

Der gesetzliche Mindestlohn – doch eine unendliche Geschichte?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Der Koalitionsvertrag

Die Würfel scheinen gefallen. Im Koalitionsvertrag vom 16. Dezember 2013 haben die Regierungsparteien in aller Eindeutigkeit bestimmt: „Zum 1. Januar 2015 wird ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn von 8,50 Euro brutto je Zeitstunde für das ganze Bundesgebiet gesetzlich eingeführt.“ Ausnahmen sind nicht ersichtlich. Das Gesetz soll im Dialog mit Arbeitgebern und Arbeitnehmern aller Branchen, in denen der Mindestlohn wirksam wird, erarbeitet werden; mögliche Probleme „z. B. bei der Saisonarbeit“ will man bei der Umsetzung berücksichtigen. Auf ehrenamtliche Tätigkeiten, die im Rahmen der Minijobregelung vergütet werden, erstreckt sich der Mindestlohn nicht, „weil sie in aller Regel nicht den Charakter abhängiger und weisungsgebundener Beschäftigung haben.“¹ Ersichtlich soll der Mindestlohn ausschließlich für Arbeitnehmer garantiert werden, was auch dadurch unterstrichen wird, dass sich die Festlegungen in dem Abschnitt „Modernes Arbeitsrecht“ befinden.¹ Bemerkenswert ist die Existenz eines Zeitplans, der sich bei anderen Vorhaben nicht findet. Der 1. Januar 2015 ist gewissermaßen die „Stunde null“. Für die Übergangszeit bis 31. 12. 2016 soll es Abweichungen nach unten geben können, allerdings nur mit Hilfe von Tarifverträgen: Diese müssen von repräsentativen Tarifparteien abgeschlossen werden und sich auf eine Branche beziehen. Ein Firmentarif genügt nicht, ebenso wenig ein Tarifvertrag einer nicht repräsentativen Gewerkschaft, wobei sich der Koalitionsvertrag verständlicherweise nicht dazu äußert, nach welchen Kriterien sich die Repräsentativität bestimmt. „Unberührt“ sollen im Übrigen die Mindestlöhne nach dem AEntG bleiben, was aber nicht im Zusammenhang mit einer Abweichung nach unten Erwähnung findet.

Die versprochene Mindestlohngesetzgebung betrifft eine große Zahl von Mitbürgern. 5,25 Mio. Erwerbstätige haben derzeit eine Stundenvergütung, die unter 8,50 EUR liegt. Dies bedeutet nicht etwa „knapp unter“; vielmehr müssen sich 1,8 Mio. (also ungefähr ein Drittel)

¹ Der Koalitionsvertrag ist u. a. abrufbar unter www.tagesschau.de/inland/koalitionsvertrag136.pdf und unter <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>

mit weniger als 6 EUR begnügen, 1,3 Mio. erreichen nicht einmal 5 EUR pro Stunde.² Die „Korrekturwirkung“ des Gesetzes wird deshalb beträchtlich sein.

Seit über zwanzig Jahren leben wir in einer Welt der Deregulierung, der umfassenden Öffnung der Märkte. Sich gegen diesen Trend zu stellen und Re-Regulierung zu praktizieren, provoziert Widerstände. Sie werden sich im Gesetzgebungsverfahren zeigen, aber auch dann, wenn es um die praktische Umsetzung geht. Manche werden sich an die Auseinandersetzungen um das AGG erinnern, das zunächst – um es diplomatisch auszudrücken – keine gute Presse hatte und das von manchen gar als Bedrohung der Freiheit interpretiert wurde; schon nach einigen Jahren ist es aber zum anerkannten Bestandteil des geltenden Rechts geworden.³ Auch die Erstreckung der AGB-Kontrolle auf den Arbeitsvertrag brachte „mehr Recht“, was nach gut zehn Jahren aber nicht mehr als „Übel“ empfunden wird.⁴ Wird nicht auch der gesetzliche Mindestlohn zur Selbstverständlichkeit werden? Dass man vor nicht allzu langer Zeit das 15-jährige Bestehen des Mindestlohns in der Bauwirtschaft feierte,⁵ mag man trotz der rechtlichen Unterschiede als positives Omen werten.

II. Wer wird vom Mindestlohn erfasst?

1. Arbeitnehmer

Der geplante Mindestlohn soll sich auf alle Arbeitnehmer beziehen. Er stellt einen „Mindestentgeltsatz“ nach § 2 Nr. 1 AEntG dar, sodass er auch auf solche Arbeitnehmer Anwendung findet, die von ihrem ausländische Arbeitgeber ins Inland entsandt oder hier rekrutiert wurden.⁶ § 2 AEntG findet schon jetzt in allen Branchen, also auch solchen Anwendung, in denen anders als z. B. auf dem Bau kein auf der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen beruhender Mindestlohn existiert.⁷

² Angaben nach Amlinger/Bispinck/Schulten, Niedriglohnsektor: Jeder dritte ohne Mindestlohn? WSI Report Nr. 12, Januar 2014, S. 4, abrufbar unter www.boecklerimpuls.de

³ S. den Überblick über die rechtspolitische Debatte bei Bauer/Göpfert/Krieger, AGG. Kommentar, 3. Aufl. 2011, Einl. Rn. 32b – 32g

⁴ Zu einer Bilanz nach zehn Jahren s. Däubler ZTR 2012, 543 ff.

⁵ Symposium „15 Jahre Mindestlohn in der Bauwirtschaft“, NZA Beilage 1/2013

⁶ Ebenso die Begründung des Gesetzentwurfs des Bundesrats über ein Mindestlohngesetz aus der vergangenen Legislaturperiode (BT-Drucksache 17/12857, S. 10)

⁷ Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, Arbeitnehmerentsendegesetz, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 5 ff.

Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, scheinen nicht erfasst zu sein. So hat etwa die Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen in der bisherigen Diskussion so gut wie keine Rolle gespielt. Erst recht scheiden ehrenamtlich Tätige aus.

2. Der Streit um die Ausnahmen

Die Tinte unter dem Koalitionsvertrag war kaum trocken, als bereits der Ruf nach Ausnahmen ertönte. Horst Seehofer plädierte dafür, Saisonarbeiter und Rentner auszunehmen,⁸ Ilse Aigner wollte zusätzlich auch Schüler und Studenten nicht in den Mindestlohn einbeziehen.⁹ Arbeitgeberpräsident Kramer verlangte, bei Langzeitarbeitslosen eine Ausnahme zu machen.¹⁰ Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag nannte die Gruppe der jungen Erwachsenen,¹¹ der CDU-Wirtschaftspolitiker Michael Fuchs alle Hilfsarbeitertätigkeiten,¹² für die das Gesetz nicht gelten solle.

Inhaltlich bedeutet dies eine Revision des Koalitionsvertrags. Von gewerkschaftlicher Seite wurde betont, die geforderten Ausnahmen würden darauf hinauslaufen, rund ein Drittel der unter 8,50 Euro Verdienenden aus der Regelung auszunehmen.¹³ Von einem „flächendeckenden“ Mindestlohn könnte dann nicht mehr die Rede sein; neben den „Mindestlöhnern“ gäbe es die Mini-Entlohten, die nur durch das (wenig wirksame) Verbot des Lohnwuchers geschützt wären.¹⁴ Der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags hat in einer Ausarbeitung vom 13. Januar 2014¹⁵ auf einen möglichen Verstoß der Ausnahmeregelungen gegen Art. 3 Abs. 1 GG hingewiesen, da es an einer ausreichenden Rechtfertigung fehlen könne, bestimmten Gruppen von Vollzeitbeschäftigten den existenzsichernden Lohn vorzuenthalten. Auch stellen sich Probleme des Diskriminierungsschutzes. Wollte man jüngere Erwachsene ausnehmen, wäre dies eine Benachteiligung wegen (jugendlichen) Alters, für die genau wie bei der Berechnung der Kündigungsfristen keine Rechtfertigung ersichtlich wäre.¹⁶ Auch einen kürzeren Urlaub für Jüngere lehnt die Rechtsprechung als Diskriminierung ab,¹⁷ und schon vor über 50 Jahren hat

⁸ Welt am Sonntag v. 22. 12. 2013

⁹ Passauer Neue Presse vom 16. 12. 2013

¹⁰ Rheinische Post vom 19. 1. 2014

¹¹ Vgl. Öchsner, Wenig Geld für Gurkenpflücker, Süddeutsche Zeitung vom 24. 12. 2013

¹² Die Welt v. 27. 12. 2013

¹³ Böckler impuls, Heft 2/2014 S. 1.

¹⁴ Dazu etwa Nassibi, Schutz vor Lohndumping in Deutschland, 2012, S. 51 ff.

¹⁵ Aktenzeichen: WD 6 – 3000 – 002/14. Verfasser: Arnold Bug

¹⁶ EuGH NZA 2010, 85 – Küçükdeveci (Kündigungsfristen)

¹⁷ BAG NZA 2012, 803

das BAG unter Berufung auf Art. 24 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen eine Tarifnorm beanstandet, die unterschiedliche Akkordrichtsätze für jugendliche und für andere Arbeitnehmer festgelegt hatte.¹⁸ Altersrentner schlechter zu bezahlen als die übrigen würde gleichfalls auf Bedenken stoßen; auch hier findet man schon in den frühen Jahren der Bundesrepublik eine Entscheidung, wonach es unzulässig ist, die Hälfte der Rente auf das Arbeitsentgelt anzurechnen.¹⁹ Eine ins Einzelne gehende juristische Analyse ist allerdings derzeit nicht möglich, da es über die reinen Forderungen hinaus kein ausformuliertes Konzept gibt, das eine (wie auch immer geartete) definitive Beurteilung ermöglichen würde.

3. Auszubildende und verwandte Gruppen

Keine Ausnahme im Sinne des Koalitionsvertrages stellt es dar, den Mindestlohn nicht auf Auszubildende zu erstrecken. Sie sind keine Arbeitnehmer, sondern besitzen einen Sonderstatus; § 10 Abs. 2 BBiG erklärt arbeitsrechtliche Normen nur dann für anwendbar, wenn sich aus Wesen und Zweck des Ausbildungsvertrags und aus dem BBiG nichts anderes ergibt. Insoweit zeichnet sich Einigkeit ab.²⁰ Unterstützend lässt sich § 17 Abs. 1 BBiG heranziehen, der eine „angemessene“ Vergütung vorschreibt, die mit fortschreitender Dauer der Ausbildung, mindestens jährlich, ansteigen muss. Insoweit handelt es sich um eine Spezialnorm, die auch dann eingreifen würde, wenn man den Azubi generell wie einen Arbeitnehmer behandeln würde. Nach § 26 BBiG sind Anlernlinge, Volontäre und Praktikanten den Azubis gleichgestellt, so dass auch bei ihnen § 17 BBiG (und nicht der gesetzliche Mindestlohn) eingreift.²¹ Ist ein Praktikum Teil einer schulischen oder universitären Ausbildung, so findet zwar das BBiG nach der Rechtsprechung keine Anwendung,²² doch handelt es sich hier erst recht nicht um abhängige Arbeit, da der Ausbildungszweck bei weitem im Vordergrund steht.

Grundsätzlich anders ist die Situation dann, wenn die Ausbildung nur eine äußerliche Firmierung ist, in Wahrheit aber ausschließlich oder überwiegend abhängige Arbeit geleistet wird: Hier liegt ein Arbeitsverhältnis vor, auf das alle arbeitsrechtlichen Normen

¹⁸ BAG AP Nr. 2 zu Art. 24 VerfNRW

¹⁹ BAG AP Nr. 1 zu Art. 24 VerfNRW

²⁰ Bauer NZA 2014, 13; Klebe NZA 2014, 13; Schrader/Thoms NZA Heft 1/2014 S. VIII; Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes (oben Fn. 13) S. 9

²¹ Wohlgemuth-Pepping, BBiG, Handkommentar, 2011, § 26 Rn 15 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 13. Aufl. 2012, Rn. 2079 ff.

²² BAG AP Nr. 3 zu § 3 BAT

einschließlich eines künftigen Mindestlohns Anwendung finden.²³ Bekanntestes Beispiel ist die Beschäftigung von Fachhochschul- oder Universitätsabsolventen, die als „Praktikanten“ Erfahrungen sammeln sollen, in Wahrheit aber wie Arbeitnehmer eingesetzt werden. Das Schlagwort von der „Generation Praktikum“ machte insoweit zu Recht die Runde.

Eine Beschäftigung zur Fortbildung und Umschulung stellt mangels entsprechender Vereinbarung kein Arbeitsverhältnis dar,²⁴ fällt aber auch nicht unter § 26 BBiG.²⁵ Der Mindestlohn wird daher nur dann eingreifen, wenn das Leisten abhängiger Arbeit und nicht die Qualifizierung im Vordergrund steht.

4. Einbeziehung arbeitnehmerähnlicher Personen?

Wer als Selbständiger nur für ein oder zwei Auftraggeber tätig ist, ist von diesen in aller Regel wirtschaftlich abhängig, auch wenn die arbeitnehmertypische Weisungsgebundenheit fehlt. Die soziale Schutzbedürftigkeit ist deshalb nicht geringer. Dennoch ist dieser Personenkreis grundsätzlich nicht in die Sozialversicherung einbezogen, sieht man einmal vom Fall des § 2 Nr. 9 SGB VI ab. Auch im Rahmen der Mindestlohndebatte spielt diese Gruppe so gut wie keine Rolle.²⁶ Außerordentlich niedrige Einkommen sind ebenso möglich wie überlange Arbeitszeiten, da das ArbZG nur für Arbeitnehmer gilt. Dies kann zu „Billigangeboten“ auf dem Arbeitsmarkt führen, was im Rahmen des Phänomens der Werkverträge dann ins öffentliche Bewusstsein gerät. Nach Einführung des gesetzlichen Mindestlohns ist die Versuchung für Arbeitgeber groß, vermehrt auf diese Beschäftigungsform auszuweichen. Außerdem ergibt sich eine Langzeitwirkung der Art, dass die Zahl der auf staatliche Grundsicherung Angewiesenen wächst. Dabei ergibt sich ein Gleichheitsproblem: Niedrig entlohnte Arbeitnehmer können auch bei langfristiger Beschäftigung kaum eine Rente erwerben, die über die Grundsicherung hinausgeht, während Selbständige dieselbe (bescheidene) Summe aus Steuermitteln erhalten, ohne dazu direkt etwas beigetragen zu haben.²⁷ Wäre es unter diesen Umständen nicht geboten, den Mindestlohn auch auf arbeitnehmerähnliche Personen zu erstrecken und so einen ersten Schritt zu ihrer Integration in das soziale Sicherungssystem zu tun? Dabei müsste allerdings

²³ BAG NZA 2005, 779; LAG Baden-Württemberg NZA 2008, 768; Lakies/Malottke-Lakies, BBiG, Kommentar, 4. Aufl. 2011, § 26 Rn. 8

²⁴ Lakies/Malottke-Lakies (Fn 23) § 58 Rn. 4

²⁵ BAG NZA 1992, 452; Wohlgemuth-Pepping (Fn 21) § 26 Rn. 34

²⁶ S. aber Waltermann NZA 2013, 1041, 1046

²⁷ Waltermann NZA 2013, 1041, 1046

ein Aufschlag gemacht werden, der die von ihnen allein zu tragenden Kosten der Sozialversicherung ausgleicht.

III. Die „Mindestvergütung je Zeitstunde“

1. Was zählt als Arbeitsstunde?

Die im Koalitionsvertrag verwandte Formulierung „gesetzlicher Mindestlohn von 8,50 Euro je Zeitstunde“ bietet auf den ersten Blick keine Auslegungsprobleme. Dennoch erscheint es schon zur Vermeidung von inneren Widersprüchen sinnvoll zu sein, ausdrücklich die Begrifflichkeit des ArbZG zu übernehmen. Einbezogen wären damit die Arbeitsbereitschaft und der Bereitschaftsdienst, nicht jedoch die Rufbereitschaft. Tätigkeiten mit einem hohen Anteil an Arbeitsbereitschaft (wie z. B. die des angestellten Taxifahrers) können sich dadurch erheblich verteuern. Lässt sich dies betriebswirtschaftlich nicht verkraften, bleibt zumindest der Ausweg in eine gesellschaftsrechtliche Organisationsform (Genossenschaft, Verein, GmbH), die in solchen Sektoren schon bisher eine erhebliche Rolle spielt und die so ausgestaltet sein kann, dass arbeitsrechtliche Grundsätze keine unmittelbare Anwendung finden.²⁸

Arbeitsstunden, die über die Höchstgrenze nach ArbZG hinausgehen, müssen gleichwohl in vollem Umfang vergütet werden. Dies hat das BAG im Zusammenhang mit entsprechend weit gehenden Überstunden entschieden,²⁹ da das ArbZG vor Überforderung schützen, nicht aber die Vergütung beschränken oder ausschließen will. Dasselbe muss für den Mindestlohn gelten, zumal derartige Phänomene im Niedriglohnsektor vermutlich eine größere Rolle als in anderen Bereichen spielen.

2. Was gehört zum Entgelt?

Fraglich ist, ob das Mindestentgelt von 8,50 Euro durch das laufende Entgelt erreicht sein muss oder ob auch „Zulagen“, ein 13. Monatsgehalt oder vermögenswirksame Leistungen ggf. anteilig zu berücksichtigen sind. Es liegt nahe, insoweit die Rechtsprechung zum

²⁸ Vgl. BAG DB 1995, 2612 (Tätigkeit als Vereinsmitglied)

²⁹ BAG NZA 2006, 149

Mindestlohn nach dem AEntG und der Entsenderichtlinie heranzuziehen, doch sind die Probleme damit noch längst nicht ausgeschöpft.

Nicht in das Entgelt einzurechnen sind Zahlungen des Arbeitgebers, durch die eine besondere Leistung des Arbeitnehmers entgolten wird. Dies gilt etwa für Überstunden-, Nacht- und Sonntagszuschläge, da der Mindestlohn die arbeitsvertraglich geschuldete „Normalleistung“ betrifft. Im Zusammenhang mit der Entsenderichtlinie hat der EuGH in gleichem Sinn entschieden.³⁰ Bei „Trinkgeldern“, durch die Kunden ihre Zufriedenheit ausdrücken, kommt hinzu, dass auf sie kein Anspruch besteht (§ 107 Abs. 3 Satz 2 GewO) und sie sich nicht im Voraus kalkulieren lassen. Dass sie nicht zum Einkommen gehören, wird mittelbar durch die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 51 EStG bestätigt. Auch sie sind deshalb bei der Berechnung des Mindestlohns nicht heranzuziehen, was bei angestellten Friseuren, Taxifahrern und manchmal auch bei Blumenverkäufern eine nicht unerhebliche Rolle spielt.

Ein 13. Monatsgehalt ist ebenso wie ein Mitte des Jahres ausbezahltes Urlaubsgeld eine Gegenleistung für erbrachte Arbeit. Legt man die Rechtsprechung des EuGH zur Entsenderichtlinie zugrunde, so muss man die fraglichen Beträge rechnerisch wohl auf die einzelnen Monate verteilen, da der Gerichtshof zwei Einmalzahlungen, die den Zeitraum bis zur Tarifierhöhung überbrücken sollten, in den Mindestlohn einbezogen hat.³¹ Dies ist allerdings mit der Unzutraglichkeit verbunden, dass die fraglichen Beträge dem Einzelnen nicht regelmäßig zur Verfügung stehen, obwohl er sie dem Grundgedanken des Mindestlohns entsprechend für seine Lebensführung benötigt. Nach dem Entwurf des Bundesrats zu einem Mindestlohngesetz³² ist ein zusätzliches Monatsgehalt und das Urlaubsgeld deshalb nicht anzurechnen.³³ Angesichts der Rechtsprechung des EuGH ist dringend zu empfehlen, die Frage der Zahlungen, die nur einmal pro Jahr erfolgen, ausdrücklich im Gesetz zu regeln, um so eine Vielzahl von Streitigkeiten zu vermeiden. Vermögenswirksame Leistungen bleiben auf alle Fälle ausgeklammert,³⁴ da sie dem Betroffenen erst in einer relativ fernen Zukunft als Geldbetrag zur Verfügung stehen. Kein „Entgelt“ (und deshalb auf keinen Fall anzurechnen) sind Leistungen, die ausschließlich die „Betriebstreue“ honorieren und fördern wollen,³⁵ doch

³⁰ EuGH NZA 2005, 573 Tz. 40 – Kommission/Deutschland, bestätigt durch EuGH NZA 2013, 1359 Tz. 39 – Isbir/DB Services GmbH

³¹ EuGH NZA 2013, 1359 – Isbir/DB Services GmbH

³² BT-Drucksache 17/12857

³³ A.a.O. S. 9

³⁴ So auch die Vorlageentscheidung des BAG (NZA 2013, 386) sowie der EuGH (NZA 2013, 1359)

³⁵ Dazu etwa BAG NZA 2012, 620; Preis SR 2012, 101, 119

dürften sie im Niedriglohnssektor nur eine marginale Rolle spielen. Dass ein den tatsächlichen Aufwendungen entsprechender Ersatz kein Entgelt ist, versteht sich im Grunde von selbst.

3. Das Problem der Fälligkeit

Wer einen Mindestlohn garantieren will, muss einen Fälligkeitszeitpunkt bestimmen; andernfalls kann dieser nicht Lebensgrundlage sein.³⁶ Der Gesetzentwurf des Bundesrats greift in § 2 Abs. 1 Satz 2 dieses Problem auf und bestimmt: „Ist das Arbeitsentgelt nach Zeitabschnitten bemessen, so ist der Mindestlohn nach Ablauf der einzelnen Zeitabschnitte zu zahlen, spätestens am dritten Werktag nach Ablauf des Kalendermonats für diesen Kalendermonat.“ Was geschieht mit einem Arbeitsentgelt, das nicht nach Zeitabschnitten bemessen ist, das beispielsweise im Rahmen einer Zweckbefristung erst nach Ende des Projekts auszubezahlen ist? Ersichtlich haben die Gesetzesverfasser diesen Fall nicht bedacht, weil er in der Praxis nur eine geringe Rolle spielt, doch könnte seine Bedeutung steigen, wenn auf diese Weise die Zahlung des Mindestlohns für einige Zeit aufgeschoben werden kann. Notwendig ist deshalb, eine monatliche Auszahlung des Mindestlohnes für alle denkbaren Fälle zwingend vorzuschreiben; gegen eine „Überziehungsfrist“ von drei Tagen, die es auch bei der Fristberechnung im Mietrecht gibt, ist im Interesse des Arbeitgebers nichts einzuwenden. Mit dem Ablauf dieses Zeitraums muss dann allerdings dem Arbeitnehmer das Entgelt in bar oder auf dem Girokonto wirklich zur freien Verfügung stehen. Sachleistungen sind nur im Rahmen des § 107 Abs. 2 GewO möglich.

IV. Verhältnis zu anderen Schranken der Lohnhöhe

1. Verbot des Wucherlohns

Jüngst wurde in der Literatur der Standpunkt vertreten, mit einem Mindestlohngesetz werde das Verbot des Lohnwuchers nach § 138 BGB gegenstandslos; wer die gesetzlichen Anforderungen erfülle, könne nicht sittenwidrig handeln.³⁷ Dem ist entgegen zu halten, dass der Mindestlohn ein Minimum darstellt, das für jede Form von Arbeit gilt ohne Rücksicht darauf, wie sie vom Markt bewertet wird. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur sittenwidrigen Entlohnung sind demgegenüber marktbezogen, was am Beispiel der BAG-Rechtsprechung deutlich wird, wonach die Unterschreitung von zwei

³⁶ Hanau, FS Kempen, 2013, S. 236

³⁷ Diringen Editorial NZA Heft 2/2014

Dritteln des Tariflohns in der Regel gegen § 138 BGB verstößt.³⁸ Insofern ist es durchaus denkbar, dass eine Vergütung, die über 8,50 Euro liegt, zu beanstanden ist, weil sie für eine Tätigkeit bezahlt wird, die nach dem Tarifvertrag (oder nach den regionalen Üblichkeiten der Branche) beispielsweise mit 16 Euro bewertet wird.³⁹ Ob diese Fälle sehr häufig sein werden, steht auf einem anderen Blatt.

2. Verhältnis zum Mindestlohn nach AEntG

Der Koalitionsvertrag betont ausdrücklich, dass die „Mindestlöhne nach dem AEntG“ von der Einführung des flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohns „unberührt“ bleiben.⁴⁰

Gleichzeitig soll das AEntG auch bezüglich des Mindestlohns für alle Branchen geöffnet werden.⁴¹ Dies macht ersichtlich nur Sinn, wenn die branchenbezogenen Mindestlöhne nicht etwa die 8,50 Euro unterschreiten dürfen, sondern wenn sie dieses Niveau mit Rücksicht auf die besondere Situation des fraglichen Wirtschaftszweiges übersteigen (können). Auf diese Weise kann verhindert werden, dass von dem Mindestlohn ein Sog nach unten ausgeht, der ihn in einen „Normallohn“ verwandeln würde.⁴² Eine entsprechende „Angleichung“ war im Bausektor Ostdeutschlands zu verzeichnen, wo ungefähr zwei Drittel aller Bauarbeiter nur den Mindestlohn (und nicht die höheren Tariflöhne) erhalten.⁴³ Dass der gesetzliche Mindestlohn auch für die Fälle des AEntG maßgebend ist, wird an § 2 Nr. 1 AEntG deutlich, der die Mindestentgeltsätze auch in Entsendefällen für zwingend erklärt und sie so zugleich zu einer verbindlichen Vorgabe für Tarifverträge nach §§ 3 ff. AEntG macht.

V. Probleme der praktischen Umsetzung

1. Materiell-rechtlicher Schutz

Der Mindestlohn hat ersichtlich zwingenden Charakter. Eine schlechtere Lohnabrede in einem Arbeitsvertrag ist nach § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot unwirksam. In ihre Stelle tritt nach § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung, die meist höher als der Mindestlohn sein wird.⁴⁴ Dies kann für den Arbeitgeber eine unliebsame Überraschung

³⁸ BAG NZA 2012, 978

³⁹ Ebenso im Ergebnis Bauer NZA 2014, 13 und Klebe NZA 2014, 13

⁴⁰ Oben Fn 1 (S. 49)

⁴¹ Oben Fn 1 (S. 48)

⁴² Lakies AuR 2013, 72

⁴³ So der Bericht von WieseHügel, wiedergegeben bei Bühner, NZA Beilage 1/2013 S. 7

⁴⁴ Einzelheiten bei ErfK-Preis, 14. Aufl. 2014, § 612 Rn. 37 ff.

sein, weshalb es sich empfiehlt, den Mindestlohn von vorne herein mit klaren Konturen zu versehen und nicht als Ergebnis einer Rechenoperation zu definieren, die bei der Einbeziehung eines Teils der jährlichen Sonderzahlungen unvermeidlich wäre.

Ein durchaus korrekt bestimmter Mindestlohn ist mit Rücksicht auf die Überlegenheit der Arbeitgeberseite in Gefahr, teilweise abbedungen zu werden. Außerdem besteht das Risiko, dass er nicht (gerichtlich) geltend gemacht wird, weil dies als Illoyalität gewertet würde und den Arbeitsplatz in Gefahr bringen könnte. Nach einiger Zeit würde er so mit Rücksicht auf Ausschluss- oder Verjährungsfristen hinfällig werden. Wegen der vergleichbaren Situation sieht § 4 Abs. 4 TVG für tarifliche Ansprüche spezifische Schutzmechanismen vor: Ein Verzicht ist nur möglich, wenn die Tarifparteien zustimmen, die Verwirkung von Ansprüchen ist ausgeschlossen, Ausschlussfristen dürfen nur im Tarifvertrag selbst festgelegt werden. Beim gesetzlichen Mindestlohn ist ein solcher Rückgriff auf tarifliche Gestaltungen nicht möglich, weshalb § 2 Abs. 3 des Bundesratsentwurfs⁴⁵ den Lohnanspruch mit einem zwingenden Schutz versehen will: Verzicht und Verwirkung sind ausgeschlossen, Ausschlussfristen sind unwirksam, wobei nicht danach unterschieden wird, ob sie sich in einem Tarifvertrag oder in einem Arbeitsvertrag befinden. Die Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre und beginnt mit der Entstehung des Anspruchs; eine vertragliche Verkürzung ist ausgeschlossen. Da der Anspruch auf den Mindestlohn stärker als andere Ansprüche gefährdet ist, sind solche weitreichenden Regelungen nachhaltig zu begrüßen.

2. Sanktionierung von Verstößen

Wird weniger als der Mindestlohn bezahlt, so sind die eben geschilderten Konsequenzen ein relativ stumpfes Schwert, weil sie nur dann eingreifen, wenn sich der Arbeitnehmer auf sie beruft und notfalls zu ihrer gerichtlichen Durchsetzung in der Lage ist. Dies wird gerade im Niedriglohnsektor nur ganz ausnahmsweise der Fall sein, da der Einzelne im Regelfall unschwer durch eine andere Person ersetzt werden kann, weil die Arbeit eher wenig Qualifikation und innerbetriebliches Know-how voraussetzt. Notwendig sind deshalb Kontrollmaßnahmen durch unabhängige Instanzen, die aufgrund ihrer Befugnisse Verstöße aufdecken können. Dazu müssen fühlbare Sanktionen kommen, die es einem rational kalkulierenden Unternehmer geraten sein lassen, lieber den Mindestlohn zu bezahlen als sich einem Sanktionsverfahren auszusetzen.

⁴⁵ BT-Drucksache 17/12857 S. 5

Der Bundesratsentwurf ermächtigt in § 5 die Behörden der Zollverwaltung zur Kontrolle, ob die Verpflichtungen zur Bezahlung des Mindestlohns eingehalten werden. Anschließend werden die §§ 16 bis 22 AEntG für entsprechend anwendbar erklärt, was die Sanktion eines zeitlich befristeten Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen umfasst. Verstöße stellen Ordnungswidrigkeiten dar, die mit Geldbußen bis zu 500.000 Euro belegt werden können. Dabei geht man davon aus, dass die im Rahmen des AEntG mit der „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ gemachten Erfahrungen durchaus positiv zu bewerten sind. Zu beachten ist weiter, dass für die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge die Ansprüche der Arbeitnehmer, nicht die bezahlten Beträge maßgebend sind, so dass ggf. erhebliche Nachzahlungen fällig werden können.

Die Frage ist, ob diese „Drohkulisse“ wirklich dazu führt, dass einem Mindestlohngesetz in der Realität in vollem Umfang Rechnung getragen wird. Ein Problem liegt darin, dass der betroffene Arbeitnehmer nicht sicher damit rechnen kann, dass seine Ansprüche nach einer Intervention der Zollverwaltung auch wirklich befriedigt werden. Sinnvoller und wichtiger als die Verhängung einer Geldbuße scheint mir die Befugnis der Kontrollbehörde zu sein, durch sofort vollziehbaren Verwaltungsakt die Bezahlung der ausstehenden Beträge an den Arbeitnehmer anzuordnen. Dieser hätte dann auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Aufklärung der Vorgänge, wobei man ihm durchaus Vertraulichkeit zusichern könnte. Dem Arbeitgeber bleibt selbstredend das Recht, wegen einer solchen Verfügung die Verwaltungsgerichte anzurufen und dort nach § 80 Abs. 5 VwGO die aufschiebende Wirkung seines Rechtsbehelfs zu erreichen. Für den Arbeitnehmer ergibt sich der Vorteil, dass er nicht selbst ein Gericht anrufen muss, und dass er in den meisten Fällen ungleich schneller als in einem Gerichtsverfahren zu seinem Geld kommen würde. Im Gegenzug könnte man den Rahmen für die Geldbußen deutlich senken. Eine solche Form der Intervention scheint auch sinnvoller als eine Behördenklage, wie sie § 25 HAG für das Entgelt der Heimarbeiter vorsieht, die zwar den Betroffenen weitgehend aus der „Schusslinie“ nimmt, jedoch sehr viel mehr Zeit als ein Verwaltungsverfahren beansprucht. Gegenüber dem Status quo wäre allerdings auch sie ein erheblicher Fortschritt. Beide Vorschläge haben als solche keinen besonderen Neuheitswert: § 13 des Mindestarbeitsbedingungsgesetzes vom 11. Januar 1952⁴⁶ gab der Kontrollbehörde das Recht, die Befriedigung der bestehenden Ansprüche

⁴⁶ Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 802-2 veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 224 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl I S. 2407)

anzuordnen,⁴⁷ und § 14 desselben Gesetzes räumte der obersten Arbeitsbehörde oder einer von ihr bestimmten Stelle das Recht ein, die Ansprüche der Arbeitnehmer gerichtlich geltend zu machen.⁴⁸ Beide Bestimmungen finden sich in der derzeit geltenden Fassung des Gesetzes⁴⁹ allerdings nicht mehr – ein weiteres Indiz dafür, dass es sich eigentlich um ein „Gesetz zur Verhinderung von Mindestarbeitsbedingungen“⁵⁰ handelt.

VI. Perspektiven

Die Entscheidung für einen gesetzlichen Mindestlohn in Höhe von 8,50 Euro ist durch den Koalitionsvertrag gefallen. Die Aufgabe, dies in Gesetzesform zu gießen, scheint nach dem Gesagten lösbar. Die absehbaren Auseinandersetzungen werden sich im üblichen Rahmen bewegen.

Eine Stundenvergütung von 8,50 Euro führt zu einem Brutto-Monatsgehalt von 1.462,- Euro,⁵¹ wenn man eine 40-Stunden-Woche zugrunde legt. Davon kann eine sparsam wirtschaftende Einzelperson leben. Gibt es Kinder in der „Bedarfsgemeinschaft“ oder einen nicht erwerbstätigen erwachsenen Angehörigen, sind weiterhin staatliche Transferleistungen notwendig.⁵² Die Zahl der „Aufstocker“ wird also sinken, aber weiter eine verbreitete Erscheinung bleiben.

Damit steht automatisch die Frage der Weiterentwicklung des Mindestlohns auf der Tagesordnung. Vorschläge zu erarbeiten, soll Sache einer paritätisch aus Vertretern der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehende Kommission sein; der mit Stimmrecht verbundene Vorsitz soll zwischen beiden Gruppen wechseln. Mehrheitsentscheidungen sind daher denkbar, werden aber voraussichtlich keine sehr hohe Durchschlagskraft entfalten. Letztlich muss auf der Ebene der Bundesregierung entschieden werden, ob und welche Schritte man tun will. Die Letztverantwortung der Politik zu übertragen, erscheint angesichts der großen Bedeutung der getroffenen Entscheidungen für viele Mitbürger durchaus sinnvoll,

⁴⁷ § 13: „Hat ein Arbeitgeber die Mindestarbeitsbedingungen nicht eingehalten, so kann ihn die oberste Arbeitsbehörde des Landes oder die von ihr bestimmte Stelle auffordern, innerhalb einer in der Aufforderung festzusetzenden Frist die bestehenden Ansprüche zu befriedigen und den Leistungsnachweis vorzulegen.“

⁴⁸ § 14: „Das Land, vertreten durch die oberste Arbeitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle, kann im eigenen Namen den Anspruch eines Arbeitnehmers aus Mindestarbeitsbedingungen gerichtlich geltend machen. Das Urteil gilt auch für und gegen den Arbeitnehmer.“

⁴⁹ Änderungsgesetz vom 22. April 2009 (BGBl I S. 818)

⁵⁰ So die Überschrift des Beitrags von Hanau, FS Kempen, S. 235 ff.

⁵¹ Klebe NZA 2014, 13

⁵² Hanau, FS Kempen, S. 247: Nur zur Existenzsicherung von vollzeitbeschäftigten kinderlosen Singles geeignet

ja möglicherweise sogar von Verfassungen wegen geboten („Wesentlichkeitstheorie“). Der Wissenschaft kommt eine eher untergeordnete Rolle zu; jede Seite kann die Zuziehung eines Sachverständigen verlangen, der jedoch kein Stimmrecht besitzt. Die erste Anpassung des Mindestlohns ist frühestens zum 1. Januar 2018 möglich; bis Ende 2016 kann durch Branchentarif einer repräsentativen Gewerkschaft ein unter 8,50 Euro liegender Betrag festgesetzt werden. Arbeitgeber, die sich auf einen Stundenlohn von 5 oder 6 Euro eingerichtet haben, können auf diese Weise mit gewerkschaftlicher Hilfe die Übergangsfrist von einem Jahr auf drei Jahre verlängern.

Künftige Auseinandersetzungen werden sich insbesondere darauf konzentrieren müssen, dass ein Betrag von 8,50 Euro in der Gegenwart für eine Einzelperson genügen mag, jedoch schwerlich eine ausreichende Grundlage für eine künftige Rente ist, die ihrerseits ein menschenwürdiges Dasein ermöglicht. Die Steuerzahler der nächsten Generation werden daher einspringen müssen, soweit es ihre wirtschaftlichen Dispositionsspielräume erlauben.⁵³ Will man ihnen weniger Lasten aufbürden, könnte die Erhöhung des Mindestlohns sehr hilfreich sein. Vergleicht man die Bundesrepublik mit anderen europäischen Ländern, ist noch einiger Spielraum nach oben vorhanden: Frankreich schreibt schon heute 9,53 Euro vor;⁵⁴ berücksichtigt man die Kaufkraft, liegt auch Großbritannien noch vor der Bundesrepublik.⁵⁵ Mehr Gleichheit wird überdies der Gesellschaft insgesamt zugute kommen – eine These, die sich durch zahlreiche vergleichende empirische Untersuchungen etwa zur Kriminalität, zur Lebenserwartung, zur subjektiven Zufriedenheit usw. belegen lässt, die aber bislang noch keineswegs Gemeingut geworden ist.⁵⁶ Die aktuelle Diskussion kann deshalb nur ein Anfang sein.

⁵³ Waltermann NZA 2013, 1039, 1046

⁵⁴ Angabe nach Schulten, Mindestlohnregime in Europa, Friedrich-Ebert-Stiftung, Februar 2014, S. 6

⁵⁵ Schulten, a. a. O., S. 7.

⁵⁶ Grundlegend Wilkinson/Pickett, The Spirit Level. Why Equality is Better for Everyone, 2009, deutsch unter dem Titel: Gleichheit ist Glück. Warum gerechte Gesellschaften für alle besser sind, 2010