dieses Lohnfindungsverfahren auch diskriminierende Wirkungen gegenüber bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern entfaltete, wie die noch bis in die sechziger Jahre übliche Einstufung von überwiegend durch Frauen ausgeführten Arbeiten in „Frauenlohngruppen“ und später „Leichtlohngruppen“ (siehe dazu beispielsweise den Zehnten Bericht der Bundesregierung über die Art, den Umfang und den Erfolg der von ihr oder den Länderregierungen vorgenommenen Beanstandungen betreffend die Anwendung des Artikels 119 EWG-Vertrag über gleiches Entgelt für Männer und Frauen, BT-Drs. 13/3120) oder die Schlechterstellung von Teilzeitbeschäftigten, steht auf einem anderen Blatt.

34 Siehe dazu *Bispinck*, Das deutsche Tarifsystem in Zeiten der Krise – Streit um Flächentarif, Differenzierung und Mindeststandards, WSI Mitteilungen 7/2003; zu den Gründen für diese Entwicklung siehe auch *Däubler*, aaO. (Fn. 20), Rn. 19; *Schäfer*, Entwicklungsland Deutschland: Niedriglohnregulierung, in: Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer (Hrsg.), Tarifgestützte Mindestlöhne, 2003, S. 9 (13 ff.).

35 Siehe zu diesem Zusammenhang *Brenke/Eichhorst*, Mindestlohn für Deutschland nicht sinnvoll, DIW Wochenbericht 9/2007, einsehbar unter <http://www.diw.de/deutsch/produkte/publikationen/26878.html> [28. Februar 2009].

36 Vom 26. Februar 1996 (BGBl. I S. 227), zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3140), aufgehoben durch § 25 des Gesetzes über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen

Bauindustrie in diesen Jahren, die mit der Beobachtung einherging, dass der Aufschwung der Bauindustrie nicht den deutschen Arbeitnehmern zugute kam, sondern vielmehr dazu führte, dass Auftragnehmer aus den Mitgliedstaaten der EG und den sog. Kontingent-Staaten (mehrere Staaten Osteuropas, Türkei), mit denen bilaterale Entsendungsvereinbarungen bestanden, vermehrt billigere Arbeitskräfte aus diesen Staaten zu niedrigen Löhnen beschäftigten (Lohndumping).³⁷ Diesen Entwicklungen wollte die Bundesregierung entgegenwirken, da jene sonst nach ihrer Einschätzung auf Dauer gespaltene Arbeitsmärkte mit den daraus resultierenden Spannungen, die Gefährdung weiterer Arbeitsplätze, die Verschlechterung der Situation von Klein- und Mittelbetrieben der deutschen Bauwirtschaft und die Gefährdung der Tarifautonomie zur Folge gehabt hätten.³⁸

Von Anfang an regelte das AEntG a. F. die „zwingenden Arbeitsbedingungen“ nicht selbst, sondern knüpfte an bereits bestehende Tarifverträge in den vom Gesetz erfassten Branchen (Bauindustrie und Seeschiffahrtsassistenten) an. Durch das AEntG a. F. wurden die Bestimmungen eines gem. § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags auf aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer erstreckt, dies jedoch nur in Bezug auf Mindestentgelt- und Urlaubsbedingungen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AEntG a. F.).

Da sich in den folgenden Jahren die Arbeitgeberseite des Baugewerbes im Tarifausschuss in mehreren Verfahren gegen eine Allgemeinverbindlichkeit auf der Grundlage des § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG aussprach, drohte das AEntG a. F. ins Leere zu laufen.³⁹ Deshalb wurde neben der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG eine neue, erleichterte Form der staatlichen Allgemeinverbindlicherklärung in das AEntG a. F. selbst eingefügt. Nach § 1 Abs. 3a AEntG a. F. konnte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) seit 1999⁴⁰ bei Vorliegen eines Antrags lediglich einer Tarifpartei per Rechtsverordnung bestimmen, dass die Rechtsnormen des Tarifvertrages, dessen Allgemeinverbindlichkeit beantragt wurde, auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden, nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung finden. Im Bereich der Bauwirtschaft konnte also ab diesem Zeitpunkt die Allgemeinverbindlichkeit auch ohne Beteiligung des Tarifausschusses

(BGBl. I 2009, S. 799), siehe dazu unten S. 17.

37 Siehe dazu *Lakies*, aaO. (Fn. 7), S. 1423.

38 GesEntw BReg BT-Drs. 13/2414, Begr. S. 7 f.

39 *Koberski/Asshoff/Hold*, Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2. Aufl. 2002, § 1 Rn. 99.

40 Artikel 10 des Gesetzes zu Korrekturen bei der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte (Korrekturgesetz) vom 19. Dezember 1998 (BGBl. S. 3843).

herbeigeführt werden.^{41 42} Der Verordnungsgeber unterlag bei Anwendung von § 1 Abs. 3a AEntG a. F. nicht dem Erfordernis, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen (vgl. demgegenüber § 5 Abs. 1 S. 1 TVG). Das tarifpolitische Gewicht desjenigen Tarifvertrages, der zur Grundlage einer Rechtsverordnung werden sollte, war nunmehr allein im Rahmen der Ermessenserwägungen des zuständigen Ministers beim Erlass der Verordnung zu berücksichtigen.⁴³

Während in der ursprünglichen Fassung des AEntG a. F. automatisch die unterste Lohngruppe zum Mindestentgelt im Sinne des AEntG a. F. wurde, gestattete das AEntG a. F. seit 1999 überdies, dass Tarifverträge mehr als nur eine Lohngruppe als „Mindestentgeltsätze“, also so genannte Tarifgitter, beispielsweise gestaffelt nach Qualifikation, enthalten.⁴⁴

Das Bundesverfassungsgericht sah in diesem neuen Instrument weder einen Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG noch einen Verstoß gegen die ebenso bestehende negative Koalitionsfreiheit. Weder würden Außenseiter zwangsweise zu Mitgliedern von Koalitionen gemacht, noch würden sie daran gehindert, sich zu eigenen Koalitionen zusammenzuschließen. Allein die Wahl einer anderen Rechtsform (Rechtsverordnung statt Allgemeinverbindlicherklärung) für die Erstreckung eines Tarifvertrages auf Außenseiter ändere nichts daran, dass die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen verfassungsrechtlich gerechtfertigt sei.⁴⁵

41 *Willemsen/Sagan*, Mindestlohn und Grundgesetz – Staatliche Lohnfestsetzung versus Tarifautonomie, NZA 2008, 1216 (1217).

42 Siehe das Verzeichnis des BMAS, in dem auch die durch Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge genannt werden, aaO. (Fn. 25).

43 Siehe dazu ausführlich *Koberski/Asshoff/Hold*, aaO. (Fn. 39), § 1 Rn.119 mit Darstellung der abweichenden Meinungen.

44 Art. 10 Korrekturgesetz, aaO. (Fn. 40).

45 BVerfG, Kammerbeschluss vom 18. Juli 2000, 1 BvR 948/00, juris, Rn. 6.

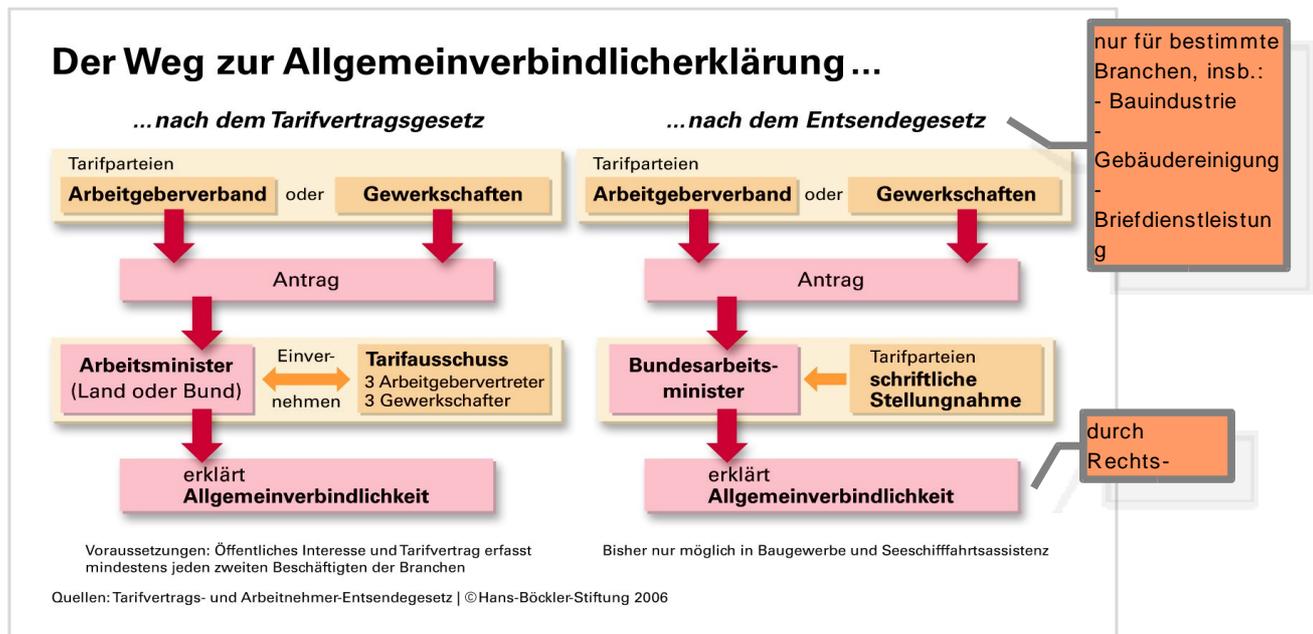


Abbildung 1: Darstellung der Rechtslage gem. dem AEntG a. F.
(auf der Grundlage einer Darstellung der Hans-Böckler-Stiftung, ergänzt durch die Verfasserin)

Trotz der in gewissem Maße protektionistischen Tendenzen des AEntG a. F. stellte sich die Frage der Vereinbarkeit eines solchen Gesetzes mit der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit im Grundsatz nicht, da der Europäische Gerichtshof bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1990⁴⁶ erklärt hatte, dass die nationalstaatliche Erzwingung von arbeitsrechtlichen Mindestlohnvorschriften für alle Arbeitnehmer im eigenen Land, sei es im Wege der gesetzlichen Anordnung, sei es im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, mit der Dienstleistungsfreiheit im Einklang stehe. Denn Mindestlohnvorschriften ließen sich mit zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses rechtfertigen. Ende des Jahres 1996 erging überdies die sog. Entsenderichtlinie⁴⁷, die für jede Art von Tätigkeit die Mindeststandards des Empfangsstaates für anwendbar erklärt.

Das noch vor dem Inkrafttreten der Entsenderichtlinie in Kraft getretene AEntG a. F. wurde im Weiteren mit mehreren Änderungen⁴⁸ den Vorgaben der Entsenderichtlinie angepasst. In zwei Entscheidungen⁴⁹ erklärte der Europäische Gerichtshof die Regelungen des

46 EuGHE 1990, 1417 N. 18 – *Rush Portuguesa*.

47 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. L 018 vom 21. Januar 1997, S. 1).

48 Dies waren insbesondere Art. 10 des Ersten SGB III-Änderungsgesetzes vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2910) und Art. 10 des Korrekturgesetzes, aaO. (Fn. 40); zu weiteren, teils redaktionellen Änderungen siehe die Nachweise bei *Lakies*, aaO. (Fn. 7), S. 1420 f.

AEntG a. F. in der an die Entsenderichtlinie angepassten Fassung für europarechtskonform.

Im Jahr 2007 wurden das Gebäudereinigerhandwerk⁵⁰ und die Briefdienstleister⁵¹ als Branchen in das AEntG a. F. aufgenommen. Die Aufnahme des Gebäudereinigerhandwerks wurde im Gesetzentwurf der Bundesregierung damit begründet, dass – wie im Bauhandwerk auch – für diese lohnintensive Tätigkeit die Arbeit an ständig wechselnden Orten und der Wettbewerb mit ausländischen Anbietern typisch sei. Überdies herrsche hier eine bundeseinheitliche Tarifstruktur, und man sei sich unter den Tarifpartnern über die Aufnahme dieser Branche in das AEntG a. F. einig.⁵²

Die Aufnahme der Briefdienstleistungen in das AEntG a. F. stand unmittelbar damit in Zusammenhang, dass das so genannte Postmonopol der Deutschen Post AG am 1. Januar 2008 auslief. Abgesehen davon, dass hier zwar die Deutsche Post AG als „ehemaliger“ Monopolist, andere Arbeitgeber jedoch keineswegs die Einführung von Mindestarbeitsbedingungen befürworteten, wurde in den Beratungen auch kritisch darauf hingewiesen, dass im Bereich der Briefdienstleister jedenfalls nicht von einer „Entsendeproblematik“ seitens ausländischer Anbieter gesprochen werden könne.⁵³

Die vom BMAS erlassene Rechtsverordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen⁵⁴, mit der ein Mindestlohn-Tarifvertrag im Verfahren nach § 1 Abs. 3a AEntG a. F. nicht nur auf die nicht tarifgebundenen „Außenseiter“, sondern auch auf die an konkurrierende Tarifverträge Gebundenen erstreckt werden sollte, wurde vom OVG Berlin-Brandenburg für verfassungswidrig erklärt.⁵⁵ Das Oberverwaltungsgericht vertrat die Auffassung, dass nur „Außenseiter“ durch eine Verordnung auf der Grundlage von § 1 Abs. 3a AEntG a. F. gebunden werden könnten, nicht jedoch die durch andere Tarifverträge gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. § 1 Abs. 3a AEntG a. F. reiche als Ermächtigungsgrundlage nicht so weit und enthalte insbesondere keine Konkurrenzregel

49 EuGH, Entsch. vom 25. Oktober 2001 – Rs. C-49/98, C-50/98, u. a. – *Finalarte*; Entsch. vom 24. Januar 2002 – Rs. C-164/99 – *Portugaia*.

50 Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 25. April 2007 (BGBl. I S. 576).

51 Zweites Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3140).

52 GesEntw BReg BR-Drs. 620/06, S. 6 f.

53 Beschlussempfehlung und Bericht AArbSoz zu BT-Drs. 16/6735, BT-Drs. 16/7512, S. 4-7.

54 Vom 28. Dezember 2007 (BAnz Nr. 242, S. 8410).

55 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18. Dezember 2008, OVG 1 B 13.08, Entscheidungsumdruck S. 33 f.

oder Ermächtigung für den Ordnungsgeber, zwischen verschiedenen gültigen Tarifverträgen auszuwählen.

So hatte sich mittlerweile das AEntG a. F. von seinem ursprünglichen Zweck entfernt und zu einem – wenn auch branchenbegrenzten – Gesetz zur staatlichen Festsetzung tariflicher Mindestlöhne entwickelt. Zugleich aber haben sich die Grenzen des Konzepts „tariflicher Mindestlohn“ auf der Basis des AEntG a. F. gezeigt. Im Gegensatz zum nie zur Anwendung gelangten MiArbG a. F. knüpft das AEntG a. F. an die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen an und setzt damit für sein Funktionieren handlungsfähige Tarifvertragsparteien, das Zustandekommen von Tarifverträgen und damit grundsätzlich eine hohe Tarifbindung voraus – Bedingungen, die mittlerweile in vielen Branchen und für viele Arbeitnehmergruppen fehlen.⁵⁶ Die schwindende Gestaltungskraft der Tarifpartner für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer ließ deshalb den Ruf nach verstärkter staatlicher Intervention bzw. danach laut werden, die gesetzlichen Instrumente dafür zu schaffen. Eine von den Tarifpartnern und deren Tarifverträgen unabhängige, rein gesetzliche Festsetzung von Mindestentgelten steht der Bundesregierung bisher faktisch nicht zur Verfügung, denn eine Wiederbelebung des noch in Kraft befindlichen, aber nie angewendeten MiArbG a. F. wurde zwar diskutiert, jedoch auch von Befürwortern von Mindestlohnregelungen als unpraktikabel abgelehnt.⁵⁷

IV. Mindestlöhne nach der Neukonzeption von AEntG und MiArbG 2009⁵⁸

Mit dem Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 20. April 2009⁵⁹ einerseits und dem Ersten Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (Min-

56 Siehe dazu die Angaben bei *Bispinck/Schulten*, Re-Stabilisierung des deutschen Flächentarifvertragsystems, aaO. (Fn. 25).

57 *Peter*, aaO. (Fn. 31), S. 97.

58 Die vom Koalitionsausschuss am 12. Januar 2009 getroffene Vereinbarung, für die Zeitarbeitnehmer eine spezielle Lohnuntergrenze (Mindestlohn) im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) zu etablieren, war zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Darstellung noch nicht als Gesetzentwurf der Bundesregierung oder der Regierungsfraktion in das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren eingebracht (vgl. dazu Kleine Anfrage der Abg. *Pothmer* [BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN], BT-PIPr 14/204, Anlage 13, S. 22082 vom 11. Februar 2009).

59 BGBl. I S. 799.

destarbeitsbedingungengesetz – MiArbG) vom 22. April 2009⁶⁰ andererseits⁶¹ hat der Bundesgesetzgeber die Möglichkeiten staatlicher Einflussnahme neu konzeptioniert.

Zur Anordnung eines gesetzlichen Mindestlohnes hat der Bundesgesetzgeber mit einigen Anpassungen auf das MiArbG von 1952 zurückgegriffen. Für die Erstreckung von Tariflöhnen (tarifliche Mindestlöhne) gilt für einen erweiterten Kreis von Branchen das neue AEntG. Daneben ist das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung nach dem TVG für Tarifverträge aller Branchen erhalten geblieben. Trotz der Aufteilung auf drei verschiedene Gesetze, die jeweils unterschiedliche materielle und verfahrensrechtliche Regelungen enthalten, steht dahinter das ordnungspolitische Anliegen, gegebenenfalls in stärkerer Weise als bisher auf die Lohnfindung einwirken zu können. Als eine wesentliche Neuerung ist der ordnungsrechtliche Vollzug sowohl des MiArbG als auch des AEntG vollständig den Zollbehörden als Bundesbehörden übertragen worden.

1. Die Novellierung des MiArbG

a) Grundstruktur

Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen a. F. soll in verbesserter Form als Grundlage für Mindestlohnverordnungen in einzelnen „Wirtschaftszweigen“ dienen, in denen es entweder keine Tarifverträge gibt oder nur noch eine Minderheit von Arbeitnehmern tarifgebunden beschäftigt ist. Das novellierte MiArbG ist, wie schon das MiArbG a. F., ein reines Organisationsgesetz, das inhaltlich keine Bestimmungen über die konkrete Lohnhöhe trifft. Die im MiArbG a. F. noch vorhandene Möglichkeit, auch sonstige Arbeitsbedingungen festzusetzen, wurde allerdings abgeschafft.

b) Verfahrensablauf zur Festsetzung eines Mindestarbeitsentgelts in einem Wirtschaftszweig

Das Verfahren zur Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten in einem Wirtschaftszweig ist überarbeitet worden. Es wird durch Vorschläge eingeleitet, die von der Bundesregierung, den Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie von den Landesregierungen eingebracht werden können (§ 3 Abs. 2 MiArbG). Gesetzliche Voraussetzung für den Beginn des Verfahrens zur Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten ist allein, dass in

⁶⁰ BGBl. I S. 818.

⁶¹ Gesetzesbeschluss zu AEntG und MiArbG am 22. Januar 2009, BT PIPr 16/200, S. 21613B; Zustimmung des Bundesrats am 13. Februar 2009, BR PIPr 854, S. 10A.

einem Wirtschaftszweig weniger als 50 % der Arbeitnehmer tarifgebunden beschäftigt sind (§ 1 Abs. 2 MiArbG). Ist dies der Fall, so beschließt der so genannte Hauptausschuss, „ob und in welchem Wirtschaftszweig ‚soziale Verwerfungen‘ vorliegen und (deshalb) Mindestarbeitsentgelte festgesetzt, geändert oder (gemeint ist wohl, soweit soziale Verwerfungen nicht mehr vorliegen) aufgehoben werden sollen“. Hervorzuheben ist, dass der Hauptausschuss nur beschließt, ob Mindestarbeitsentgelte festgesetzt werden, nicht hingegen, wie hoch sie ausfallen sollen. Bei der Entscheidung ist ihm ein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der wirtschaftlichen Lage eingeräumt, wie man an der Formulierung „unter umfassender Berücksichtigung der sozialen und ökonomischen Auswirkungen“ (§ 3 Abs. 1 S. 1 MiArbG) erkennen kann. Dem Hauptausschuss gehören drei Mitglieder an (darunter der Vorsitzende), die vom BMAS vorgeschlagen werden, sowie jeweils zwei Mitglieder auf Vorschlag der Arbeitnehmer bzw. der Arbeitgeber. Der Hauptausschuss ist also, anders als der Tarifausschuss im verwandten Verfahren nach § 5 Abs. 1 S. 1 TVG, kein paritätisch besetzter Ausschuss, sondern soll als Expertengremium fungieren (§ 2 Abs. 2 S. 2 MiArbG); die Mitglieder unterliegen keinerlei Weisungen (§ 2 Abs. 5 Satz 2 MiArbG). Der Beschluss des Hauptausschusses bedarf der Zustimmung des BMAS (§ 3 Abs. 1 S. 3 MiArbG), das damit zu einer eigenständigen Prüfung aufgerufen ist, ob in einem Wirtschaftszweig soziale Verwerfungen vorliegen.

Stimmt das BMAS dem Beschluss des Hauptausschusses zu, beschließen die so genannten Fachausschüsse für die jeweiligen Wirtschaftszweige und Beschäftigungsarten über die Höhe der Mindestarbeitsentgelte (§ 4 Abs. 2 S. 1 MiArbG). Ein Fachausschuss besteht aus einem Vorsitzenden und je drei Beisitzern aus Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber (§ 5 Abs. 1 Satz 1 MiArbG). Der (jeweilige) Fachausschuss soll „im Rahmen einer Gesamtabwägung“ prüfen, ob seine Entscheidung geeignet ist, (1) angemessene Arbeitsbedingungen zu schaffen, (2) faire und gut funktionierende Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten und (3) sozialversicherungspflichtige Beschäftigung zu erhalten (§ 4 Abs. 4 Satz 3 MiArbG). Kriterien, die konkret an die sozialen Bedürfnisse der betroffenen Arbeitnehmer anknüpfen, zum Beispiel daran, wann in einem bestimmten Wirtschaftszweig das Lohnniveau sozial nicht mehr hinnehmbar ist (vgl. demgegenüber die Ansätze der „Hungerlohn-Rechtsprechung“ und die dort diskutierten „Untergrenzen“, S. 7), oder wie die individuelle Höhe eines Grundeinkommens zu bestimmen ist, nennt das Gesetz nicht. Der Fachausschuss kann nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differenzieren (§ 4 Abs. 4 S. 2 MiArbG); er kann also nicht nur ein allgemeines unterstes Mindestarbeitsentgelt, sondern ein Mindestarbeitsentgelt-Tarifgitter beschließen. Auch dieser Beschluss unterliegt wiederum der Prüfung durch das BMAS; hierbei erhält

der Hauptausschuss noch einmal Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 4 Abs. 2 S. 3 MiArbG). Kommt das BMAS zu einem positiven Ergebnis, schlägt es der Bundesregierung die Verabschiedung der Rechtsverordnung vor; (§ 4 Abs. 3 S. 1 MiArbG). Der Vorschlag des Fachausschusses kann dabei nur unverändert in die Rechtsverordnung übernommen werden.⁶²

Im Verhältnis zu den auf diese Weise festgelegten Mindestarbeitsentgelten kommen ungünstigere Tarifverträge nicht mehr zu Anwendung. Sie werden also verdrängt, soweit sie nicht unter die Übergangsregelung des § 8 Abs. 2 MiArbG fallen (§ 8 Abs. 1 S. 1 MiArbG).

62 Siehe GesEntw BReg, BT-Drs. 16/10485, Begr. S.10.

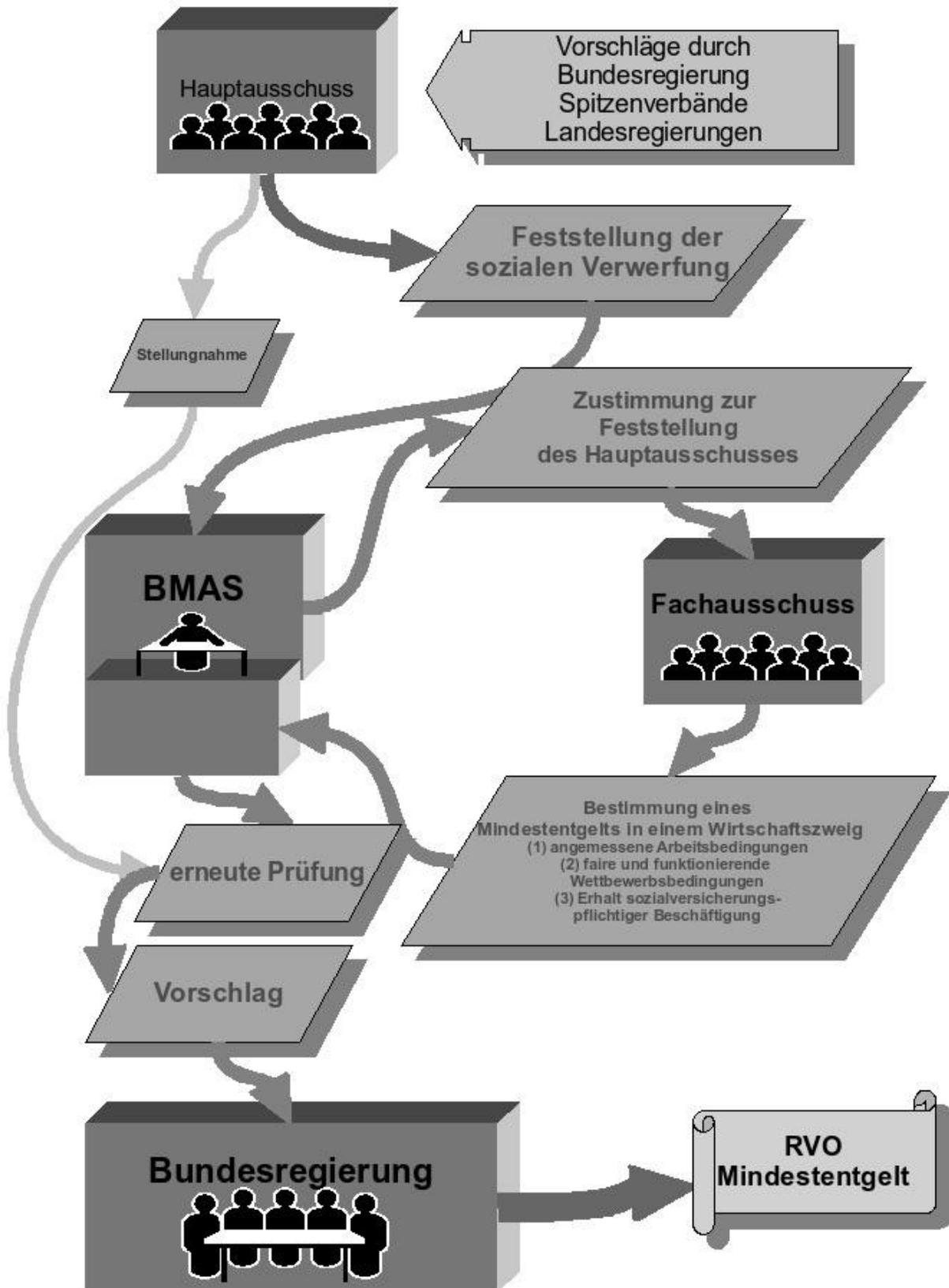


Abbildung 2: Das Verfahren nach dem MiArbG

2. Die Novellierung des AEntG

Das AEntG soll als Nachfolgeregelung des bisherigen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes insgesamt übersichtlicher gestaltet werden und enthält zugleich einige wesentliche Neuerungen. Nur einige herausgehobene Gesichtspunkte sollen hier dargestellt werden.

a) Aufnahme neuer Branchen

Insgesamt werden sechs weitere Branchen in den Geltungsbereich des Gesetzes aufgenommen: die Sicherheitsdienstleistungen, die Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, die Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, die Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst, die Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch (§ 4 Nr. 4 - 8 AEntG) und die Pflegebranche (§ 10 AEntG). Sämtliche Branchen gehören zum Dienstleistungssektor, so dass die Kostenstruktur ihrer Angebote und Leistungen durch einen hohen Personalkostenanteil gekennzeichnet ist.⁶³ Wegen der in der Pflegebranche geltenden besonderen rechtlichen Bedingungen für das kollektive Arbeitsrecht wurde das AEntG um ein besonderes Regelwerk hierfür ergänzt (siehe §§ 10 - 12, „Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche“).⁶⁴ Denn Pflegedienste werden zu einem erheblichen Teil von kirchlich getragenen Pflegeeinrichtungen erbracht, die aufgrund ihrer besonderen verfassungsrechtlichen Stellung ihre Arbeitsbedingungen auf der Grundlage von allgemeinen Richtlinien oder Ordnungen festlegen dürfen. Deren Festlegung obliegt kircheninternen Gremien, die wiederum paritätisch aus gewählten Vertretern der Mitarbeiter und Vertretern des Dienstgebers besetzt sind („Dritter Weg“).⁶⁵

Der Entscheidung des Gesetzgebers darüber, welche Branchen in das AEntG aufgenommen werden sollen, ging eine Form von „Antragsverfahren“ beim BMAS voraus, bei dem die Tarifpartner jedweder Branche bis zum 31. März 2008 gemeinsam die Aufnahme in das AEntG „beantragen“ konnten. Dieses „Antragsverfahren“ war – entgegen der begrifflichen Einkleidung – jedoch kein gesetzlich festgelegtes Antragsverfahren, sondern eher eine Möglichkeit der „Interessenbekundung“ für interessierte Branchen auf der Grundlage einer Koalitionsvereinbarung der Regierungskoalition von SPD und CDU/CSU vom 18. Juni 2007.⁶⁶ In diesem Interessenbekundungsverfahren meldeten sich nur einige wenige Tarif-

63 Siehe dazu Beschlussempfehlung und Bericht AArbSoz BT-Drs. 16/11669, Begr. S. 21.

64 Einfügung auf Empfehlung des AArbSoz, siehe BeschlEmpf BT-Drs. 16/11669, S. 11 und S. 21.

65 Siehe Beschlussempfehlung und Bericht AArbSoz BT-Drs. 16/11669, Begr. S. 21.

66 Text dieser Vereinbarung einsehbar unter http://www.bmas.de/coremedia/generator/25174/2008__03__31__mindestlohn__material.html [24. März

partner, die im Ergebnis alle in den Branchenkatalog des AEntG aufgenommen wurden.⁶⁷ Der Bundesgesetzgeber ist im Übrigen durch den in der Koalitionsvereinbarung gesetzten „Stichtag“ nicht gehindert, weitere Branchen aufzunehmen, muss jedoch hierzu selbstverständlich den Weg der Gesetzesänderung im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren beschreiten.⁶⁸

b) Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Rechtsverordnung zur Erstreckung von Tarifverträgen

Die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Rechtsverordnung, mit der ein Tarifvertrag auf andere Arbeitnehmer und Arbeitgeber erstreckt werden kann, wurde im Grundsatz aus dem AEntG a. F. (dort § 1 Abs. 3a) übernommen, jedoch in einigen Punkten wesentlich verändert (siehe nun § 7 AEntG):

aa) *Einmaliges Vorschaltverfahren*

Erstmals gestellte Anträge der neu einbezogenen Branchen werden zunächst dem Tarifausschuss vorgelegt, also demjenigen Gremium, das im verwandten Verfahren gem. § 5 Abs. 1 S. 1 TVG sein Einvernehmen zur Allgemeinverbindlicherklärung erteilen muss (§ 7 Abs. 5 AEntG). Der Tarifausschuss soll auf diese Weise Gelegenheit erhalten, gesamtwirtschaftliche Erwägungen in die Entscheidung über die Erstreckung eines Tarifvertrags mit einzubringen.⁶⁹ Ein Einvernehmen des Tarifausschusses ist auf der Grundlage von § 7 Abs. 5 AEntG jedoch nicht zwingend erforderlich. Vielmehr kann die Bundesregierung jedenfalls dann eine Rechtsverordnung zur Erstreckung eines Tarifvertrages erlassen, wenn ein Drittel der Mitglieder (zwei von sechs) eine Erstreckung befürwortet. Stimmen zwei Drittel der Mitglieder (vier von sechs) dafür, kann das BMAS aus eigener Kompetenz die Erstreckung verordnen. Der Sinn dieses einmaligen Vorschaltverfahrens für jede neu aufgenommene Branche erschließt sich aus den Materialien nicht ohne Weiteres. Denn nachdem ein Tarifvertrag einer neu aufgenommenen Branche dieses Verfahren durchlaufen hat, kann offenbar für alle folgenden Tarifverträge in dieser Branche auf die Beteiligung des Ta-

2009].

67 Siehe Handelsblatt vom 27. März 2008, S. 3 „Nur wenige Branchen wollen Mindestlöhne. SPD wartet vergeblich auf Antragsflut“; DIE ZEIT vom 27. März 2008, S. 23 „Mindestlohn so nicht! Das Konzept von Arbeitsminister Olaf Scholz versagt: Nur wenige Branchen wollen das Angebot annehmen, ihnen eine Lohnuntergrenze zu verordnen“.

68 Diese Klarstellung scheint geboten, da der besagte „Stichtag“ auch in den Gesetzesmaterialien vielfach ohne Erläuterung seiner „rein politischen“ Herkunft genannt wird.

69 GesEntw BReg BT-Drs. 16/10486, Begr. S. 16.

rifausschusses und dessen Kompetenz zur Einschätzung der gesamtwirtschaftlichen Situation verzichtet werden. Man wird das vorgeschaltete Verfahren als bremsenden Faktor für den Erlass von Erstreckungsverordnungen einordnen müssen.

bb) Gemeinsamer Antrag der Tarifparteien

Anders als in § 1 Abs. 3a S. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 1 AEntG a. F., wonach die Einleitung des Ordnungsverfahrens im BMAS zur Voraussetzung hatte, dass eine Tarifpartei einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung zu einem Tarifvertrag stellt, verlangt die entsprechende Bestimmung in § 7 Abs. 1 Satz 1 AEntG zukünftig einen gemeinsamen Antrag der Tarifparteien. Diese Regelung wurde damit begründet, „dass ein Tarifvertrag branchenbezogen erstreckt wird und eine Branche durch Tarifvertragsparteien auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite repräsentiert wird“.70 § 7 Abs. 1 Satz 1 verlangt also in Zukunft eine Form der Einigkeit unter den Tarifpartnern, deren Fehlen ursprünglich Grund dafür war, das Erstreckungsverfahren im Ordnungswege in das AEntG a. F. überhaupt erst zu implementieren (siehe oben S. 13).

cc) Verdrängung anderer Tarifverträge

§ 7 Abs. 2 und 3 AEntG geben dem Ordnungsgeber erstmals ausdrücklich die Möglichkeit, im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens auszuwählen, welcher von verschiedenen gültigen Tarifverträgen einer Branche gem. § 7 Abs. 1 AEntG auf nicht an ihn gebundene Arbeitgeber erstreckt werden soll. Der auf diese Weise ausgewählte Tarifvertrag geht anderen Tarifverträgen, soweit er günstigere Bedingungen enthält, vor (§ 8 Abs. 2 AEntG).71 Deshalb greift die neue Ordnungsermächtigung tiefer in die Tarifautonomie ein, als es die (verfassungskonforme) Vorgängerregelung § 1 Abs. 3a Satz 1 AEntG a. F. tat. Der Ordnungsgeber kann auf diese Weise nicht nur in dem Bereich tätig werden, in dem die Selbstorganisationskraft der Sozialpartnerschaft versagt („Lückenschluss“ gegenüber Außensternern), sondern auch gegenüber konkret funktionierender Sozialpartnerschaft, wie sie sich in einem abgeschlossenen Tarifvertrag ausdrückt. Ob dies noch mit der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie vereinbar ist, ist eine jedenfalls nicht von der Hand zu weisende Frage. Denn damit wird dem Ordnungsgeber in gewisser Hinsicht die Möglichkeit der Inhaltskontrolle von Tarifverträgen gewährt.

70 BeschlEmpf AArSoz BT-Drs. 16/11669, S. 11 und Begr. S. 21.

71 Die Ermächtigung zur „verdrängenden Verordnung“ war dem Ordnungsgeber unter der Geltung des § 1 Abs. 3a AEntG a. F. vom OVG Berlin abgesprochen worden, siehe oben S. 16f.

Der Ordnungsgeber hat im Konkurrenzfall als erstes Abwägungskriterium „die Repräsentativität des Tarifvertrages zu berücksichtigen“ (§ 7 Abs. 2 S. 1 AEntG). Anders als die verwandte Bestimmung § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG (50%-Klausel) enthält § 7 Abs. 2 S. 1 also kein von vornherein gesetzlich festgelegtes, formales Repräsentativitätsmerkmal, auch wenn auf die Tarifbindung immerhin „vorrangig“ abzustellen ist. Das in diesem Zusammenhang von der Bundesregierung genannte Abgrenzungskriterium zwischen dem MiArbG einerseits und dem AEntG andererseits, „die Abgrenzung erfolge anhand einer Tarifbindung von 50 %“⁷², findet im Wortlaut des AEntG keinen Niederschlag.

Das zweite dem Ordnungsgeber vorgegebene, vorrangig zu berücksichtigende Abwägungskriterium zur Ermittlung der Repräsentativität eines Tarifvertrages ist die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat (§ 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AEntG). Dieses Kriterium wirkt sich tendenziell zugunsten der großen Gewerkschaften aus, auch wenn ausweislich der Gesetzesbegründung nicht ausgeschlossen werden sollte, dass dieses Indiz für die Repräsentativität eines Tarifvertrages „im konkreten Einzelfall widerlegt werden kann“.⁷³

72 Papier des BMAS, Mindestlöhne – ein zentraler Baustein für mehr „gute Arbeit“ in Deutschland, ohne Datum, einsehbar unter http://www.fuer-ein-lebenswertes-land.bmas.de/sites/generator/25930/property=pdf/daten__fakten.pdf [25. März 2009].

73 GesEntw BReg, BT-Drs. 16/10486, Begr. S. 15.

Abbildung 3

Übersicht zur neuen Rechtslage:

Staatliche Anordnungen zur Lohnhöhe

	Gesetzliche Mindestlöhne		Erstreckung von Tariflöhnen	
	MiArbG	AEntG	TVG	
Sachlicher Geltungsbereich des Gesetzes	für alle Wirtschaftszweige	nur für neun Branchen	für alle Branchen	
Form der staatlichen Anordnung	Verordnung	Verordnung	Allgemeinverbindlicherklärung (AVE)	
Voraussetzung	Tarifbindung der Arbeitgeber gegenüber Arbeitnehmern in einem Wirtschaftszweig bundesweit weniger als 50 %	Repräsentativität des Tarifvertrages	Tarifbindung der Arbeitgeber gegenüber Arbeitnehmern mehr als 50 %	
Einleitung des Verfahrens	Bundesregierung, Landesregierung, Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer/Arbeitgeber	gemeinsamer Antrag der Tarifparteien	Antrag einer Tarifpartei	
Reichweite der Anordnung	inländische und ausländische Arbeitgeber eines Wirtschaftszweiges	inländische und ausländische Arbeitgeber im Geltungsbereich des zugrundeliegenden Tarifvertrages	inländische Arbeitgeber im Geltungsbereich des zugrundeliegenden Tarifvertrages	
Vorrang der Anordnung vor (anderen) Tarifverträgen?	ja, wenn günstiger	ja, wenn günstiger	nein	
Mitwirkung der Tarifparteien und/oder Spitzenorganisationen	Beratende Mitwirkung in Hauptausschuss und Fachausschuss	Recht zur Stellungnahme	paritätisch besetzter Tarifausschuss, dessen Einvernehmen zum Erlass der AVE erforderlich ist	

3. Die neue Mindestlohngesetzgebung in der Bundesrepublik: Bemerkungen

Bereits an dieser Stelle sei festgehalten, dass die in den Entwürfen verlautbarte Absicht der Bundesregierung, MiArbG und AEntG – womöglich in Form eines schlüssigen Gesamtkonzepts – übersichtlicher zu gestalten und eine konzise Mindestlohngesetzgebung einzuführen, wohl gescheitert ist. Die beschlossenen Gesetze sind vielmehr komplizierte Kompromisslösungen.

Ein einheitlicher Mindestlohn wird auf der Grundlage der beiden neuen Gesetze nicht geschaffen. Stattdessen wird es eine relativ unübersichtliche Mindestlohnvielfalt geben, die

für den Einzelnen nur schwer zu durchschauen sein wird, denn sowohl nach dem MiArbG als auch nach dem AEntG werden die Mindestentgelte „nach Branche“ bzw. „nach Wirtschaftszweig“ verordnet; überdies werden nach beiden Gesetzen keine schlichten „Lohnuntergrenzen“, sondern (jedenfalls grob) differenzierende Tarifgitter festgesetzt.

„Flächendeckende“ Mindestlöhne garantieren diese Gesetze ebenfalls nicht. Zunächst steht es nicht von vornherein fest, in welchem Umfang von den nun bestehenden Verfahren auch Gebrauch gemacht werden wird. Soweit der Verordnungsgeber auf der Grundlage des MiArbG von sich aus tätig werden kann, ist das dafür erforderliche Verfahren relativ aufwendig, langwierig und bürokratisch. Das AEntG wiederum als dasjenige Gesetz, das bei einer relativ hohen Tarifbindung zur Anwendung kommen soll, bedarf wie erläutert eines gemeinsamen Antrags der Tarifpartner. Es gilt zudem nur für wenige Branchen, verhält sich also nicht kongruent zum MiArbG, das für alle „Wirtschaftszweige“ gilt. Wann das AEntG – soweit es um eine von ihm umfasste Branche geht – im Verhältnis zum MiArbG zur Anwendung kommen kann, ist nicht deutlich, denn der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Grenze der 50%-Tarifbindung spiegelbildlich sowohl im MiArbG (dort ist ihre Unterschreitung tatbestandliche Bedingung) als auch im AEntG (dort ist ihre Überschreitung tatbestandlich nicht erforderlich) abzubilden.

Zudem sind die Gesetze, was die inhaltlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Rechtsverordnung betrifft, nicht vollständig aufeinander abgestimmt. Zwar werden in § 1 AEntG mit den „angemessenen Mindestarbeitsbedingungen“, „fairen und funktionierenden Wettbewerbsbedingungen“ und dem „Erhalt sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung“ Zielsetzungen genannt, die auch die Fachausschüsse gem. § 4 Abs. 3 Nr. 1 - 3 MiArbG zu berücksichtigen haben. Demgegenüber muss der Hauptausschuss im Verfahren nach dem MiArbG zunächst prüfen, ob in einem Wirtschaftszweig „soziale Verwerfungen“ vorliegen. Das BMAS hat wiederum auf der Grundlage des § 7 Abs. 1 S. 2 AEntG das „öffentliche Interesse“ am Erlass einer Erstreckungsverordnung zu prüfen.

Aus menschenrechtlicher Sicht fällt auf, dass weder das AEntG noch insbesondere das MiArbG auf die sozialen Bedürfnisse der betroffenen Arbeitnehmer abstellen, sondern auf abstrakte wirtschaftspolitische Aspekte, obwohl gerade die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Arbeitnehmer am ehesten weitergehende Eingriffe in die Tarifautonomie (insbesondere die Verdrängung von Tarifverträgen) und die Vertragsfreiheit rechtfertigen könnte. Unabhängig von der Frage, ob die Einführung von Instrumenten zur staatlichen Lohnregulie-

rung mit der verfassungsrechtlich abgesicherten Tarifautonomie überhaupt vereinbar ist oder nicht, machen diese konzeptionellen Schwächen das Reformprojekt angreifbar.

V. Ansätze der Landesgesetzgeber zur Durchsetzung eines Mindestlohnes

Auch verschiedene Landesgesetzgeber haben in den letzten Jahren versucht, das politische Anliegen der Einführung eines Mindestlohnes aufzugreifen. Auf zwei Ansätze soll hier besonders eingegangen werden.

1. Tariftreueklauseln im Vergaberecht der Länder

Eine für die Länder naheliegende Möglichkeit der Durchsetzung von Tariflöhnen schien darin zu bestehen, die Vergabe öffentlicher Aufträge mit an sich „vergabefremden“ Bedingungen, so genannten „Tariftreueklauseln“ zu verknüpfen, also Mindestarbeitsbedingungen auf dem indirekten Wege durchzusetzen.⁷⁴ Denn wenn über die öffentliche Vergabe von Aufträgen auch bei weitem nicht alle Wirtschaftsbereiche erreicht werden können, ist doch der wirtschaftliche Einfluss der öffentlichen Hand als Auftraggeberin beachtlich. In manchen Bereichen, wie dem Straßenbau, tritt sie im Grunde als einzige Auftraggeberin auf. Der Möglichkeit, über diesen indirekten Hebel jedenfalls auf die Löhne in bestimmten Branchen einzuwirken, sind jedoch aus europarechtlicher Sicht enge Grenzen gesetzt.

In Deutschland unterliegt die Vergabe öffentlicher Aufträge einem komplexen rechtlichen Regelwerk, das verschiedene Gesetze umfasst. Die allgemeinen Grundsätze finden sich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁷⁵ (GWB, dort §§ 97 - 129). Einige Bundesländer haben ihren im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) verbleibenden Spielraum des § 97 GWB (Allgemeine Grundsätze) entsprechend genutzt und in ihren ergänzenden Landesvergabevorschriften so genannte Tariftreue-Klauseln erlassen, die allerdings jeweils eine ganz unterschiedliche Reichweite haben. Besonders weitreichend ist diejenige des Berliner Vergabegesetzes⁷⁶, die nicht nur an

74 Das öffentliche Beschaffungswesen machte beispielsweise im Jahre 2002 ca. 17 % des Bruttosozialprodukts aus, das entspricht 360 Milliarden Euro pro Jahr. Dazu kommen Beschaffungen der öffentlichen Unternehmen mit einem Volumen von ca. 60 Milliarden Euro pro Jahr; siehe Wissenschaftlicher Beirat des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Gutachten „Öffentliches Beschaffungswesen, 2/2007, einsehbar unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/gutachten-2-2007,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> [24. März 2009].

75 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 790).

76 Berliner Vergabegesetz vom 9. Juli 1999 (GVBl. S. 369), geändert durch das Erste Gesetz zur Änderung des Berliner Vergabegesetzes vom 19. März 2008 (GVBl. S. 80, ber. S. 112).

die Zuschlagserteilung von Aufträgen an die Bauwirtschaft, sondern an jede öffentliche Auftragsvergabe verschiedene, nicht an der Wirtschaftlichkeit orientierte Bedingungen knüpft (entweder Entlohnung nach dem in Berlin geltenden einschlägigen Tarifvertrag oder subsidiär Zahlung eines Mindestlohns von 7,50 Euro; Bevorzugung von Unternehmen, die sich an einer tarifvertraglichen Umlage für Ausbildung beteiligen).

Auf der Ebene des nationalen Rechts sah sich der Berliner Landesgesetzgeber in seinem gesetzgeberischen Anliegen durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2006 zunächst ausdrücklich bestätigt, da das Bundesverfassungsgericht sowohl einen Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) als auch einen Verstoß gegen die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) verneinte.⁷⁷

Jedoch erklärte der Europäische Gerichtshof eine entsprechende Tariftreueklausel des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes⁷⁸, das eine Tariftreueklausel für öffentliche Aufträge im Bauwesen enthielt, in einer Entscheidung aus dem Jahre 2008⁷⁹ für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht (insbesondere der Dienstleistungsfreiheit). Zunächst stehe einer solchen Tariftreueklausel die Entsende-Richtlinie (siehe oben S. 15) und deren Bedingungen für eine nationale Mindestlohnregelung entgegen. Die Richtlinie gestatte Mindestlöhne, soweit sie durch Rechts- oder Verwaltungsvorschrift allgemein festgelegt würden oder in einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag enthalten seien. Das Niedersächsische Vergabegesetz setze aber weder allgemein Mindestlöhne fest, noch erkläre es Tarifverträge für allgemeinverbindlich. Überdies sei nicht ersichtlich, warum Arbeitnehmer des Schutzes, den die Tariftreueklausel vermittele, nur bei öffentlichen Bauaufträgen bedürften, nicht hingegen bei privaten Aufträgen. Das in anderen Zusammenhängen tragfähige Rechtfertigungsargument der finanziellen Stabilität der sozialen Sicherungssysteme greife hier nicht, da nicht erkennbar sei, inwieweit durch die niedersächsische Tariftreueklausel eine Gefährdung der Sicherungssysteme abgewendet werden könne.

Diese Rechtsprechung bedeutete das Aus für die landesvergaberechtlichen Tariftreueklauseln, die an regionale Tarifverträge anknüpfen. Die betroffenen Bundesländer haben darauf bereits mit entsprechenden Nichtanwendungserlassen reagiert.⁸⁰ Ob sich Tariftreue-

77 BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006, 1 BvL 4/00 (= BVerfGE 111, 202 ff.), juris, Rn. 63 ff., 76 ff.

78 Niedersächsisches Landesvergabegesetz vom 2. September 2002 (Nds. GVBl. S. 320), geändert durch Gesetz vom 9. Dezember 2005 (Nds. GVBl. S. 395) – außer Kraft –.

79 EuGH, Entscheidung vom 3. April 2008, Rs. C 346/06 – *Rüffert*.

80 Siehe zum Beispiel den Gem. RdErl. d. MW, d. MF u. d. MI (Niedersachsen) vom 11. April 2008 – 24-01404/0090 –, Nds. MBl. 2008 Nr. 16, S. 500, VORIS 72080 zu § 3 des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes.

klauseln in anderer Form, beispielsweise mit einer Anknüpfung an die neuen bundesrechtlichen Regelungen des AEntG und des MiArbG oder eben an eine konkrete Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 TVG aufrechterhalten lassen,⁸¹ ist eine offene Frage.⁸²

2. Der Entwurf eines Bayerischen Mindestlohngesetzes

Der Deutsche Gewerkschaftsbund initiierte im Jahre 2008 ein Volksbegehren in Bayern, das eine Gesetzesinitiative für ein Bayerisches Mindestlohngesetz zum Inhalt hatte. Bayern bot sich für eine solche Initiative an, da die Bayerische Landesverfassung in ihrem Art. 169 Abs. 1 bestimmt, dass „für jeden Berufszweig Mindestlöhne festgesetzt werden können, die dem Arbeitnehmer eine den jeweiligen kulturellen Verhältnissen entsprechende Mindestlebenshaltung für sich und seine Familie ermöglichen“. Der Gesetzentwurf sah vor, dass ein vom Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Soziales gebildeter, mit Vertretern der Arbeitnehmer und Arbeitgeber besetzter „Mindestlohnausschuss“ durch Beschluss einen Mindestlohn festsetzen und dieser Beschluss dann durch Rechtsverordnung rechtsverbindlich gemacht werden sollte.⁸³

Das Volksbegehren erreichte das erforderliche Quorum, wurde aber vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof für unzulässig erklärt, weil der bayerische Landesgesetzgeber nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs aus kompetentiellen Gründen nicht befugt ist, eine Mindestlohnregelung der vorgeschlagenen Art zu erlassen. Gesetzliche Vorgaben für den Arbeitslohn sind dem Arbeitsrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zuzuordnen. In diesem Bereich haben zwar die Länder gemäß Art. 72 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz, solange und soweit der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Der Bundesgesetzgeber hat aber durch das MiArbG und durch das AEntG (jeweils in der alten Fassung) die Materie der zwingenden Arbeitsbedingungen abschließend geregelt. Ein fortbestehender ausfüllungsfähiger Raum für gesetzgeberisches Wirken der Länder im Bereich der zwingenden Arbeitsbedingungen besteht daher nach Auffassung des Gerichts nicht.⁸⁴

81 In diese Richtung beispielsweise die Stellungnahme des DGB in der öffentlichen Anhörung zum Mindestarbeitsbedingungsgesetz und zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz am 28. Oktober 2008 im Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestags, Ausschussdrucksache 16(11)1123, S. 17.

82 Siehe zum Beispiel § 3 Nds LVergabeG -neu- (Niedersächsisches Landesvergabegesetz vom 15. Dezember 2008, Nds. GVBl. 2008, 411), der nunmehr ganz allgemein an „allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge“ anknüpft, siehe dazu auch GesEntw, Nds. LT-Drs. 16/600, Begr. S. 5 f.

83 Siehe den Entwurf eines Bayerischen Gesetzes über die Festsetzung des Mindestlohnes, abgedr. in der Entscheidung des BayVerfGH vom 3. Februar 2009, Vf. 111-IX-08, juris, Rn. 3 ff.

84 BayVerfG, aaO. (Fn. 83), Rn. 78 ff.

3. Bestehende Optionen der Landesgesetzgeber?

Da sich die Argumentation des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs allein auf die bundesverfassungsrechtliche Frage der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für zwingende Arbeitsbedingungen bezieht, kann sie ohne Weiteres auf andere Bundesländer übertragen werden, unabhängig davon, ob die jeweilige Landesverfassung einen eindeutigen Gesetzgebungsauftrag, wie die bayerische, oder jedenfalls einen hinreichenden Anknüpfungspunkt, wie die brandenburgische, für eine landesrechtliche Mindestlohngesetzgebung enthält oder nicht. Die Landesgesetzgeber haben damit derzeit keine Möglichkeit, ein gesetzliches Verfahren zur Festsetzung von tariflichen Mindestlöhnen zu bestimmen oder Mindestlöhne unmittelbar als gesetzliche Mindestlöhne anzuordnen. Auch die Novellierung des MiArbG und des AEntG, die nach dem Willen des Bundesgesetzgebers zugleich eine Gesamtkonzeption zur Mindestlohnfestsetzung beinhaltet, dürfte im Rahmen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht) keinen Spielraum mehr für eine eigene Gesetzgebung der Länder lassen. Vielmehr wollte der Bundesgesetzgeber die Frage der Mindestlöhne umfassend und abschließend regeln.

Dem indirekten Instrument der Tariftreueklausel zur Durchsetzung eines Mindestlohnes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge hat der Europäische Gerichtshof bei erster Betrachtung eine Absage erteilt, weil er die Entsende-Richtlinie so interpretiert hat, dass nur die darin genannten Instrumente zur Festsetzung von Mindestlöhnen gestattet sind, andere hingegen nicht. Die Frage, ob sich eine Tariftreueklausel in anderer Form, beispielsweise mit einer Anknüpfung an die neuen Mindestlohngesetze des Bundes einrichten ließe, ist derzeit noch nicht beantwortbar. Die Antwort wird auch davon abhängen, wie sich die neue Mindestlohngesetzgebung auf Bundesebene praktisch bewährt und ob überhaupt und inwieweit noch Bedarf für zusätzliche landesrechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Mindestlöhnen besteht.⁸⁵

gez. Dr. Julia Platter

⁸⁵ Siehe dazu den durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (aaO., Fn. 75) eingefügten § 97 Abs. 4 S. 2 GWB: „Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale (Herv. d. Verf.), umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“ Im GesEntw BReg (BT-Drs. 16/10117, Begr. S. 16) heißt es dazu, die (auf dieser Grundlage formulierten) Anforderungen könnten die angemessene Bezahlung zur Sicherstellung der Qualifikation von Wachpersonal betreffen.