

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Olaf Deinert und  
Prof. Dr. Rüdiger Krause,  
Institut für Arbeitsrecht  
der Georg-August Universität  
Göttingen



in Zusammenarbeit mit

**HSI**  
Hugo Sinzheimer Institut  
für Arbeits- und Sozialrecht

## Gasteditorial

**Gesetzlicher Mindestlohn – in Deutschland und Europa**

*Matthias Jacobs/Claudia Schubert* ..... Seite 41

## Abhandlungen

**Mindestloohnerhöhung per Gesetz und Tarifautonomie**

*Frank Bayreuther* ..... Seite 42

**Mindestlohn, Mindestlohnanpassung und Tarifautonomie: Eine  
institutionenökonomische Perspektive**

*Hagen Lesch* ..... Seite 50

**Vom sektoralen über den gesetzlichen zum europäischen  
(und tarifdispositiven?) Mindestlohn**

*Stefan Greiner* ..... Seite 61

**Europäische Mindestlohnrichtlinie – Kriterien, Kompetenzen und  
Umsetzung**

*Erika Kovács* ..... Seite 70

# Arbeitszeitfragen? Schnell beantwortet



Wirlitsch / Reinke / Breyer

## Arbeitszeit in Frage und Antwort

Die wichtigsten Fragen aus der Praxis  
an Betriebs- und Personalräte

2023. 282 Seiten, kartoniert

€ 29,-

ISBN 978-3-7663-6975-8

[bund-shop.de/6975](http://bund-shop.de/6975)

Wann beginnt und endet die Arbeitszeit? Wie wird Arbeitszeit korrekt erfasst?  
Wann müssen Überstunden geleistet werden? Betriebsräte und Personalräte bestimmen  
die Arbeitszeitregelungen in Betrieb und Dienststelle maßgeblich mit. Zudem sind  
sie die erste Anlaufstelle für die Beschäftigten, gerade bei Fragen zur Arbeitszeit.

Dieser Ratgeber gibt Betriebs- und Personalräten Rückendeckung. Durch den Aufbau in  
Frage und Antwort stehen die Fakten sofort im richtigen Kontext – sowohl in Sachen  
Mitbestimmung als auch bei Einzelfällen der Kolleginnen und Kollegen.

### Im Mittelpunkt stehen Fragen zu:

- Beginn und Ende der Arbeitszeit
- Tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeiten
- Pausen und Ruhezeiten
- Arbeitszeiterfassung und Arbeitszeitkonten
- Teilzeit, Altersteilzeit, Elternzeit, Pflegezeit und Familienpflegezeit
- Mehrarbeit und Überstunden
- Mobiles Arbeiten, Home-Office und Telearbeit
- Schicht- und Nachtarbeit
- Wege- und Umkleidezeiten
- Arbeitszeit und Freizeit, Zeitsouveränität der Beschäftigten

### Soziales Recht

2/2023

ISSN 2193-5157

März 2023, 13. Jahrgang

### Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

### in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht

(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt

### Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M., Hochschule Mainz

### Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: sekretariat.deinert@

jura.uni-goettingen.de

### Verlag

Bund-Verlag GmbH

### Geschäftsführer

Rainer Jöde

### Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

### Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

### Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Heike Sandrock

Tel. 069/79 50 10-602

anzeigen@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

### Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

### Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

### Druck

DWS Marquart GmbH,

Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

### Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder

bund-verlag@schaefermedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,

Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die

Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des

Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der

vorherigen Zustimmung des Verlages.

## Gesetzlicher Mindestlohn – in Deutschland und Europa

Der gesetzliche Mindestlohn regelt eine zentrale Kernarbeitsbedingung. Er zielt auf die Verwirklichung des Rechts auf angemessene Vergütung (Art. 4 Nr. 1 RESC) und steht in einem Spannungsverhältnis zur Tarifautonomie, die den Sozialpartnern gerade die autonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen garantiert. Nachdem in Deutschland 2014 durch das Mindestlohngesetz ein moderater Mindestlohn eingeführt wurde, der ca. 3 % der Tarifverträge übertraf, hat der Gesetzgeber anstelle der Mindestlohnkommission eine Erhöhung des gesetzlichen Mindestlohns zum 1. Oktober 2022 auf 12 € beschlossen. Damit werden 12 – 18 % der Mindestvergütungen in Tarifverträgen nach oben korrigiert. Diese Anpassung kann man mit Blick auf die hohe Inflation für notwendig halten, doch übergeht sie das Konzept des Mindestlohngesetzes, das einen der Tarifentwicklung nachlaufenden Mindestlohn vorsieht. Übergangsregelungen enthält das Gesetz nicht, so dass die Sozialpartner – anders als bei der Einführung des Gesetzes – keine Zeit hatten, ihre Tarifpolitik an die sich ändernden Rahmenbedingungen anzupassen.

Darüber hinaus setzt die Europäische Union nun Mindestvorgaben durch die am 15. Dezember 2022 in Kraft getretene Mindestlohnrichtlinie<sup>1</sup>. Diese nimmt zwar auf die Kollektivautonomie Rücksicht und sieht sogar deren Förderung vor, enthält aber auch einen Rechtsrahmen für die Festsetzung der gesetzlichen Mindestentgelte einschließlich einer Reihe von Angemessenheitskriterien. Nicht nur die Zuständigkeit der Europäischen Union für den Mindestlohn wirft Fragen auf. Auch die Vorgaben der Richtlinie, die die Festsetzung des Mindestlohns betreffen, sind auf ihren Umsetzungsbedarf zu prüfen.

Diese Rechtsentwicklung hat die gemeinsame Tagung der Universität Hamburg und der Bucerius Law School am 14. Oktober 2022 aufgegriffen. Vor dem Hintergrund einer ökonomischen Analyse der Mindestlohnentwicklung waren die verfassungsrechtlichen und europarecht-

lichen Aspekte des neuen Mindestlohnrechts Gegenstand. Vor diesem Hintergrund wurde auch erörtert, welchen konzeptionellen Weg das deutsche Mindestlohnrecht einschlagen soll. Die Tagungsreferate sind in diesem Heft publiziert.

Der ökonomische Beitrag von *Dr. Hagen Lesch* (Institut der deutschen Wirtschaft, Köln) präsentiert die Ergebnisse einer Reihe neuer Studien zur Mindestlohnentwicklung seit 2014. Der Aufsatz von Prof. *Dr. Frank Bayreuther* (Universität Passau) rückt die verfassungsrechtliche Beurteilung der Änderung des MiLoG in den Mittelpunkt. Er widerspricht der Überlegung, dass der Gesetzgeber den Grundsatz des Vertrauensschutzes als Teil des Rechtsstaatsprinzips verletzt haben könnte, sieht aber in der mangelnden Übergangsfrist einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit. Der Beitrag von ao. Prof. PD *Dr. Erika Kovács* (Wirtschaftsuniversität Wien) widmet sich der Mindestlohnrichtlinie. Die Autorin verneint die Kompetenz der Europäischen Union, analysiert und identifiziert aber auch Umsetzungsbedarfe für den deutschen Gesetzgeber. Der abschließende Beitrag von Prof. *Dr. Stefan Greiner* (Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn) rückt die konzeptionelle Frage in den Mittelpunkt, wie die Festlegung von Mindestlohn erfolgen sollte: Anknüpfend an die Tarifverträge durch eine Erweiterung der Allgemeinverbindlichkeit, durch eine Ergänzung der sektoralen Mindestlohnvorgaben (wie in der Pflege) oder durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn.

*Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg*

*Prof. Dr. Claudia Schubert, Universität Hamburg*

<sup>1</sup> Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 275/33.

# Mindestloohnerhöhung per Gesetz und Tarifautonomie\*

Prof. Dr. Frank Bayreuther, Universität Passau

## I. Verfassungskonformität des MiLoG im Spiegel der Rechtsprechung

Um die Verfassungskonformität des gesetzlichen Mindestlohns ist es nach dessen Einführung durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz im August 2014 bzw. dessen Wirksamwerden im Januar 2015 erstaunlich still geblieben.

Größere verfassungsrechtliche Streitigkeiten blieben aus. Dem BVerfG lagen lediglich drei Verfassungsbeschwerden zum gesetzlichen Mindestlohn vor. Diese hat das Gericht allerdings unter Verweis auf eine nicht erfolgte Erschöpfung des Rechtswegs als unzulässig verworfen.<sup>1</sup> Wenngleich den Verfahren recht spezielle Sachverhalte zu Grunde lagen (Speditionsfahrten von im Ausland ansässigen Logistikdienstleistern, Übergangsvorschrift für Zeitungszusteller [§ 24 Abs. 2 MiLoG], Herausnahme von Jugendlichen unter 18 Jahren aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes [§ 22 Abs. 2 MiLoG]), mag man – im Hinblick auf die Bedeutung des Mindestlohns – schon hinterfragen, ob man den Beschwerden in verfassungsprozessrechtlicher Hinsicht nicht hätte anders begegnen können. Das ändert freilich nichts daran, dass es bis heute eben an einer Entscheidung des BVerfG zur Verfassungskonformität des MiLoG fehlt.

Immerhin liegen zwei fachgerichtliche Entscheidungen vor, die sich mit der Verfassungskonformität des Mindestlohns auseinandersetzen. Hierzu äußert sich, wenngleich nur knapp, zunächst der BFH<sup>2</sup>. Dieser sah sich mit abgabenrechtlichen Verfahrensfragen konfrontiert (namentlich: Zuständigkeit und Durchsetzungskompetenzen der Zollverwaltung). In diesem Kontext geht der BFH mehr oder wenig selbstverständlich von der Verfassungskonformität des MiLoG aus. (Etwas) intensiver in die Materie dringt dagegen der 5. Senat des BAG ein.<sup>3</sup> In einer Vergütungsstreitigkeit stellte sich die Frage, ob es mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist, dass § 3 S. 1 MiLoG auch eine tarifliche Ausschlussfrist insoweit für unwirksam befand, als sie sich (auch) auf den gesetzlichen Mindestlohn erstre-

cken würde. Inzident diskutiert er dabei die Verfassungskonformität des MiLoG, an der er keine Bedenken hegt. Zur Begründung stellt er darauf ab, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Tarifvertragsparteien zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol einräumt. Zudem merkt er an, dass der Mindestlohn Beschäftigte vor den Folgen einer unangemessenen niedrigen Vergütung schützt. Am Ende nehmen sich die einschlägigen Ausführungen des BAG dann doch eher recht kurz aus und auch dieses erweckt den Eindruck, dass ihm die Annahme, dass das MiLoG verfassungswidrig sein könnte, eher fernliegend erscheint.

## II. Wiederaufflammen der Diskussion

Umso überraschender erscheint, dass die Verfassungskonformität des Gesetzes nun plötzlich wieder so stark in den Mittelpunkt der Diskussion geraten ist. Dies hat im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen hat der außerordentlich starke Sprung des Mindestlohns von zuletzt 10,45 € auf nunmehr 12 € viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Zum anderen entzündet sich die Diskussion daran, dass die Anhebung des Mindestlohns nicht im Wege des § 9 MiLoG erfolgt ist – also nicht auf Vorschlag der Mindestlohnkommission samt nachfolgender Verordnung der Bundesregierung – sondern durch den Gesetzgeber selbst, der § 1 Abs. 2 MiLoG entsprechend neuge-

\* Der Beitrag befasst sich mit der Verfassungskonformität des gesetzlichen Mindestlohns nach dessen Erhöhung durch das zum 1. Oktober 2022 novellierte MiLoG (Gesetz zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn v. 28.6.2022, BGBl. 2022 I, S. 969). Die Darstellung basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser anlässlich der Tagung »Gesetzlicher Mindestlohn – in Deutschland und Europa« der Universität Hamburg und der Bucerius Law School gehalten hat. Die Vortragsform ist überwiegend unverändert beibehalten.

1 BVerfG, 25.6.2015 – 1 BvR 20/15, 1 BvR 37/15, 1 BvR 555/15 – BeckRS 2015, 47764.

2 BFH, 18.8.2020 – VII R12/19 – BeckRS 2020, 46054.

3 BAG, 20.6.2018 – 5 AZR 377/17 – NZA 2018, 1494, Rn. 26.

fasst hat. Damit gilt es hier im Grunde drei Fragen zu beleuchten. Zunächst: Ist der Mindestlohn – an sich – verfassungskonform, wenn ja, ändert sich daran etwas dadurch, dass der Gesetzgeber ihn selbst zum 1. Oktober 2022 angepasst und schließlich, dass er ihn auf 12 € angehoben hat?

### III. Eingriff in die Koalitionsfreiheit

#### 1. Eingriff in den Schutzbereich

Die Vorgabe eines gesetzlichen Mindestlohns tangiert nicht nur die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie, sondern vielmehr auch die Vertrags- und ggf. die Berufsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien. Letzterer Aspekt soll hier allerdings ausgeblendet bleiben. Zum einen fokussiert sich die Tagung alleine auf das Verhältnis des staatlichen Mindestlohnrechts zur Tarifautonomie. Zum anderen erlangt der Eingriff in die Vertragsfreiheit eher nur im Hinblick auf den Arbeitgeber Bedeutung, weil die Mindestlohnanhebung für den Arbeitnehmer ja nur von Vorteil ist (einzig könnte argumentiert werden, dass Beschäftigte in den unteren Lohnsektoren durch eine gesetzlich erzwungene »Verteuerung« ihrer Arbeit Gefahr laufen, den Arbeitsplatz zu verlieren). So oder so ließe sich eine etwaige Rechtfertigung des mit dem MiLoG verbundenen Eingriffs in die Tarifautonomie aber weithin auch auf die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Vertragsfreiheit der Normunterworfenen übertragen.

Dass der Mindestlohn dabei in das Koalitionsgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG eingreift, dürfte weithin außer Frage stehen und soll hier nicht näher nachgewiesen werden.

#### 2. Schwere und Gewicht des Eingriffs

Was Schwere und Gewicht des Eingriffs betrifft, zeigt sich die verfassungsrechtliche Diskussion häufig durch Zitate aus Urteilen des BVerfG geprägt, die die Sache aber nicht wirklich weiterbringen. Es heißt, dass den Koalitionen garantiert ist, »Arbeitsbedingungen, insbesondere Löhne in eigener Verantwortung und ohne staatliche Einflussnahme zu ordnen.«<sup>4</sup> Jedoch findet sich umgekehrt, meist noch im gleichen Atemzug, die Einschränkung, wonach den Koalitionen zwar ein »Normsetzungsrecht« bzw. eine »Norm-

setzungsprärogative«, aber kein »Normsetzungsmonopol«<sup>5</sup> verliehen ist. Auch liest sich, dass der staatliche Gesetzgeber »weiterhin subsidiär für die Ordnung des Arbeitslebens«<sup>6</sup> zuständig ist und die Formel, wonach die Tarifpartner Arbeitsbedingungen ohne staatliche Einflussnahme ordnen dürfen, wird gerne mit der Einschränkung »im Wesentlichen«<sup>7</sup> versehen. So lässt sich unter Bezug auf die einschlägigen Urteile des BVerfG sowohl ein mehr oder weniger ausschließliches Lohnfestsetzungsprivileg der Tarifvertragsparteien begründen, genauso gut aber auch ein Mandat des Gesetzgebers für den Erlass eines gesetzlichen Mindestlohns.

Ganz eindeutig ist aber, dass die Wirkkraft des Koalitionsgrundrechts in dem Maße zunimmt, in dem die zur Diskussion stehende Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann. Das wiederum ist dort in besonderem Maße der Fall, wo es um die Regelung der essentialia des gegenseitigen Austauschverhältnisses geht, sprich um die Bestimmung der Lohnhöhe in allen ihren Ausprägungen, die Dauer der Arbeitszeit und das Verhältnis dieser beiden Eckdaten zueinander. Beschränkt der Staat durch eigene Gesetzgebung hier das Rechtsetzungsmandat der Tarifpartner, müssen die Gründe, die dies rechtfertigen sollen, einiges Gewicht haben. Daran ändert auch das Urteil des BVerfG zur Verfassungskonformität des § 4a TVG (Tarifeinheit)<sup>8</sup> nichts. Dies wird zuweilen so wiedergegeben, als sei den Koalitionen fortan nur noch ein reiner Aushöhlungsschutz gewährt. Das indes trifft nicht zu, jedenfalls nicht, was die Normsetzungsprärogative der Tarifvertragsparteien gegenüber dem Staat angeht.

Besonders deutlich tritt die Normsetzungsprärogative der Tarifvertragsparteien im Entgeltbereich im Beschluss des BVerfG<sup>9</sup> zur Änderung des BUrlG durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 hervor. Dort heißt es: »Zu den

4 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16 – NZA 2017, 915, Rn. 155; BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87 und 1 BvR 1421/86 – NZA 1995, 754, 756.

5 BVerfG, 24.4.1996 – 1 BvR 712/86 – NZA 1996, 1157, 1158; BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – NZA 2001, 777, 779; BVerfG, 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03 – NZA 2005, 153, 154; BVerfG, 19.6.2020 – 1 BvR 842/17 – NZA 2020, 1186, Rn. 24.

6 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – NJW 1977, 2255, 2256.

7 Ebd.

8 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16 – NZA 2017, 915.

9 BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – NZA 2001, 777, 778.

der Regelungsbefugnis der Koalitionen überlassenen Materien gehören insbesondere das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen, wie etwa die Dauer von Arbeit und Urlaub.« Wie aber schon gesagt: Kein dahingehender Lehrsatz des Gerichts ohne Einschränkung. So wird diese Formel – was bei ihrer Wiedergabe in Gutachten manchmal zu knapp kommt – gleich wieder dahingehend eingeschränkt, dass diese Materie den Koalitionen »zum großen Teil« zur Regelung überlassen ist.

Nebenbei bemerkt ließe sich in dieser Perspektive durchaus einmal die grundsätzliche Frage stellen, warum die arbeitsrechtliche Gesetzgebung im engeren Umfeld des Arbeitsvertrags ansonsten keine derart kritische Begleitung erhält, wie das beim Mindestlohn der Fall ist. So ist bislang allenfalls am Rande gefragt worden, ob denn das Kündigungs-, Teilzeit- und Befristungsrecht, das Entgeltfortzahlungsgesetz oder das Urlaubsrecht mit Art. 9 Abs. 3 GG kompatibel sind. Durch diese Gesetze werden immerhin Grundfragen des Bestands des Arbeitsverhältnisses geregelt und das EFZG oder das BUrLG sprechen Fragen von Entgelt und Arbeitszeit an. Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber ein wesentlicher Unterschied zum Mindestlohn: Mit dem KSchG, dem TzBfG, dem EFZG oder dem BUrLG schafft der Gesetzgeber nur Rahmenbedingungen für die Leistung abhängiger Arbeit. Diese Gesetze beziehen sich indes nicht auf die Bestimmung der auszutauschenden Leistungen selbst. Dagegen betreffen Regelungen, mit denen der Staat auf die Lohnhöhe Einfluss nimmt, das Innenleben des gegenseitigen Austauschverhältnisses; diese gehen damit ans »Eingemachte« der Tarifautonomie.

Nun darf die Eingriffsintensität aber nicht derart überzogen formuliert werden, dass man den Anschein erweckt, dass die Lohnfindung für die Tarifvertragsparteien quasi verloren sei. In dem für das Arbeitsleben entscheidenden Bereich oberhalb des Mindestlohnsockels können die Tarifpartner ja weiterhin autonom verhandeln. Und dennoch hat der neue Mindestlohn teils »tarifräumende« Wirkung. Während ein Mindestlohn in Höhe von 8,50 € (zuletzt waren es freilich schon 10,45 €<sup>10</sup>) nur wenige Arbeitsverhältnisse betraf, soll ein solcher in Höhe von 12 € ca. 12 bis 18 % der Arbeitsverhältnisse in Deutschland ansprechen. Dabei liegt der neue Mindestlohn auch oberhalb der unteren Lohngruppen einiger Tarifverträge, zuletzt erreichten noch nicht einmal alle der nach dem AEntG für zwingend erklärten Mindestlohntarifverträge diesen Betrag. Was die vom Mindestlohn angesprochenen

Arbeitnehmer betrifft, wird den Tarifpartnern kaum anderes übrigbleiben, als deren Gehälter und in der Folge auch die darauf aufbauenden Lohngruppen nach oben zu treiben. Ein ebenfalls rechtfertigungsbedürftiger Seiteneffekt ist, dass ein hoher Mindestlohn die Verhandlungsposition der Gewerkschaften zu Lasten der Arbeitgeberseite stärkt. Die Gewerkschaften wissen, dass die Beschäftigten im untersten Bereich für den Fall, dass die Verhandlungen scheitern, jedenfalls durch den Mindestlohn aufgefangen werden, vor allem können (und müssen) sie mit ihren Forderungen im Bereich oberhalb des Mindestlohns ansetzen.

#### IV. Verfahrensrechtliche Einwände

Insbesondere *Schorkopf*<sup>11</sup> hat in die Diskussion eingebracht, dass das MiLoG das Gebot der Folgerichtigkeit im Rahmen der gesetzgeberischen Systementscheidung aus dem Jahr 2015 verletze, nachdem die aktuelle Erhöhung nicht durch die Mindestlohnkommission vollzogen wurde, sondern durch den Gesetzgeber. Das Mindestloohnerhöhungsgesetz beeinträchtigt das Vertrauen der Koalitionspartner und speziell der Arbeitgeber in die Systementscheidung des Gesetzgebers für eine quasi-tarifautonome Logik der Mindestlohnanpassung. Dieses sei auf die Einhaltung des institutionellen Rahmens des Mindestlohngesetzes und den Schutz vor negativen Rückwirkungseffekten einer staatlichen Gesetzgebung auf die Tarifautonomie gerichtet.

Die Beurteilung dieser primär staatsrechtlich verorteten Überlegung dürfte sicherlich eher die Sache des Verfassungsrechts sein und ist weniger in die Hände des Koalitions- und Tarifrechtlers gelegt. Dessen ungeachtet scheint diese These aber auch bei rascher Betrachtung doch recht hinterfragbar. Die Annahme, dass der Gesetzgeber sich mit der Einsetzung der Mindestlohnkommission gewissermaßen selbst gebunden habe, wird mit knappem Verweis auf die Figur der Folgerichtigkeit im Steuerrecht untermauert. Danach sind, wenn sich der

10 BAnz AT 27.12.2019 V 1.

11 *Schorkopf*, ZfA 2022, 308, 329. Nicht näher nachgegangen werden soll dem ebenfalls von *Schorkopf*, ZfA 2022, 308, 341 ff. erhobenen Einwand, wonach das Gesetz insoweit verfahrensfehlerhaft zustande gekommen sein soll, als ein Fall des grundrechtlichen Abwägungsausfalls vorliegen würde, da der Gesetzgeber keine milderen Mittel erwogen und keine Angemessenheitsprüfung durchgeführt habe.

Gesetzgeber bei der Auswahl des Steuergegenstandes und der Bestimmung des Steuersatzes einmal festgelegt hat, Abweichungen hiervon rechtfertigungsbedürftig. Ob sich diese Figur aber überhaupt auf andere Sachverhalte übertragen lässt, wird nicht gesagt und insbesondere scheint eine Übernahme in das Arbeitsrecht (und damit in einen Teil des Privatrechts) fraglich, zumal dort selbst deutlich einschneidendere »Richtungswechsel« alleine schon aus Rücksicht auf das Unionsrecht beinahe üblich sind. Davon abgesehen ist die Mindestlohnkommission im Anschluss an den gesetzgeberischen »Ruck« ja auch wieder zur Entscheidung über den Mindestlohn berufen.

Mehr Aufmerksamkeit verdient die Stellungnahme von *Schorckopf* aber sicher insoweit, als ergänzend argumentiert wird, dass die gesetzgeberische Zuweisung der Entscheidung über eine Lohnerhöhung an die Mindestlohnkommission einen Schutz der Tarifpartner durch Verfahren bewirke. Dem wiederum liegt die Annahme zu Grunde, dass die Tarifvertragsparteien durch ihre paritätische Beteiligung an der Mindestlohnkommission und ihren Einfluss auf die Bestellung des Vorsitzenden einen gleichberechtigten Einfluss auf den Mindestlohn nehmen können. Mithin erweise sich das vom MiLoG vorgesehene Verfahren als eine quasi-tarifautonome Mindestlohnfindung. Daher enttäusche das MiLoG 2022 nicht nur das Vertrauen der Tarifpartner, dass weiterhin so verfahren werde, vielmehr erlitten diese auch materiell gesehen eine Einbuße in ihrem Grundrechtsschutz, eben weil diesmal nicht die Kommission zum Zuge gekommen ist, sondern der Gesetzgeber selbst gehandelt hat.

Bei Licht betrachtet erweist sich die mit der Mindestlohnkommission verbundene Rückkoppelung an das Tarifgeschehen aber als sehr schwach. Bei deren Mitgliedern handelt es sich um Personen, die »lediglich« von den Spitzenorganisationen der Tarifpartner vorgeschlagen werden, aber nicht um Mitglieder der Tarifvertragsparteien, geschweige denn um diese selbst. Alleine aus dem Umstand, dass die Kommissionsmitglieder durch Spitzenorganisationen von Tarifvertragsparteien benannt worden sind, ergibt sich noch keinerlei Legitimation zu einer Art »tariflichen Ersatznormsetzung«. Insoweit liegen die Dinge völlig anders als beim Tarifausschuss des § 5 Abs. 1 S. 1 TVG. Dieser ist zwar ähnlich besetzt, trifft indes keine eigene Entscheidung über Mindestarbeitsbedingungen. Vielmehr wirkt er nur an der Erstreckung fremden, aber eben »echten« Tarifrechts auf Außenseiter mit.

Rechnet man nun noch hinzu, dass der staatliche Geltungsbefehl bei § 9 MiLoG alleine aus einer einfachen Rechtsverordnung resultiert, dürfte auf der Hand liegen, dass eine Legitimation des aktuellen Mindestlohns durch den demokratisch gewählten Gesetzgeber von ganz anderem Gewicht ist, als es das beim Rechtsetzungsverfahren des MiLoG der Fall ist. Daher unterliegt keinen Einwänden, dass dieser das Verfahren wieder an sich gezogen hat.

## V. Rechtfertigung

### 1. Kollidierende Grundrechte, völkerrechtliche Verpflichtungen, Mindestlohnrichtlinie der Union

Bei Einführung des Mindestlohns durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz verwies der Gesetzgeber auf einen Strauß an Gründen, die den schon mit dem MiLoG 2014/2015 verbundenen Eingriff in die Tarifautonomie rechtfertigen sollten.<sup>12</sup> Es sind im Grunde immer dieselben, die in die Runde geworfen werden, wenn es um gesetzgeberische Aktivitäten im Bereich des Tarifvertrags-, Entsende- und Mindestlohnrechts geht. Sie alle gehen im Ausgangspunkt auf die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungskonformität des AEntG 1996/1998 zurück.<sup>13</sup> Zu nennen sind: die Schaffung angemessener Mindestarbeitsbedingungen, die Gewährleistung fairer und funktionsorientierter Wettbewerbsbedingungen, die Stärkung der Sozialversicherung sowie der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie.

Insoweit stört, dass die einschlägigen Schlagworte durch den Gesetzgeber, aber auch seitens des BVerfG ohne fallspezifische Betrachtung mit einer gewissen Tendenz zu einer mehr oder weniger textbausteinartigen Verwendung genutzt werden. Mit § 1 AEntG sind sie sogar zu Gesetzestext geworden. Und alle lassen sich inhaltlich angreifen. Sichert es die Beschäftigung, wenn ein Lohn bezahlt werden muss, der über der Produktivität des Arbeitsplatzes liegt? Kann es die Tarifautonomie stärken, wenn der Gesetzgeber an die Stelle der Tarif-

<sup>12</sup> BT-Drs. 18/8558, S. 31.

<sup>13</sup> BVerfG, 18.7.2000 – 1 BvR 948/00 – NZA 2000, 948; Fortführung und Weiterentwicklung durch: BVerfG, 11.7.2006 – BvL 4/00 – NZA 2007, 42 (Berliner Tarifreuegesetz); BVerfG, 11.8.2020 – 1 BvR 2654/17 – NZA 2020, 1338 (SokaSiG-I).

partner tritt und diese im unteren Lohnsegment überflüssig werden lässt?<sup>14</sup>

Indes sind die Argumente zu diesem Fragenkreis längst – und zwar nicht nur einmal – ausgetauscht worden, ohne dass sich aus der Diskussion ein eindeutiges Ergebnis hätte ziehen lassen. Hier kommt es aber auch gar nicht darauf an, eine durch wirtschaftswissenschaftliche Analysen irgendwie untermauerte Sicherheit zu gewinnen. Vielmehr liegt die Beurteilung, ob sich diese Annahmen realisieren lassen, im Einschätzungs- und Prognose-spielraum des Gesetzgebers. Vor allem aber geht kein Weg daran vorbei, die sich nunmehr über zwei Jahrzehnte herauskristallisierende Rechtsprechung des BVerfG als Eckdaten in die verfassungsrechtliche Prüfung einzubuchen, gleich ob man dieser nun folgen will oder nicht. Blendet man diese nämlich einfach als unrichtig aus und baut die Prüfung alleine auf den eigenen Gegenvorstellungen auf, geht man das Risiko ein, dass sich das so ergebende Resultat nicht mit dem Ergebnis deckt, zu dem das BVerfG mutmaßlich gelangen wird.

Ohnehin mehr Beachtung verdient, dass es dem Gesetzgeber, und zwar auch in der privatrechtlichen Arbeitsrechtsbeziehung, erlaubt ist, für eine elementare Austauschgerechtigkeit zwischen den Vertragsparteien zu sorgen. Die einschlägigen Urteile des BVerfG seien hier nur stichwortartig in den Raum geworfen: die Bürgerschafts- und Handelsvertreterentscheidungen<sup>15</sup> sowie dessen Beschluss zur Angemessenheit der Urhebervergütung nach §§ 32, 32a UrhG<sup>16</sup>.

Allerdings sieht sich der Gesetzgeber in der Literatur dem Vorhalt ausgesetzt, dass es ihm mit dem MiLoG 2022 gar nicht mehr um die Herstellung einer grundlegenden Austauschgerechtigkeit geht, sondern vielmehr darum, dem Arbeitnehmer ein auskömmliches Gehalt zu garantieren, das sein sozioökonomisches Existenzminimum absichert.<sup>17</sup> In diese Richtung deuten sowohl die Vorstellungen des Gesetzgebers, wie sie in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommen,<sup>18</sup> als auch das Verhältnis zwischen der Höhe des neuen Mindestlohns und dem aktuellen Lohn-Median in Deutschland.<sup>19</sup>

Ob der Gesetzgeber über die Vorgabe eines Mindestlohns Arbeitnehmern ein würdegerechtes Existenzminimum zusprechen darf, ist naturgemäß umstritten. Dagegen wird vorgebracht, dass die Absicherung der soziokulturellen Existenz des Arbeitnehmers nicht die Aufgabe des Arbeitgebers in der einzelnen Arbeitsbeziehung ist, son-

dern die der Gemeinschaft, mithin die des Staats (pointiert die Kritik von *Giesen*<sup>20</sup>: Verlagerung der Lohnverantwortung auf die politischen Parteien, Verlagerung der Unterhaltsverantwortung auf den Arbeitgeber). Völlig fern sind derartige Lohnlenkungsmechanismen der Rechtsordnung aber gewiss nicht. Das zeigt schon ein Blick in die bayerische Verfassung (Art. 168 Abs. 1 S. 1, 169), noch mehr aber in Art. 4 Nr. 1 der ESC. Beide Normen erkennen dem Arbeitnehmer ein Arbeitsentgelt zu, welches ausreicht, um ihm und seiner Familie einen angemessenen Lebensstandard zu sichern. Und mit (einigen) Einschränkungen zielen auch die Überlegungen des BVerfG zur Karenzentschädigung des Handelsvertreters sowie zur Angemessenheit der Urhebervergütung<sup>21</sup> in diese Richtung.

Auf unionsrechtlicher Ebene kommt die im Oktober 2022 durch den Rat angenommene Mindestlohnrichtlinie hinzu.<sup>22</sup> Deren Art. 5 schreibt vor, dass ein Mitgliedstaat, der einen gesetzlichen Mindestlohn kennt, verpflichtet ist, »solide und klare« Kriterien für dessen Festlegung und Aktualisierung festzuschreiben. Diese sollen zumindest die Kaufkraft der Mindestlöhne, das allgemeine Niveau der Bruttolöhne und ihre Verteilung, die Wachstumsrate der Bruttolöhne und die Entwicklung der Arbeitsproduktivität umfassen. Zwar spricht einiges dafür, dass der Union keine Kompetenz zum Erlass derart weitreichender Regelungen

14 Statt vieler nur: *Lobinger*, JZ 2014, 810, 815 ff.

15 BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 ua. – NJW 1994, 36 (Bürgerschaft I); BVerfG, 5.8.1994 – 1 BvR 1402/89 – NJW 1994, 2749 (Bürgerschaft II); BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – NJW 1990, 1469 (Handelsvertreter); s. zudem aber auch: BVerfG, 1.7.1998 – 2 BvR 441-90 ua. – NJW 1998, 3337 (Entlohnung von Strafgefangenen); BVerfG, 12.11.1958 – 2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57 – NJW 1959, 475 (§ 2 PreisG 1948); BAG, 10.6.1964 – 4 AZR 187/63 – NJW 1964, 2269, 2271 f. (Art. 24 Abs. 2 VerfNRW).

16 BVerfG, 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 – NJW 2014, 46.

17 *Giesen*, ZfA 2022, 346, 350 ff., 357 ff.; *Ch. Picker*, NZA Editorial 19/2022; bereits zum »alten« MiLoG: *Lobinger*, JZ 2014, 810, 815.

18 BT-Drs. 20/1408, S. 18: »[...] ermöglicht es Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern typischerweise, über das bloße Existenzminimum hinaus am sozialen und kulturellen Leben teilzuhaben [...]. Damit wird der Mindestlohn dahingehend weiterentwickelt, dass der Aspekt einer angemessenen gesellschaftlichen Teilhabe der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zum Mindestlohn beschäftigt werden, bessere Berücksichtigung findet.«

19 S. dazu den nachfolgenden Beitrag von *H. Lesch*, SR 2/2023, 50 ff.; sowie *ders./Schroder*, Stellungnahme, Ausschuss für Arbeit und Soziales am 16.5.2022.

20 *Giesen*, ZfA 2022, 346, 349.

21 BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – NJW 1990, 1469, sub. III.2.a.: »Sicherung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage«; BVerfG, 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11 – NJW 2014, 46, Rn. 75.

22 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 275/33.



im Vergütungsbereich zusteht (vgl. Art. 153 Abs. 5 AEUV).<sup>23</sup> Dessen ungeachtet dürften sich die Erfolgsaussichten einer beim EuGH gegen die Richtlinie geführten Nichtigkeitsklage aber als gering erweisen. Wenig erreichen ließe sich jedenfalls mit dem Hinweis auf die Koalitionsfreiheit des Art. 28 GRCh, da das europäische Verfassungsrecht bei der Auslotung ihres Schutzbereichs (gleiches gilt übrigens für Art. 11 EMRK) der Verhandlungsprärogative der Tarifpartner entscheidend weniger Aufmerksamkeit schenkt, als uns dies aus dem deutschen Recht geläufig ist. Um schließlich die Chancen einer vor dem EuGH geführten Klage realistisch zu beurteilen, lohnt eine Betrachtung des von Ungarn und Polen ohne Erfolg gegen die Entsenderichtlinie geführten Verfahrens.<sup>24</sup>

Nun haben Art. 4 Nr. 1 ESC und erst recht die Richtlinie keinen Verfassungsrang. Dennoch werden völker- und unionsrechtliche Verpflichtungen des Bundesgesetzgebers sehr wohl in die Abwägung der hier widerstreitenden Grundrechte einfließen und in dieser mitbedacht werden müssen. So schillernd und ungeklärt sich das Verhältnis von nationalem Verfassungsrecht und Unionsrecht auch zeigt, so würde man sich doch einigermaßen schwer damit tun, unionsrechtliche Vorgaben bei der Auslotung des Art. 9 Abs. 3 GG jedenfalls auf die Schnelle mit dem Argument beiseitezuschieben, dass diese nach nationaler Lesart verfassungswidrig seien.

Ein letzter Gesichtspunkt kommt aus verfassungsrechtlicher Perspektive noch hinzu: Schon grundsätzlich unterliegen Grundrechte und ihre Auslegung einem steten Wandel (s. nur den Klimabeschluss des BVerfG). Das Koalitionsgrundrecht indes erweist sich, noch weit darüberhinausgehend, als ein in hohem Maße entwicklungsoffenes Grundrecht.<sup>25</sup> Deshalb muss in die Beurteilung auch mit einfließen, dass sich die Sicht auf die Tarifautonomie in den letzten beiden Jahrzehnten durchaus auch gewandelt hat (Stichworte nur: AEntG, Mindestlohn nach AÜG, erleichterte Allgemeinverbindlicherklärungen nach dem Tarifstärkungsgesetz, Renaissance von Tariftreueverlangen<sup>26</sup>, equal-pay-Zwang im Überlassungsrecht und Abweichungsmöglichkeit hiervon durch Tarifvertrag, exklusive Tarifdispositivitätsklauseln usw.). Man mag diese Entwicklung<sup>27</sup> kritisieren, dies vielleicht auch pointiert.<sup>28</sup> Indes lassen sich aktuelle arbeitsmarktpolitische Entwicklungen in diesem Bereich aber eben nicht mit einem unmodifizierten Verweis auf Lehrsätze aus der verfassungsrechtlichen Judikatur der

1970er und 1980er Jahre (oder gar aus noch länger zurückliegenden Zeiten) erfassen.

## 2. Lohnhöhe

Das leitet zu der Frage über, wie hoch sich der Mindestlohn bestimmen darf bzw. muss, um die zuvor beschriebenen Gesetzesziele abzudecken, ohne aber über diese hinauszugehen.

Giesen<sup>29</sup> kritisiert am neuen Mindestlohn, dass dieser »gegriffen« sei. Gemeint ist damit, dass es sich bei diesem, wenn man dies so formulieren will, um ein Fantasieprodukt des Gesetzgebers handelt, weil sich die vollzogene Erhöhung nicht an klaren Parametern festgemacht hatte, namentlich nicht an der Tarifentwicklung. Ganz anders sieht dagegen § 9 Abs. 2 S. 2 MiLoG vor, dass sich die Mindestlohnkommission genau daran orientieren soll.

Als wirklich schädlich erweist sich das indes nicht. Es ist gerade die Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, Sachverhalte nach eigenen Vorstellungen zu ordnen. Deshalb trägt auch der Verweis auf § 9 Abs. 2 S. 2 MiLoG nicht. Die Mindestlohnkommission und die ihr nachfolgende Bundesregierung erhält ihre Vorschlags- und Rechtssetzungskompetenz nur auf delegativem Weg. Es ist daher naheliegend, wenn nicht sogar zwingend, dass beiden dafür inhaltliche Rahmenbedingungen vorgegeben werden.

Entscheidend ist nicht, dass der Gesetzgeber meinte, »freihändig« agieren zu wollen bzw. zu können, sondern nur, dass das von ihm auf diesem Wege gefundene Resultat den maximal zulässigen Rahmen für eine Mindestlohnvorgabe nicht überschreitet.

23 Einzelheiten sollen mit Rücksicht auf den nachfolgenden Beitrag von E. Kovacs, SR 2/2023, 70 ff. nicht dargestellt werden. S. im bisherigen Schrifttum, wie hier: *Krebber*, RdA 2021, 215; *Schubert*, FS Säcker, 2021, S. 167, 170; wohlwollender (aber dennoch nicht ohne Zweifel): *Klocke/Hautkappe*, ZES-AR 2021, 63, 67.

24 EuGH, 8.12.2020 – C-620/18 – ECLI:EU:C:2020:1001 (Ungarn/Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union); EuGH, 8.12.2020 – C-626/18 – ECLI:EU:C:2020:1000 (Republik Polen/Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union).

25 Vgl. BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 366.

26 S. § 72 Abs. 3a und b SGB XI; Art. 9 Richtlinie (EU) 2022/2041 (Fn. 23); Tariftreueverlangen der Länder Thüringen, Berlin, Sachsen-Anhalt, Saarland.

27 Übersicht über die Entwicklung bei *Bayreuther*, FS Säcker, 2021, 113 ff.

28 So etwa: *Henssler*, RdA 2021, 1, 4: »staatliches Zwangssystem«; *Rieble*, ZfA 2005, 245 ff.: »Staatshilfe für Gewerkschaften«; *Greiner*, SR 2019, 17: Gewerkschaften als »Deutsche Umwelthilfe der Arbeitsbeziehungen«.

29 Giesen, ZfA 2022, 369, 371.

Die Bestimmung, was ein elementar-gerechter Lohn ist, fällt schon deshalb schwer, weil es dabei gilt, einen generellen Betrag festzulegen, der für eine Vielzahl von Branchen und für unterschiedlichste Arbeitsverhältnisse Anwendung finden wird. Etwas leichter tut man sich dagegen mit der Zeichnung eines sozioökonomisch ausgerichteten Mindestlohns. Zumindest insoweit ließe sich durchaus auf die zu Art. 4 Nr. 1 ESC herausgearbeiteten Grundsätze, aber eben auch auf die (zugegebener Weise etwas diffus daherkommenden) Leitlinien der Mindestlohnrichtlinie zurückgreifen. In Anlehnung daran wäre eine Orientierung am hälftigen Durchschnittslohn oder an 60 % des Medianverdienstes eventuell gangbar,<sup>30</sup> jedenfalls aber nicht von vornherein unstatthaft. Diesem Sockel scheint der aktuelle Mindestlohn zu entsprechen.<sup>31</sup> Um aber wirklich abzusichern, dass dies auch so bleibt, muss für weitere Erhöhungen wieder an die Lohn-, besser noch an die Tariflohnentwicklung angeknüpft werden. Insoweit spricht in tatsächlicher Hinsicht auch viel dafür, die Mindestlohnentwicklung ohne weitere Zäsur wieder in die Hände der Mindestlohnkommission zurückzugeben. Diese verfügt über eine besondere Sachkunde, steht dem Tarifgeschehen näher als der Gesetzgeber und vor allem sieht sie sich, anders als dieser, keinen wahlkampfaktischen Überlegungen ausgesetzt.

### 3. Fehlende Übergangsregelungen

Ein nicht von der Hand zu weisender Kritikpunkt am neuen MiLoG ist das Fehlen jeglicher Übergangsregelungen für bestehende Tarifverträge, die in den unteren Lohngruppen ein im Vergleich zum neuen Mindestlohn geringeres Vergütungsniveau vorsehen (eine Problematik, die sich allerdings mit dem Zeitlauf mehr oder weniger erledigt hat oder erledigen wird). Damit wurde das berechnete Vertrauen der Tarifpartner darauf, dass die schon vor einiger Zeit avisierten Mindestlöhne der Kommission bis zum Auslauf der jeweiligen Rechtsverordnung Bestand haben werden, in rechtlich maßgeblicher Weise enttäuscht. Im Vergleich dazu war das MiLoG 2014 immerhin noch mit einigen Übergangsregelungen versehen, wenngleich sich diese auch relativ bescheiden ausnahmen (AEntG-Tarifverträge, Zeitungszusteller).

Das Fehlen jeder Übergangsregelung für Bestandstarifverträge bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Zu diesem Zweck könnte der Gesetzgeber vielleicht darauf verweisen, dass Öffnungsklauseln zu Gunsten von Bestandstarifverträ-

gen die zollrechtliche Überwachung des Mindestlohns erheblich erschweren könnten. Indes können reine Praktikabilitätsabwägungen nicht geeignet sein, um den hier zu diskutierenden Eingriff in die Tarifautonomie zu rechtfertigen. Wesentlich griffiger erweist sich dagegen, dass der Gesetzgeber sich möglicherweise besorgt zeigte, dass eine Tarifdisponibilität des Mindestlohns das mindestlohnrechtliche Gesamtsystem empfindlich stören würde. Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen einem Entsendeunternehmen aus dem EU-Ausland nämlich die gleichen Dispositionsbefugnisse eingeräumt werden, die Inlandsunternehmen genießen<sup>32</sup> (weshalb das Mindestlohnrecht grundsätzlich nicht tarifdispositionsoffen ausgestaltet werden kann und auch nicht ist, siehe §§ 1, 3 S. 1 MiLoG, 8 Abs. 2 AEntG, 3a Abs. 2 AÜG). Indes hätte insoweit nur eine temporäre Öffnungsklausel zur Diskussion gestanden. Damit wäre die volle Durchsetzbarkeit des Mindestlohns nur für einen überschaubaren Übergangszeitraum eingeschränkt gewesen.

## VI. Zusammenfassung

1. Arbeitsmarkt- und tarifpolitisch mag man der MiLoG-Novelle 2022 durchaus skeptisch gegenüberstehen. Ein anderes ist aber, ob die Novelle einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhält. Das ist der Fall und nichts anderes galt bereits für das grundständige MiLoG 2014. Der mit dem Gesetz verbundene Eingriff in die Tarifautonomie wiegt zwar schwer, ist aber rechtfertigbar. Dem Gesetzgeber kommt die Kompetenz zu, in der Arbeitsrechtsbeziehung für eine grundständige Austauschgerechtigkeit zu sorgen, dahingehend, dass Arbeitnehmer nicht zu inakzeptablen Löhnen beschäftigt werden. Insoweit muss der Mindestlohn sich nicht auf die Erreichung des absoluten Existenzminimums beschränken. Vielmehr kann dieser auch so gestaltet werden, dass er die soziokulturelle Existenz des Arbeitnehmers in elementarer Weise absichert.
2. Unschädlich ist, dass die Höhe des neuen Mindestlohns einer »freien« Entscheidung des Gesetzgebers entsprungen ist. Entscheidend ist (in dieser Beziehung) nicht der Findungsprozess des Gesetzgebers, sondern alleine, dass

30 S. dazu die Überlegungen von C. Schubert, FS Sacker, 2021, 167, 177 f.

31 S. dazu den nachfolgenden Beitrag von H. Lesch, SR 2/2023, 50 ff.

32 EuGH, 24.1.2002 – C-164/99 – ECLI:EU:C:2002:40 (Portugalia).

das Resultat nicht den maximal zulässigen Rahmen für eine Mindestlohnvorgabe überschreitet. Bei der Bestimmung eines möglichen Mindestlohns können die zu Art. 4 Nr. 1 ESC herausgebildeten Grundsätze, aber auch die – in kompetenzrechtlicher Hinsicht allerdings überschießende – Mindestlohnrichtlinie der Union grobe Anhaltspunkte geben. Danach scheint sich der augenblickliche Mindestlohn noch in einem verfassungsrechtlich vertretbaren Rahmen zu halten. Um dies aber auch für die Zukunft abzusichern, muss die Mindestlohnentwicklung einerseits an die (Tarif-)lohnentwicklung gebunden werden und andererseits wieder zurück in die Hände der Mindestlohnkommission gelegt werden.

3. Weder die Tarif- noch die Arbeitsvertragsparteien konnten ein schutzwürdiges Vertrauen darauf haben,

dass Mindestloohnerhöhungen stets durch die Mindestlohnkommission vorgenommen werden würden bzw. darauf, dass der Gesetzgeber insoweit nicht an Stelle der Kommission selbst tätig wird.

4. Ein nicht von der Hand zu weisender Kritikpunkt am neuen MiLoG ist das Fehlen jeglicher Übergangsregelungen für bestehende Tarifverträge. Ob reine Praktikabilitätsabwägungen (insbesondere: keine effektive Kontrollierbarkeit durch die Zollverwaltung im Fall einer Tarifdispositivität) dieses Manko rechtfertigen können, erscheint fraglich. Allenfalls ließe sich auf die Vorgabe des Unionsrechts zur Gleichbehandlung von Entsendeunternehmen verweisen, womit das Mindestlohnsystem empfindlich gestört wäre, wäre dieses auch nur temporär tarifdisponibel ausgestaltet.

# Mindestlohn, Mindestlohnanpassung und Tarifautonomie: Eine institutionenökonomische Perspektive

Dr. Hagen Lesch, Institut der deutschen Wirtschaft, Köln

## I. Der Mindestlohn als politisches Steuerungselement

Das deutsche Lohnfindungssystem war seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland über Jahrzehnte hinweg durch eine hohe Bereitschaft geprägt, Löhne und Arbeitsbedingungen kollektiv über Branchentarifverträge zu regeln. Arbeitnehmer schlossen sich dazu in Gewerkschaften und Unternehmer in Arbeitgeberverbänden zusammen. Die im Grundgesetz garantierte Tarifautonomie schaffte einen Rahmen, in dem die Tarifvertragsparteien weitgehend frei von staatlicher Einflussnahme agieren konnten. Dieser »kollektive Konsens« begann in den 1980er Jahren zu bröckeln. In den 1990er Jahren geriet der Branchentarifvertrag sogar in eine regelrechte Krise. Manchen galt er als überholt, anderen als überholungsbedürftig. Der Branchentarifvertrag wurde aber nicht nur kritisiert. Es wanden sich auch immer mehr Betriebe von ihm ab, sodass die Tarifbindung seit Jahrzehnten kontinuierlich zurückgeht. Waren Mitte der 1990er Jahre noch rund 70 % der Beschäftigten tarifgebunden, sind es aktuell nur noch gut 50 %. Gleichzeitig liefen in immer mehr Branchen Branchentarifverträge aus, ohne dass neue abgeschlossen wurden. Beispiele sind Handwerksbereiche wie das Friseur- oder Bäckerhandwerk, die Kinobranche, aber auch die vielfach wegen schlechter Arbeitsbedingungen in der Kritik stehende Fleischindustrie. Auf diese Weise entstanden in der Tariflandschaft »weiße Flecken«. Diese Entwicklung und eine an Intensität gewinnende Diskussion über Lohndumping und prekäre Arbeitsverhältnisse veranlasste die Bundesregierung schließlich dazu, 2015 einen gesetzlichen Mindestlohn einzuführen. Dies stellt einen markanten Systembruch in den deutschen Arbeitsbeziehungen dar. Nie zuvor griff der Staat derart steuernd in die Tarifbeziehungen ein. Betroffen waren nicht allein die tarifungebundenen »Außenseiter« und damit die negative Koalitionsfreiheit. Da auch viele

Tarifentgelte durch den Mindestlohn unwirksam wurden, griff der Staat erstmals seit 1949 auch direkt in die positive Koalitionsfreiheit ein (ein Vorgang, der sich durch das Tarifeinheitsgesetz wiederholen sollte).

Die Tarifautonomie konkurriert mit anderen Zielen von Verfassungsrang, etwa mit dem Sozialstaatsprinzip. Daher ist zu beachten, dass die Tarifvertragsparteien stets in die »Zielsetzung der Gesamtgesellschaft« eingebunden sind und sich daraus »bestimmte Aufgabenstellungen« ableiten<sup>1</sup>. Tarifautonomie muss sich »legitimieren durch den Glauben an die Zweckmäßigkeit ihrer Existenz«<sup>2</sup>. Die neue Institutionenökonomie knüpft hieran unmittelbar an. Sie beschreibt die Beziehung zwischen dem Staat einerseits und den Tarifvertragsparteien andererseits durch einen Prinzipal-Agenten-Ansatz.<sup>3</sup> Der Staat fungiert bei der Gewährung von Tarifautonomie als ein Prinzipal, der dem Gemeinwohl verpflichtet ist, während die Tarifvertragsparteien Agenten sind, die vor allem die Interessen ihrer Mitglieder vertreten. Der Prinzipal hat eine Grundsatzentscheidung darüber zu treffen, ob er die Arbeitsbedingungen selbst gesetzlich festlegt, die Regelung der Arbeitsbedingungen dem Markt überlässt – was aufgrund der im Arbeitsrecht vertretenen These der strukturellen Unterlegenheit von Beschäftigten gegenüber ihren Arbeitgebern keine erstbeste Lösung darstellt – oder den Agenten im Wege der Tarifautonomie überlässt.<sup>4</sup> Entscheidet er sich für die Tarifautonomie, kann er mögliche Legitimitätsrisiken vermeiden, die eine »staatliche

1 *Weitbrecht*, Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie. Eine soziologische Untersuchung am Beispiel der deutschen Metallindustrie, Berlin 1969, S. 162.

2 *Weitbrecht* (Fn. 1), S. 162.

3 Vgl. *Lesch*, Sozialer Fortschritt 2021, 709 ff.

4 Theoretisch könnte der Prinzipal auch eine Betriebs- oder Unternehmensautonomie rechtlich verankern, wie es beispielsweise in Japan der Fall ist.

Lohnpolitik« mit sich bringen kann (Verletzung des Neutralitätsgebots).<sup>5</sup>

Diesem Vorteil kann ein Nachteil gegenüberstehen. Er entsteht, wenn die Tarifvertragsparteien Gemeinwohlbelange in ihrer Tarifpolitik nicht ausreichend berücksichtigen. Zu den Gemeinwohlbelangen gehören staatliche Zielsetzungen wie sie im Stabilitäts- und Wachstumsgesetz von 1967 festgelegt wurden (Preisniveaustabilität, angemessenes und stetiges Wirtschaftswachstum, hoher Beschäftigungsstand und außenwirtschaftliches Gleichgewicht), aber auch sozialpolitische Zielsetzungen, die sich im Zeitverlauf aufgrund veränderter ökonomischer Rahmenbedingungen oder durch den Wechsel von Regierungskoalitionen ändern können. Aus Sicht des Prinzipals dürfen »die Folgekosten (Gemeinwohlverluste) der Tarifaufonomie nicht zu groß werden«<sup>6</sup>. Also muss er sicherstellen, dass die Agenten das Gemeinwohl ausreichend berücksichtigen und dabei einen sozialen Ausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern herstellen. Letztlich überlässt der Staat den Tarifvertragsparteien die Tarifaufonomie im Tausch gegen ihre Loyalität. Aus Sicht der Tarifvertragsparteien ist ein solches institutionelles Arrangement nur attraktiv, wenn die Maximierung von Mitgliederinteressen durch die Loyalitätsverpflichtung gegenüber dem Staat nicht zu sehr behindert wird.

Aufgrund von unvollständiger Information kann der Staat nicht genau beobachten, inwieweit die Tarifvertragsparteien ihrer Loyalitätsverpflichtung nach-

ten) verbunden, zumal es schwierig ist, die tarifpolitischen Einflüsse auf das Gemeinwohl von anderen Einflüssen zu trennen. Deshalb stellt der Staat die Tarifaufonomie unter den Vorbehalt staatlicher Einflussnahme. Er greift dann steuernd in die Tarifaufonomie ein, wenn er der Auffassung ist, dass die Tarifvertragsparteien einen größeren Beitrag zum Gemeinwohl leisten sollen. Dies wirkt auf die Tarifvertragsparteien disziplinierend. Denn wenn die Tarifvertragsparteien das Risiko von Staatseingriffen minimieren wollen, müssen sie das Gemeinwohl angemessen berücksichtigen.<sup>7</sup> Unterlassen sie das, hat der Staat verschiedene Optionen: er kann semantisch, tripartistisch, gesetzlich oder politisch steuern.

Ein Rückblick zeigt, dass sich im historischen Kontext für alle Formen Beispiele finden lassen (Abbildung 1). Die Beispiele wurden danach ausgewählt, ob ein Steuerungseingriff im Zusammenhang mit einer politischen oder öffentlichen Debatte über die Funktionsfähigkeit der Tarifaufonomie stand. Charakteristisch für solche Debatten ist, dass ein Gemeinwohldefizit vorliegt, dessen Lösung eine Mitwirkung der Tarifvertragsparteien oder eine Anpassung ihres Verhaltens notwendig macht. Unterbleibt eine solche autonome Anpassung, wird die Debatte für die Regierung zu einer Herausforderung (challenge), die eine Antwort oder Reaktion (response) nach sich zieht.<sup>8</sup>

Abbildung 1: Staatliche Steuerung der Tarifaufonomie seit 1918

Systemwechsel	Semantische Steuerung	Rechtliche Steuerung	Tripartistische Steuerung	Politische Steuerung
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1918 (TA)</li> <li>• 1934 (Führerprinzip)</li> <li>• 1949 (TA)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Regelmäßige Appelle</li> <li>• 2003 (Drohung: gesetzliche Öffnungsklausel)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1923 (SVO)</li> <li>• 1930/32 (NVO)</li> <li>• 1984 (AfG)</li> <li>• 2014 (TASG; MiLoG)</li> <li>• 2015 (TEG)</li> <li>• 2022 (MiLoEG)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1967 (Konz. Aktion)</li> <li>• 1996, 1998/2002 (BfA)</li> <li>• 2008/09 (Krisengipfel)</li> <li>• 2022 (Konz. Aktion)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 1974 (Monetaristische Wende)</li> <li>• 2005 (Agenda 2010)</li> </ul>

Quelle: eigene Darstellung

kommen. Er könnte dies kontrollieren, indem er Kenntnisse über die Motive gewinnt, die in den Tarifverhandlungskommissionen von Arbeitgebern und Gewerkschaften eine Rolle spielen. Ein solches Vorgehen wäre aber mit enormen Aufwand (sog. Suchkos-

5 Fehmel, in: Andresen/Bitzregio/Mittag (Hrsg.): Nach dem Strukturbruch? Kontinuität und Wandel von Arbeitsbeziehungen und Arbeitswelt(en), Bonn 2011, S. 267, 275; Lesch, Sozialer Fortschritt 2021, 709, 694.

6 Lesch, Sozialer Fortschritt 2021, 709, 694.

7 Vgl. Lesch, Sozialer Fortschritt 2021, 709, 695.

8 Vgl. Lesch/Schneider/Vogel, in: Gesamtmetall (Hrsg.): Tarifaufonomie und Tarifgeltung. Zur Legitimation und Legitimität der Tarifaufonomie im Wandel der Zeit, Berlin 2021, S. 179, 188 ff.

Als Startpunkt des historischen Rückblicks bietet sich das Stinnes-Legien-Abkommen vom November 1918 an, mit dem in Deutschland erstmals die Tarifautonomie eingeführt wurde.<sup>9</sup> Mit dem Novemberabkommen wurde ein Systemwechsel eingeleitet. Im Deutschen Kaiserreich fehlte zuvor nicht nur die rechtliche Grundlage für den Abschluss und die Geltung eines Tarifvertrags; es wurden auch die Koalitionen selbst (insbesondere die Gewerkschaften) durch den Staat bekämpft.<sup>10</sup> Mit dem Untergang der Weimarer Republik scheiterte auch die Tarifautonomie. Nach ihrer Beseitigung im Zuge der NS-Diktatur wurde sie im Zuge der Gründung der Bundesrepublik Deutschland aber erneut – und diesmal mit anhaltender Lebensdauer – eingeführt.

Neben solchen Systemwechseln, die in einem engen Zusammenhang mit politischen Veränderungen standen, gab es eine ganze Reihe weniger intensiver Eingriffe des Staates in die Tarifautonomie. Bei der semantischen Steuerung findet man neben zahlreichen, hier nicht näher dokumentierten Appellen von Politikern an die Tarifvertragsparteien im Rahmen von Tarifverhandlungen eine herausstechende Steuerungsepisode: die im März 2003 vor dem Deutschen Bundestag an die Tarifvertragsparteien gerichtete Drohung von Bundeskanzler Gerhard Schröder, gesetzliche Öffnungsklauseln einzuführen, wenn die Tarifvertragsparteien nicht selbst ihre Tarifverträge für abweichende betriebliche Vereinbarungen öffnen. Die Drohung musste letztlich nicht umgesetzt werden, weil die Tarifvertragsparteien reagierten. Das gilt vor allem für die größte deutsche Industriebranche, die Metall- und Elektro-Industrie. Dort einigten sich die Tarifvertragsparteien im Jahr 2004 auf das »Pforzheimer Abkommen«. Dieses öffnete den Branchentarifvertrag für abweichende Regelungen auf der Unternehmensebene. Anzumerken ist, dass dieser semantischen Steuerung einige Jahre zuvor im Rahmen des Bündnisses für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit ein tripartistischer Steuerungsversuch vorausgegangen war, dem kein Erfolg beschieden war.

Tripartistische Steuerungsversuche gab es vor allem seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland. Hierzu gehören die Konzertierte Aktion von 1967, das Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit von 1998, der Krisenkorporatismus im Zuge der Wirtschafts- und Finanzkrise 2008/09 und die im Sommer 2022 initiierte Konzertierte Aktion gegen den Preisdruck.<sup>11</sup> So

unterschiedlich die politischen Zielsetzungen der verschiedenen tripartistischen Steuerungsversuche auch waren, so einig waren sich die verschiedenen Bundesregierungen darin, notwendige Veränderungen im sozialen Konsens zu gestalten. Das ging nur über eine Einbindung der Tarifvertragsparteien. Die Bilanz dieser Strategie fällt eher gemischt aus. Die Konzertierte Aktion von 1967 scheiterte ebenso wie das Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit 1998, während der Krisenkorporatismus 2008/09 half, Massenentlassungen durch die massive Nutzung von Kurzarbeit zu vermeiden. Inwieweit die aktuelle Konzertierte Aktion gegen den Preisdruck erfolgreich sein wird, bleibt abzuwarten.

Als Alternative zu einer formellen Einbindung der Tarifvertragsparteien in die staatliche Wirtschaftspolitik gibt es auch informelle Möglichkeiten, die bei der politischen Steuerung genutzt werden. Hierbei wird versucht, durch eine veränderte Ausrichtung des Policy-Mixes zwischen Geld-, Fiskal- und Lohnpolitik auf die Anreize von wirtschaftspolitischen Entscheidungsträgern einzuwirken. Historische Beispiele sind die monetaristische Wende der Deutschen Bundesbank in den 1970er Jahren, in deren Kontext die Notenbank ein Geldmengenziel verkündete, um die Inflation zu bekämpfen, und die Agenda 2010, die das Prinzip der Alimentierung von Arbeitslosigkeit durch das Prinzip der Aktivierung Arbeitsloser ersetzte und damit die sozialpolitische Alimentierung der Tarifpolitik änderte. Durch die monetaristische Wende »entfiel die Option, lohnpolitisch induzierte Arbeitslosigkeit durch eine lockere Geldpolitik aufzufangen«<sup>12</sup> und durch die Agenda 2010 wurde im Zuge der Deregulierung des Arbeitsmarkts, der Abschaffung der Arbeitslosenhilfe und der Einführung der Grundsicherung für Arbeitsuchende ein Paradigmenwechsel vollzogen, der das institutionelle Arrangement zwischen Staat und Tarifvertragsparteien

9 Der vorliegende Beitrag muss sich aus Platzgründen auf einige Schlaglichter konzentrieren. Eine ausführliche Analyse historischer Steuerungsepisoden bieten *Lesch/Schneider/Vogel*, in: *Gesamtmetall* (Hrsg.): *Tarifautonomie* (Fn. 8), S. 193 ff. an.

10 *Höpfner*, in: *Gesamtmetall* (Hrsg.): *Tarifautonomie* (Fn. 8), S. 51.

11 S. zur weiteren Vertiefung auch: *Schroeder*, in: *Zimmer/Weißels* (Hrsg.): *Verbände und Demokratie in Deutschland*, Opladen 2001, S. 29–54; *Fickinger*, *Der verschenkte Konsens. Das Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit 1998–2002*, Wiesbaden 2005; *Lesch/Schneider/Vogel*, in: *Gesamtmetall* (Hrsg.): *Tarifautonomie* (Fn. 8), S. 227 ff.; *Eichhorst/Weißhaupt*, *ZSR* 2013, 319–335; *Weißhaupt*, in: *Ebbinghaus/Weißhaupt* (Hrsg.): *The Role of Social Partners in Managing Europe's Great Recession: Crisis Corporatism or Corporatism in Crisis?*, Abingdon, New York 2022, S. 53–74.

12 *Lesch*, *Sozialer Fortschritt* 2021, 703.

änderte. Da der Staat nicht länger die Folgekosten des lohnpolitischen Verhaltens der Tarifvertragsparteien übernahm, ließen sich die negativen Effekte des Tarifsystems nicht länger externalisieren.<sup>13</sup> In beiden Fällen der politischen Steuerung wurden die Tarifvertragsparteien zu Verhaltensänderungen im Sinne einer größeren Gemeinwohlorientierung gezwungen.

Beispiele für rechtliche Steuerungsepisoden lassen sich bis zurück in die Weimarer Republik finden.<sup>14</sup> Zu nennen sind die Einführung der staatlichen Zwangsschlichtung durch die Schlichtungsverordnung von 1923 und die Notverordnungen der frühen 1930er Jahre, mit denen die Reichsregierung auch in die Tarifpolitik eingriff. Nach dem Zweiten Weltkrieg verzichteten die amtierenden Bundesregierungen lange Zeit auf rechtliche Steuerungsmaßnahmen. Die Wirtschaftswunderjahre schufen günstige Rahmenbedingungen, unter denen sich die Tarifautonomie zunehmend etablieren konnte. Die staatliche Gemeinwohlorientierung wurde nicht durch die Mitgliederorientierung der Tarifvertragsparteien gefährdet. Dies änderte sich erst mit der ersten großen Nachkriegsrezession 1966/67, die zu der bereits erwähnten Konzertierten Aktion führte. Zu rechtlichen Steuerungsmaßnahmen kam es im Kontext des »Streikparagrafen« (§ 116 AFG) aber erst in den 1980er Jahren. Vorausgegangen waren große Arbeitskämpfe zur Durchsetzung der 35-Stunden-Woche in der Druckindustrie und in der Metall- und Elektro-Industrie. Sie tangierten nicht nur das Gemeinwohl, sondern warfen auch eine öffentliche Debatte darüber auf, ob sich die Bundesanstalt für Arbeit im Arbeitskampf wirklich neutral verhielt. Weitere rechtliche Steuerungsepisoden gab es dann erst wieder in jüngerer Zeit. Dem Tarifautonomiestärkungsgesetz (TASG) und dem damit eingeführten Mindestlohngesetz (MiLoG) von 2014 folgten 2015 das Tarifeinheitsgesetz (TEG) und 2022 das Mindestloohnerhöhungsgesetz (MiLoEG). Mit dem gesetzlichen Mindestlohn griff der Staat erstmals seit 1949 in die positive Koalitionsfreiheit der Tarifvertragsparteien ein.<sup>15</sup>

Der kurze historische Überblick zeigt, dass die Institution Tarifautonomie »einer fortwährenden, systemimmanenten Überprüfung ihrer Zweckmäßigkeit ausgesetzt ist«<sup>16</sup>. Mit der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns reagierte der Staat letztlich auf die mangelnde autonome Fähigkeit der Tarifvertragsparteien, Niedriglöhne wirksam zu bekämpfen. Dem Eingriff war eine jahrelange politische

Diskussion über den Niedriglohnsektor vorausgegangen, die den Staat (auch vor dem Hintergrund des erfolgreichen Abbaus der hohen Arbeitslosigkeit) zunehmend unter Druck setzte. Dem häufig vorgetragen ordnungspolitischen Argument, der Staat greife mit dem gesetzlichen Mindestlohn in die Tarifautonomie ein, steht deshalb das institutionenökonomische Argument gegenüber, nach welchem der dem Gemeinwohl verpflichtete Staat steuernd in den Lohnfindungsprozess eingreift, wenn er das Gemeinwohl gefährdet sieht und nicht mehr darauf vertraut, dass die Tarifvertragsparteien das Problem autonom lösen. Die anhaltende Debatte über eine verteilungspolitische »Schieflage« führte nicht nur zur Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns, sondern verursachte auch den politischen Eingriff in die Mindestlohnanpassung. Die aktuelle rechtspolitische Debatte über eine Stärkung der Tarifbindung durch politische Maßnahmen<sup>17</sup> ist ebenfalls eine Reaktion auf diese verteilungspolitische Debatte.

## II. Mindestlohnanpassung: Regelgebunden oder diskretionär

Der Mindestlohn greift zweifellos in die Tarifautonomie ein. Bei der Mindestlohngesetzgebung hat die Bundesregierung aber dennoch versucht, der Tarifautonomie Rechnung zu tragen. Nach dem Vorbild der britischen »Low Pay Commission« wurden Anpassung und Festsetzung des Mindestlohns einer unabhängigen Mindestlohnkommission (MLK) übertragen, die paritätisch aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zusammengesetzt ist und der darüber hinaus ein neutraler Vorsitzender vorsteht. Das MiLoG verpflichtet die MLK gemäß § 9 Abs. 1 dazu, den Mindestlohn alle zwei Jahre anzupassen. In § 9 Abs. 2 MiLoG heißt es: »Die Mindestlohnkommission prüft im Rahmen einer Gesamtabwägung, welche Höhe des Mindestlohns geeignet ist, zu einem angemessenen Mindest-

13 Vgl. Streeck, in: Gesamtmetall (Hrsg.): Die deutschen Arbeitsbeziehungen am Anfang des 21. Jahrhunderts. Eine Bestandsaufnahme, Köln 2001, S. 98.

14 Vgl. dazu ausführlich Lesch/Schneider/Vogel, in: Gesamtmetall (Hrsg.): Tarifautonomie (Fn. 8), S. 226 ff.

15 Lesch/Schneider/Vogel, in: Gesamtmetall (Hrsg.): Tarifautonomie (Fn. 8), S. 275 ff.

16 Lesch/Schneider/Vogel, in: Gesamtmetall (Hrsg.): Tarifautonomie (Fn. 8), S. 377.

17 Vgl. dazu ausführlich Höpfner, in: Gesamtmetall (Hrsg.): Tarifautonomie (Fn. 8), S. 393–468.

schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beizutragen, faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen zu ermöglichen sowie Beschäftigung nicht zu gefährden. Die Mindestlohnkommission orientiert sich bei der Festsetzung des Mindestlohns nachlaufend an der Tarifentwicklung«. Als Turnus schreibt das MiLoG einen Zwei-Jahres-Rhythmus vor. Die 2016, 2018 und 2020 unterbreiteten Vorschläge der MLK wurden von der jeweiligen Bundesregierung geprüft und umgesetzt. 2022 wurde das Verfahren ausgesetzt. Die Bundesregierung beschloss stattdessen, den Mindestlohn per Gesetz zu erhöhen. Ab 2023 soll dann die MLK wieder über eine Anpassung entscheiden. Die Bundesregierung begründete ihr Vorgehen damit, dass rund vier Millionen Menschen von der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns profitiert hätten, ohne dass dabei negative Beschäftigungseffekte hervorgerufen wurden.<sup>18</sup> Im internationalen Vergleich falle der deutsche Mindestlohn unterdurchschnittlich gering aus. Steigende Lebenshaltungskosten stellten die Geeignetheit des Mindestlohns in Frage, auf der Basis einer Vollzeitbeschäftigung die Sicherung einer angemessenen Lebensgrundlage gewährleisten zu können. Auch Altersarmut werde nicht vermieden. Der Mindestlohn müsse dahingehend weiterentwickelt werden, »dass künftig der Aspekt der gesellschaftlichen Teilhabe bei der Mindestlohnhöhe stärker Berücksichtigung findet«<sup>19</sup>. Der Beschluss der Bundesregierung, den Mindestlohn zum 1. Oktober 2022 auf 12 € je Stunde zu erhöhen, soll diesem Ziel Rechnung tragen. Mit diesem Eingriff in die bisherige Anpassungspraxis suspendierte die Bundesregierung nicht nur die Anpassungsbefugnis der MLK. Sie griff auch in laufende Tarifverträge ein.

Die Suspendierung der Anpassungsbefugnis der MLK wirft nicht nur juristische,<sup>20</sup> sondern auch institutionenökonomische Bedenken auf.<sup>21</sup> Die in § 9 Abs. 2 MiLoG (nach wie vor) enthaltene gesetzliche Vorgabe kombiniert Elemente einer regelgebundenen und einer diskretionären Anpassung. Eine regelgebundene Anpassung hat verschiedene Vorteile. Sie vermeidet Anreizprobleme und Ineffizienzen aufgrund eines falschen Timings von Maßnahmen, sie hilft dem Druck von Interessengruppen zu widerstehen und sie schafft Planungssicherheit für die Akteure. Ihr Nachteil liegt darin, weniger flexibel zu sein. Dadurch besteht die Gefahr, dass auf unvorhersehbare Schocks zu spät reagiert wird. Es macht daher Sinn, die beiden Anpassungselemente miteinander zu kombinie-

ren. In der (inzwischen außer Kraft gesetzten) Geschäftsordnung der MLK wurde das Anpassungsverfahren in § 3 Abs. 1 präzisiert: »Die MLK [...] setzt die Anpassung des Mindestlohns ab dem Jahre 2018 im Regelfall gemäß der Entwicklung des Tarifindex des Statistischen Bundesamtes ohne Sonderzahlungen auf Basis der Stundenverdienste in den beiden vorhergehenden Kalenderjahren fest. Damit ist gewährleistet, dass jeweils nachlaufend eine Anpassung des Mindestlohns an die gewichteten durchschnittlichen Tarifierhöhungen der beiden Vorjahre erfolgt.«<sup>22</sup>

Eine Analyse der drei Anpassungsschritte zwischen 2016 und 2020 zeigt, dass die MLK im Rahmen ihrer Gesamtabwägung der Regelbindung (nachlaufende Orientierung an der Tariflohnentwicklung) gefolgt ist, dabei aber auch ihren diskretionären Spielraum genutzt hat.<sup>23</sup> Das zeigt sich insbesondere beim Anpassungsturnus, zuletzt aber auch bei der Höhe. Beim ersten Beschluss im Juni 2016 beschloss die Kommission, den Mindestlohn ab Januar 2017 von 8,50 € auf 8,84 € je Stunde anzuheben. Der zweite Beschluss vom Juni 2018 sah eine Anhebung in zwei Stufen vor. Mit Jahresbeginn 2019 wurden 9,19 € und mit Jahresbeginn 2020 dann 9,35 € je Stunde vorgesehen. Beim dritten Anpassungsbeschluss vom Juni 2020 wurden schließlich Mindestlohnanpassungen in vier Stufen beschlossen: 9,50 € ab Januar 2021, 9,60 € ab Juli 2021, 9,82 € ab Januar 2022 und 10,45 € ab Juli 2022. Bei diesem dritten Beschluss wird die Nutzung des Spielraums besonders deutlich. Mit Rücksicht auf die Folgen der Corona-Pandemie wurden der Mindestlohn im ersten Schritt etwas weniger stark angehoben und die sich rein rechnerisch ergebende Anpassung (auf 9,82 €) um ein Jahr verschoben. Mit der vierten und letzten Stufe trug die MLK dann schon ganz offensichtlich der politischen Debatte über einen Mindestlohn von 12 € je Stunde Rechnung. Mit diesem Schritt ging die Kommission auch erstmals deutlich über die nachlaufende Tariflohndynamik hinaus.

18 Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung des Schutzes durch den gesetzlichen Mindestlohn und zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung, BT-Drs. 20/1408, S. 1.

19 BT-Drs. 20/1408, S. 2.

20 Vgl. Giesen, ZFA 2022, 346 ff.

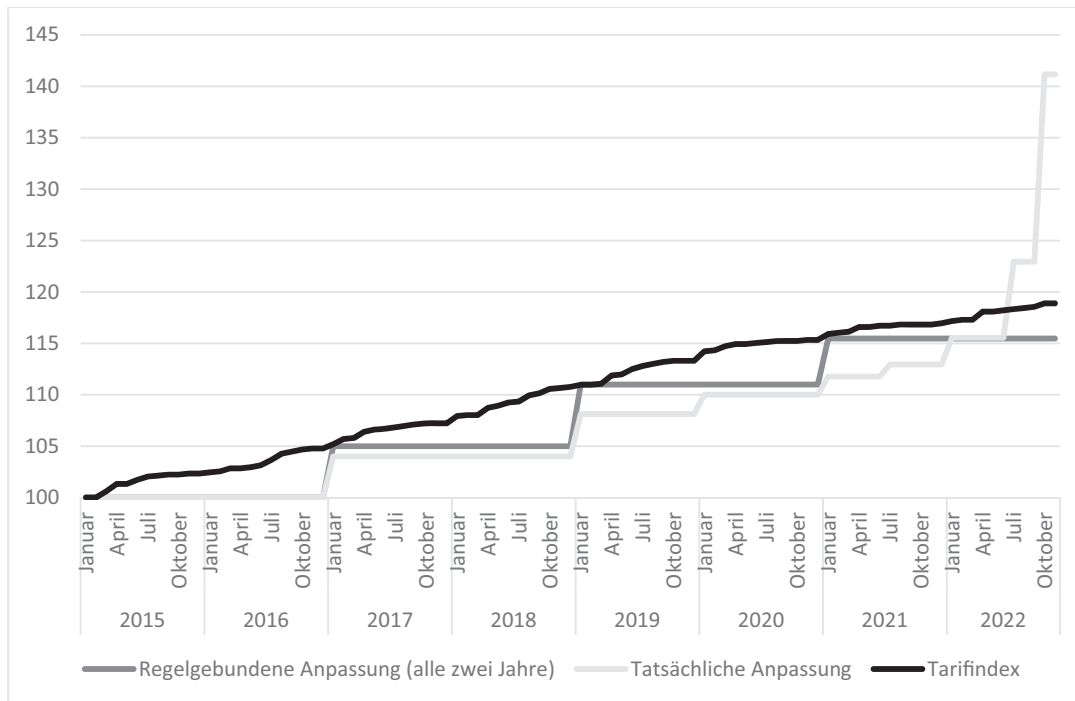
21 Vgl. Lesch/Schneider/Schröder, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 2021, 193 ff.

22 Geschäftsordnung (GO) der Mindestlohnkommission vom 27.1.2016, S. 2.

23 Lesch/Schneider/Schröder, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 2021, 195 ff.



Abbildung 2: Dynamik der Mindestlohnanpassung (Index; Januar 2015=100)



Quelle: eigene Darstellung

Zur Veranschaulichung der Regelbindung bei den Mindestlohnanpassungen stellt Abbildung 2 die Tarifentwicklung den Mindestlohnanpassungen gegenüber. Dazu sind die Entwicklung des Tariflohns ohne Sonderzahlungen (je Stunde), der gesetzliche Mindestlohn und die Mindestlohnentwicklung gemäß einer strikt regelgebundenen Anpassung dargestellt. Zur Berechnung der regelgebundenen Mindestlohnentwicklung werden bei einer Anpassung zum Januar eines Jahres immer die Tariflohnenerhöhungen der beiden vorausgegangenen Jahre zugrunde gelegt. Die erste Anhebung zum Januar 2017 berücksichtigt demnach alle Veränderungsdaten des Tarifindex von Januar 2015 bis Dezember 2016.<sup>24</sup> Der Vergleich zeigt, dass die Anpassung des Mindestlohns bis Ende 2021 hinter der Entwicklung der regelgebundenen Anpassung zurückblieb. Anfang 2021 schloss der Mindestlohn dann auf. Und seit dem Inkrafttreten der letzten Stufe des 2020er Anpassungsbeschlusses der MLK zum 1. Juli 2022 übersteigt die Dynamik der Mindestlohnanpassung sowohl den regelgebundenen Anpassungspfad als auch die Dynamik des Tarifindex. Durch die politisch beschlossene Erhöhung des Mindestlohns zum 1. Oktober 2022 wird der Abstand noch einmal deutlich höher. Damit ist die

Regelbindung einem rein diskretionären Anpassungsmodus gewichen.

### III. Mindestlohn und Tarifverhandlungen

Die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns im Jahr 2015 betraf zwar lediglich 3 % aller Tarifverträge.<sup>25</sup> Es gab aber eine Reihe von Branchen, in denen der Mindestlohn das Tarifgeschehen spürbar beeinflusst hat.<sup>26</sup> Befragungen der verantwortlichen Personen in den Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften zeigten zwar, dass keine nennens-

24 Wobei der Januarwert durch den Dezemberwert approximiert wird, da sich der Tariflohnindex immer auf den Monatsultimo bezieht. Der 31.12. liegt daher näher am 1.1. als der 31.1.

25 Vgl. Statistisches Bundesamt, Entwicklung des Tarifgeschehens vor und nach Einführung des gesetzlichen Mindestlohns, Sonderauswertung für das BMAS, 2020.

26 Vgl. Bispinck/Dribbusch/Kestermann/Lesch/Lübker/Schneider/Schröder/Schulten/Vogel, Entwicklung des Tarifgeschehens vor und nach der Einführung des gesetzlichen Mindestlohns, BMAS Forschungsbericht Nr. 562, 2020. Im Einzelnen wurden die Landwirtschaft, die Fleischwirtschaft, das Bäckerhandwerk, der Einzelhandel, die Post-, Kurier- und Expressdienste, das Gastgewerbe, die privaten Wach- und Sicherheitsdienste, die Systemgastronomie und das Friseurhandwerk untersucht.

werten Einflüsse des Mindestlohns auf die Organisationsfähigkeit von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden oder auf die Tarifbindung festgestellt wurden. In den meisten der untersuchten Branchen wurde jedoch die Tariflohndynamik vor allem in den unteren Entgeltgruppen durch den Mindestlohn stark beeinflusst, wenn nicht gar vorherbestimmt. Trotz einer Übergangsregelung, die ein temporäres Unterschreiten des gesetzlichen Mindestlohns durch bundesweite tarifliche Branchenmindestlöhne erlaubte, wurden Tarifentgelte zeitweise vom Mindestlohn überholt und entsprechend verdrängt. Das wirkte sich auch auf die Verhandlungen aus. Im Friseurhandwerk und in der Landwirtschaft wurden die untersten Entgelte direkt an den Mindestlohn gekoppelt und damit nicht mehr autonom verhandelt. Die Gewerkschaften bekamen durch den Mindestlohn Rückenwind und forderten in den Tarifverhandlungen zumeist einen Aufschlag zum gesetzlichen Minimum. Insgesamt wurden die Tarifverträge in neun untersuchten Niedriglohnbranchen zwar aufgewertet, weil das Lohngitter nach oben geschoben wurde. In einigen Branchen kam es dabei aber zu Stauchungen der Lohnstruktur, sodass der Lohnabstand zwischen angelernter Arbeit und Tätigkeiten, die eine abgeschlossene Berufsausbildung voraussetzen, schrumpfte.

Mit ihrer Entscheidung, den Mindestlohn zum 1. Oktober 2022 auf 12 € je Stunde anzuheben, griff die Politik erneut in bestehende Tarifverträge ein. Nach Auswertungen des Statistischen Bundesamts gab es zum Stichtag 21. November 2022 in 180 von 564 Tarifverträgen mindestens eine Tariflohngruppe mit einem Stundenlohn unter 12 €. <sup>27</sup> In den betroffenen Branchen wurden Tariflöhne zumindest vorübergehend außer Kraft gesetzt. Um dies zu vermeiden, verständigten sich die Tarifvertragsparteien in einigen Branchen darauf, vorgezogene Tarifverhandlungen zu führen.

In der Gebäudereinigung wurde im November 2020 ein Tarifvertrag geschlossen, dessen Laufzeit eigentlich bis Ende 2023 reichte. Im Rahmen der Stufenanpassungen sollte der tarifliche Branchenmindestlohn in der Lohngruppe 1 ab Januar 2023 auf 12 € je Stunde steigen. <sup>28</sup> Als nach der Bundestagswahl im Herbst 2021 absehbar war, dass die von SPD und Grünen geforderte Erhöhung des Mindestlohns auf 12 € je Stunde von der neuen Bundesregierung aus SPD, Grünen und FDP umgesetzt wird, forderte die IG BAU die Arbeitgeber schon im November 2021 auf, neue Tarifverhandlungen aufzunehmen. Im Mai 2022 willigten die

Arbeitgeber ein. Nach zwei Verhandlungsrunden einigten sich beide Seiten im Juni 2022 auf einen neuen Tarifvertrag. Dieser sieht unter anderem vor, die allgemeinverbindlich erklärte Lohngruppe 1 zum 1. Oktober 2022 auf 13 € je Stunde zu erhöhen. Dieser außerplanmäßige Anpassungsschritt entsprach einer Lohnsteigerung von 12,55 %. Der zweite tarifliche Branchenmindestlohn wurde um 9,39 % angehoben. Im Januar 2024 folgten weitere Anpassungen in Höhe von 3,85 % und 3,09 %. <sup>29</sup>

Auch in der Arbeitnehmerüberlassung wurden laufende Tarifvereinbarungen außerplanmäßig gekündigt und Tarifverhandlungen vorgezogen. Der eigentlich bis Ende 2022 laufende Tarifvertrag sah zum Zeitpunkt der Mindestlohnanpassung zum 1. Oktober 2022 in den beiden untersten Entgeltgruppen (EG 1 und EG 2a) Stundenlöhne von 10,88 und 11,60 € vor. Um deren Verdrängung zu vermeiden, beschlossen Arbeitgeber und Gewerkschaften im Juni 2022 für die drei untersten Entgeltgruppen, in denen 70 % der Beschäftigten der Branche eingruppiert sind, vorzeitige Anpassungen auf 12,43 € (EG 1), 12,63 € (EG 2a) und 12,93 € (EG 2b). <sup>30</sup> Das entspricht in der untersten Stufe einer Lohnsteigerung von 14,2 % und in der zweituntersten Stufe einer Steigerung von 8,9 %. Weitere Erhöhungen folgen im April 2023 und im Januar 2024. Sie summieren sich auf bis zu 24 %. <sup>31</sup>

Im Tarifgebiet Berlin-Brandenburg des Bäckerhandwerks gab es ebenfalls vorgezogene Tarifverhandlungen. Dort wurde im Januar 2021 ein Tarifvertrag ausgehandelt, der eine Laufzeit bis Ende Februar 2023 hatte. Durch den Mindestlohn von 12 € je Stunde wären zum 1. Oktober 2022 gleich mehrere Entgeltgruppen verdrängt worden. In

27 Hierbei handelt es sich um eine inoffizielle Angabe des Statistischen Bundesamts im Rahmen eines von der Mindestlohnkommission über die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin in Auftrag gegebenen Gutachtens »Auswirkungen des gesetzlichen Mindestlohns auf das Tarifgeschehen«, das vom Institut der deutschen Wirtschaft zusammen mit dem Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut in der Hans-Böckler-Stiftung durchgeführt wurde.

28 Vgl. Lesch/Winter, Corona-Pandemie dämpft Konfliktfreude. Tarifpolitischer Bericht 2. Halbjahr 2020, IW-Report 5/2021, S. 11 <https://www.iwkoeln.de/studien/hagen-lesch-corona-pandemie-daempft-konfliktfreude.html> (26.1.2023).

29 Vgl. Lesch, Droht die Lohn-Preis-Spirale. Tarifpolitischer Bericht 1. Halbjahr 2022, IW-Report 38/2022, S. 15, <https://www.iwkoeln.de/studien/hagen-lesch-droht-die-lohn-preis-spirale.html> (26.1.2023).

30 Vgl. IG Metall, Tarifabschluss Leiharbeit: in drei Stufen bis zu 24 % mehr, Online-Meldung vom 21.6.2022, <https://www.igmetall.de/tarif/tarifrunden/leiharbeit/tarifabschluss-leiharbeit-bis-zu-24-prozent-mehr-geld> (26.1.2023).

31 Die übrigen Entgeltgruppen wurden nicht in die vorgezogenen Verhandlungen einbezogen.

Brandenburg wären so viele Entgeltgruppen betroffen gewesen, dass das ganze Tarifgitter zusammengeschoben worden wäre. Um dies zu verhindern, einigten sich die Tarifvertragsparteien darauf, vorzeitig Tarifverhandlungen aufzunehmen. Im Juli 2022 wurde die gesamte Tariflohnstruktur neu verhandelt und eine Angleichung der Tarifgebiete Berlin und Brandenburg vereinbart. Ein Vergleich der Entgelttabellen zeigt, dass in einer ganzen Reihe von Entgeltgruppen Lohnanhebungen im zweistelligen Bereich vorgenommen wurden.

Diese Beispiele als »Positivbeispiele« zu interpretieren, die zeigen, dass die Tarifvertragsparteien die mit der Mindestloohnerhöhung verbundenen Herausforderungen gestemmt haben, wäre nur die halbe Wahrheit. Zur ganzen Wahrheit gehört, dass der politische Eingriff tief in die positive Koalitionsfreiheit hineinwirkt und die durch die Laufzeit eines Tarifvertrags implementierte Planungssicherheit hinwegfegt. Das entwertet den Tarifvertrag, kostet Vertrauen und schadet seiner Akzeptanz. Zur ganzen Wahrheit gehört auch, dass es neben diesen Positivbeispielen auch Negativbeispiele gibt. Im Friseurhandwerk der Region Nordrhein-Westfalen verzichteten die Tarifvertragsparteien in ihrem jüngsten Tarifabschluss vom Juni 2022 ganz darauf, ungelernte und angelernte Tätigkeiten zu tarifieren. Hier weicht die autonome Lohnsetzung einer »staatlichen Lohnpolitik«. In der Landwirtschaft gibt es derzeit lediglich eine »Bundesempfehlung«, die von den meisten regionalen Tarifvertragsparteien bis Anfang Februar 2023 noch nicht umgesetzt wurde. Und in der Floristik des Tarifgebiets Ost wurden gleich alle fünf Entgeltgruppen durch den gesetzlichen Mindestlohn verdrängt. Da die zuständige Gewerkschaft einen Aufschlag auf dem Mindestlohn verlangt, wurde der Anpassungsdruck noch größer. Versuche, den Tarifvertrag anzupassen, scheiterten im Sommer 2022.

Auch in anderen Branchen, in denen keine vorgezogenen Tarifverhandlungen notwendig wurden, beeinflusste die politische Debatte die Tariflohndynamik. In der Systemgastronomie hatte die NGG die Forderung nach einem Stundenentgelt von 12 € bereits im Spätherbst 2019 vorweggenommen.<sup>32</sup> Nach einer konfliktreichen Tarifrunde mit vielen Warnstreiks kam es im März 2020 im Rahmen einer Schlichtung zu einem Kompromiss. Danach sollten die Entgelte der zweituntersten Tariflohngruppe zwischen Juli 2021 und Dezember 2023 schrittweise von 9,40 € auf 12 € steigen und die unterste Tariflohngruppe von 9,25 € auf 11,80 €. Das hätte einem Zuwachs von 27,6 % und 26,4 % entsprochen,

jeweils verteilt auf zweieinhalb Jahre. Dabei blieb es aber nicht. Aufgrund der langen Laufzeit bis Ende Juni 2024 wurde nämlich zusätzlich eine »Abstandsklausel« vereinbart. Sie stellt sicher, dass das unterste Tarifentgelt um 20 Cent über dem gesetzlichen Mindestlohn liegen muss. Deshalb stieg das Stundenentgelt in den beiden untersten Tariflohngruppen im Zuge der Erhöhung des Mindestlohns auf 12 € automatisch auf 12,20 € an. Im Gastgewerbe, wo die Tarifverhandlungen während der Pandemie vorübergehend ausgesetzt wurden, ist eine ähnliche Entwicklung zu beobachten. So forderte die NGG im Spätherbst 2021 im Hotel- und Gaststättengewerbe Bayern für die unterste Entgeltgruppe einen Stundenlohn von 13 €. Im März 2022 einigten sich die Tarifvertragsparteien nach drei Verhandlungsrunden darauf, die unterste Tarifgruppe ab April 2022 von 9,90 € auf 12 € je Stunde anzuheben. Das entsprach einer Anhebung um 21,2 %. Zum Oktober 2022 folgte eine weitere Anhebung auf 12,15 €, im Januar 2023 auf 12,30 € und im April 2023 auf 12,60 €. <sup>33</sup> Die Laufzeit des Tarifvertrags endet Ende März 2024.

Dieser kurze Überblick illustriert exemplarisch die Herausforderungen, die mit der Anpassungsdynamik des gesetzlichen Mindestlohns verbunden sind. Der Mindestlohn hätte vermutlich zu mehr Spannungen bei den Tarifverhandlungen geführt, wenn die Tarifvertragsparteien nicht durch die galoppierende Inflation ohnehin unter einen verstärkten Anpassungsdruck geraten wären. Auch der Arbeits- und Fachkräftemangel zwingt die arbeitsintensiven Niedriglohnbranchen – unabhängig vom gesetzlichen Mindestlohn – dazu, Anpassungen der Tarifentgelte vorzunehmen.

## IV. Mindestlohn und Living Wage

Die ursprüngliche Intention des Mindestlohns bestand darin, eine Art untere Auffanglinie darzustellen und vor allem dort zu greifen, wo keine Tarifverträge gelten. Er sollte Arbeitnehmer »vor unangemessen niedrigen Löhnen« schützen<sup>34</sup>. Nachdem die gesetzlich vorgeschriebene Mindestlohnevaluation abgeschlossen war, griff Bundes-

32 Vgl. Lesch/Schneider/Schröder, Mindestlohnanpassung und Living Wage. Was kann Deutschland von Frankreich und dem Vereinigten Königreich lernen? IW-Analyse Nr. 145, Köln 2021, S. 20 f.

33 Vgl. Lesch (Fn. 29), S. 14 f.

34 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie, BT-Drs. 18/1558, S. 1 und 27.

arbeitsminister *Hubertus Heil* dann Ende 2020 die vor allem von den Gewerkschaften angestoßene Debatte über einen Mindestlohn von 12 € je Stunde auf. In einem gemeinsam mit dem damaligen Bundesfinanzminister und heutigen Bundeskanzler *Olaf Scholz* im März 2021 veröffentlichten »Eckpunktepapier« wurde diese Konzeption erweitert: »Für uns ist es eine Frage der gesellschaftlichen Teilhabe, dass auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zum Mindestlohn beschäftigt werden, an der allgemeinen Wohlstandsentwicklung partizipieren. Den Mindestlohn wollen wir deshalb in Richtung eines echten, auf Teilhabe gerichteten ›Living Wage‹ fortentwickeln und damit der Erwerbsarmut entgegenwirken.«<sup>35</sup>

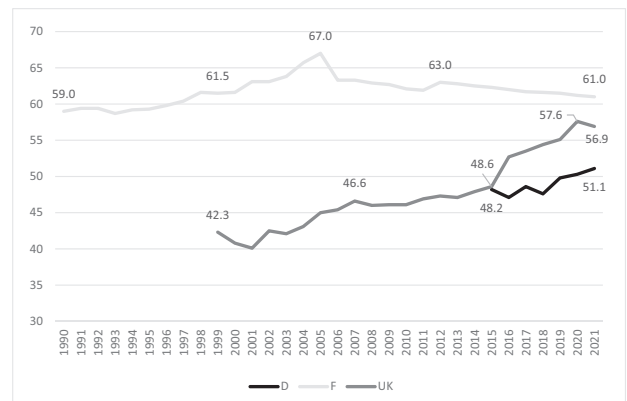
Im Gesetzesentwurf zur Erhöhung des Mindestlohns wurde dieser Intention gefolgt und gefordert, dass der Mindestlohn »die gesellschaftliche Teilhabe« stärker berücksichtigt<sup>36</sup>. Bei Ausübung einer Vollzeitberufstätigkeit soll der Mindestlohn »bedarfsgerecht« sein und eine »armutsvermeidende Altersrente« sichern. Schließlich sei die Weiterentwicklung des gesetzlichen Mindestlohns auch im Hinblick auf die Initiative für einen europäischen Mindestlohnrahmen »sozialstaatlich geboten«<sup>37</sup>. In der Begründung des Gesetzes heißt es weiter: »Die Erhöhung des Mindestlohns wird dem zur Ermittlung eines angemessenen Mindestlohniveaus international anerkannten Schwellenwert von 60 Prozent des Bruttomedianlohns gerecht. Ein sich an diesem Wert orientierender Mindestlohn ermöglicht es Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern typischerweise, über das bloße Existenzminimum hinaus am sozialen und kulturellen Leben teilzuhaben und für unvorhergesehene Ereignisse vorzusorgen.« Damit ändert sich die Intention des Mindestlohns in Richtung eines Living Wage.<sup>38</sup>

Einem Living wage liegt die Vorstellung zugrunde, »dass alle Beschäftigten ein Recht auf einen Mindestlohn haben sollen, der über das physische Existenzminimum hinaus eine soziale und kulturelle Teilhabe an der Gesellschaft ermöglicht«<sup>39</sup>. Dieses Ziel wird erreicht, wenn ein Mindestlohn 60 % des Medianlohns erreicht. Der Medianlohn wird in der Regel als Stundenlohn eines Vollzeitbeschäftigten ermittelt. Von dieser 60 %-Schwelle war das Mindestlohniveau in Deutschland zum Zeitpunkt der Einführung des Mindestlohns und in den Jahren danach deutlich entfernt (Abbildung 3). Im Jahr 2015 lag der Mindestlohn bei 48,2 % des Medianlohns. Diese auch als »Kaitz-Index« bezeichnete Quote stieg bis 2021 um knapp 3 Prozentpunkte auf 51,1 % an. Dies ist nicht nur gemessen

am Living Wage ein eher niedriger Wert, sondern auch im internationalen Vergleich.<sup>40</sup>

Dies wird deutlich, wenn man als Vergleichsmaßstab Frankreich und das Vereinigte Königreich heranzieht. Frankreich kann auf eine lange Mindestlohntradition zurückblicken,<sup>41</sup> während das Vereinigte Königreich erst 1999 einen gesetzlichen Mindestlohn einführt, diesen aber seit einigen Jahren zum Living Wage weiterentwickelt.<sup>42</sup> In Frankreich ist der Mindestlohn traditionell recht hoch. Er lag meist über der Schwelle von 60 %, zeitweise sogar bei 67 %. Das Vereinigte Königreich kam hingegen zum Zeitpunkt der Mindestlohneinführung im Jahr 1999 auf einen »Kaitz-Index« von lediglich 42,3 %. Der Index stieg nach der Einführung allerdings stetig und spürbar an. Zunächst langsam, seit 2016 – im Zuge der Umstellung auf einen Living Wage – dann schneller. Sein Höchstwert wurde mit 57,6 % im Jahr 2020 erreicht. Ein Jahr später lag er mit 56,9 % etwas darunter, aber immer noch deutlich über dem deutschen »Kaitz-Index«.

**Abbildung 3: Nationale Mindestlöhne in Prozent der Medianlöhne (»Kaitz-Index«)**



Auf Stundenbasis je Vollzeitbeschäftigten

Quelle: OECD, <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=MIN2AVE> (26.1.2023).

35 Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), Eckpunkte zur Weiterentwicklung des Mindestlohns und Stärkung der Tarifbindung, März 2021, S. 2, [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/faire-mindestlohn.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/faire-mindestlohn.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (26.1.2023)

36 BT-Drs. 20/1408, S. 2.

37 BT-Drs. 20/1408, S. 15.

38 Lesch/Schneider/Schröder, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 2021, 194.

39 Schulten/Müller, WSI-Mitteilungen 2017, 507, 507.

40 Zu einem umfassenden europäischen Vergleich von 37 Ländern: Lübker/Schulten, WSI-Mitteilungen 2022, 148 ff.

41 Vgl. Lesch/Schneider/Schröder (Fn. 32), S. 34 ff.

42 Vgl. Lesch/Schneider/Schröder (Fn. 32), S. 40 ff.

Mit der Erhöhung des Mindestlohns auf 12 € je Stunde steigt der »Kaitz-Index« aktuell auf etwa 92 % des Living Wage.<sup>43</sup> Da der Living Wage wiederum 60 % des Medianlohns ausmacht, entsprechen 96 % des Living Wage gut 55 % des Medianlohns der Vollzeitbeschäftigten. Die politische Anpassung des Mindestlohns hat also dazu geführt, den Mindestlohn zu einem Living Wage zu transformieren. Damit wird Deutschland im internationalen Vergleich vom »Nachzügler« zum »Vorreiter« angemessener Mindestlöhne in Europa<sup>44</sup>. Da die nächste Anpassung des Mindestlohns durch die Mindestlohnkommission laut § 9 Abs. 1 MiLoG bis zum 30. Juni 2023 mit Wirkung zum 1. Januar 2024 zu beschließen ist, bleibt der Mindestlohn bis Ende 2023 unverändert. Da sich der Medianlohn aber erhöhen wird, dürfte der »Kaitz-Index« im Jahr 2023 um 2 Prozentpunkte auf 56 % sinken.<sup>45</sup>

Da die Geschäftsordnung aus dem Jahr 2016 inzwischen außer Kraft gesetzt wurde, muss sich die MLK eine neue Geschäftsordnung geben und über den Anpassungsmechanismus entscheiden. Um einen neuerlichen Eingriff der Politik in die Mindestlohnanpassung zu vermeiden, muss sie den Mindestlohn auf dem Niveau eines Living Wages halten. Ob dies mit Hilfe der nachlaufenden Orientierung am Tariflohnindex ohne Sonderzahlungen erreichbar ist, darf bezweifelt werden. Zum einen haben Sonderzahlungen wie Corona-Prämien und die im Rahmen der Konzertierte Aktion gegen den Preisdruck von der Bundesregierung angebotenen steuer- und sozialabgabenfreien Einmalzahlungen ein größeres Gewicht bekommen. Zum anderen sind die tatsächlich gezahlten Bruttolöhne (Effektivlöhne) in den letzten Jahren stärker als die Tariflöhne gestiegen. Die Effektivlöhne werden nicht nur durch die Tariflöhne bestimmt, sondern auch durch übertarifliche Zahlungen, Gewinnbeteiligungen und durch die individuellen Entgeltvereinbarungen in Betrieben, die keiner Tarifbindung unterliegen. Entsprechend kann die Entwicklung der Effektivlöhne von der Entwicklung der Tariflöhne abweichen. Steigen die Effektivlöhne auch in den nächsten Jahren stärker als die Tariflöhne – wovon in Zeiten des Arbeits- und Fachkräftemangels auszugehen ist –, führt eine nachlaufende Orientierung am Tariflohnindex ohne Sonderzahlungen dazu, dass die Mindestlohndynamik hinter der Medianlohndynamik zurückbleibt.<sup>46</sup> Dann würde der »Kaitz-Index« sinken und die neue, gesetzlich vorgegebene Living Wage-Funktion des Mindestlohns verfehlt.

Dennoch sieht das MiLoG in § 9 Abs. 2 MiLoG weiterhin vor, dass sich die MLK nachlaufend an der Tarifentwicklung orientieren soll. Ein 60 %-Kriterium wurde nicht aufgenommen. Damit besteht für die MLK ein ausreichender Spielraum, die bisherige Anpassungspraxis zu ändern und zumindest den Tariflohnindex mit Sonderzahlungen heranzuziehen. Ob dies ausreicht, muss abgewartet werden. Letztlich hat die Politik mit dem Festhalten an der nachlaufenden Orientierung an der Tarifentwicklung und dem Verzicht auf eine klare gesetzliche Vorgabe zum Living Wage – etwa in Gestalt einer 60 %-Regel – die MLK vor eine schwierige Aufgabe gestellt. Die Rückkehr von einer diskretionären zu einer regelgebundenen Anpassung – mit all ihren Vorteilen – wird dadurch erschwert.

## V. Fazit

Die Tarifautonomie hat in Deutschland Verfassungsrang. Das institutionelle Arrangement zwischen Staat und Tarifvertragsparteien muss sich aus Sicht des Staates allerdings als zweckmäßig erweisen. Ist dies nicht der Fall, greift der Staat steuernd ein. Was der gemeinwohlorientierte Staat letztlich als zweckmäßig erachtet, bleibt vage. Hier spielen wechselnde Präferenzen durch Regierungswechsel ebenso eine Rolle wie veränderte ökonomische Rahmenbedingungen oder gesellschaftspolitische Debatten. Ein historischer Rückblick zeigt, dass die Tarifautonomie in den letzten gut 100 Jahren seit der Verabschiedung des Stinnes-Legien-Abkommens im November 1918 einer fortwährenden Legitimitätsüberprüfung unterzogen war, die »regelmäßig unregelmäßig« zu Steuerungseingriffen der verschiedenen Regierungen geführt hat.

Die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns und die vorübergehende Suspendierung der Anpassungsbefugnis der MLK sind recht junge Beispiele für solche Eingriffe. Die mangelnde Zweckmäßigkeit der Tarifautonomie im

43 Bei dieser Schätzung wurde ein Living Wage von 13,00 € zum Zeitpunkt der Mindestlohnanpassung im Oktober 2022 angenommen.

44 *Lübker/Schulten*, WSI-Mitteilungen 2022, 148.

45 Bei dieser Schätzung wurde für 2023 von einem Living Wage in Höhe von 12,82 € je Stunde ausgegangen. Vgl. *Lesch/Schneider/Schröder*, List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 2021, 199.

46 Voraussetzung ist, dass sich die Lohnstruktur dabei nicht wesentlich verändert.

Kontext des gesetzlichen Mindestlohns bestand aus Sicht der jeweils handelnden Bundesregierungen darin, dass die Tarifbindung immer weiter erodierte und eine politisch-öffentliche Debatte über den Wert der Arbeit, unanständige Löhne und Lohndumping geführt wurde. War es im Zuge der Agenda 2010 eine ganz bewusst getroffene Entscheidung der Bundesregierung, einen Niedriglohnsektor zu fördern, änderten sich mit dem erfolgreichen Abbau der Arbeitslosigkeit auch die politischen Präferenzen. Verteilungspolitische Zielsetzungen rückten dabei mehr und mehr in den Vordergrund.

Um zumindest einen Rest an Tarifautonomie zu wahren, wurde die Mindestlohnanpassung einer unabhängigen MLK übertragen, die sich paritätisch aus Gewerkschafts- und Arbeitgebervertretern zusammensetzt und der ein neutraler Vorsitzender vorsteht. Anpassungen wurden in den drei Beschlüssen der MLK regelbasiert vorgenommen, indem sich die Mindestlohnanpassungen nachlaufend an der Tariflohnentwicklung orientierten. Diese regelgebundene Anpassung durch eine autonome Kommission hätte verhindern können, dass der Mindestlohn zum politischen Spielball vor Wahlen wird. Mit der Suspendierung von Anpassungsbefugnis und Regelbindung im Jahr 2022 und einer politisch verordneten Anhebung des Mindestlohns ist diese Chance vertan worden. Es ist zu erwarten, dass die politische Debatte über die

angemessene Höhe des gesetzlichen Mindestlohns auch in den nächsten Jahren anhalten und vor Bundestagswahlen intensiver wird. Hierzu wird auch beitragen, dass mit dem MiLoEG ein Paradigmenwechsel beim Mindestlohn vollzogen wurde: Anstatt einer unteren Auffanglinie soll der Mindestlohn als Living Wage eine angemessene Teilhabe sichern, ohne dass die Bundesregierung gesetzlich konkretisiert hat, was darunter genau zu verstehen ist. Damit sind weitere politische Interventionen vorprogrammiert.

Der Mindestlohn hat in einigen Niedriglohnbranchen einen großen Anpassungsdruck erzeugt, dem die Tarifvertragsparteien erfreulicherweise standhalten konnten. Den Gewerkschaften gibt der Mindestlohn – insbesondere die jüngste Anhebung auf 12 € je Stunde – Rückenwind, können sie mit ihren Forderungen doch auf einem höheren Niveau aufbauen. Das macht die Verhandlungen mit den Arbeitgebern aber schwieriger. Schon jetzt sind erste Erosionstendenzen erkennbar. Der Regelungsanspruch für ungelernete Tätigkeit hat sich von den Tarifvertragsparteien weg und hin zum Staat verlagert. Sollten sich politische Eingriffe wiederholen, nehmen Glaubwürdigkeit und Planbarkeit des Anpassungsverfahrens und des Tarifvertrags weiter Schaden. Dann ist nicht auszuschließen, dass die Verhandlungsbereitschaft auf Arbeitgeberseite bröckelt. Dies würde die Tendenz hin zu einer »staatlichen Lohnpolitik« und einer staatlich gelenkten Tarifautonomie verstärken.

# Vom sektoralen über den gesetzlichen zum europäischen (und tarifdispositiven?) Mindestlohn\*

Prof. Dr. Stefan Greiner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Das Mindestlohnrecht war seit Inkrafttreten des MiLoG zum 1. Januar 2015 relativ statisch. In jüngster Zeit ergeben sich allerdings erhebliche Veränderungen: Zum einen wurde der allgemeine gesetzliche Mindestlohn zum 1. Oktober 2022 von 10,45 € auf 12 € angehoben und damit ein zentrales Wahlversprechen von SPD und Bündnis90/Grünen eingelöst. Die verfassungsrechtliche Validität ist – insbesondere mit Blick auf die Tarifautonomie – umstritten und wirft die Frage auf, inwiefern der Gesetzgeber zur Rücksichtnahme auf bestehende Tarifverträge, die Mindestlohnkommission (vgl. §§ 4–12 MiLoG) und den künftigen Gestaltungsspielraum der Sozialpartner verpflichtet ist.

Zum anderen hat der Rat der EU am 4. Oktober 2022 – und damit in bemerkenswerter zeitlicher Nähe zu jenem Anpassungsschritt – die Verabschiedung einer europäischen Mindestlohnrichtlinie beschlossen, die ua. die Mitgliedstaaten verpflichtet, ein System »stabiler« und »klar definierter« Kriterien zur Fortschreibung gesetzlicher Mindestlöhne unter Einbindung der Sozialpartner zu etablieren (Art. 5 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2022/2041 [im Folgenden: MiLo-RL])<sup>1</sup>. Auch hier wird der Zusammenhang zwischen Mindestlohn und sozialpartnerschaftlicher Autonomie berücksichtigt, indem Art. 4 MiLo-RL die Mitgliedstaaten verpflichtet, Tarifverhandlungen und deren Rahmenbedingungen zu »fördern«.

Der Beitrag geht dem spannungsreichen Verhältnis von staatlicher und tarifautonomer Gestaltung im Niedriglohnbereich nach, indem er zunächst (unter I.) die grds. denkbaren Modelle vorstellt, dann (unter II.) einen Blick auf die Genese des sektoralen tarifgestützten Mindestlohns wirft, bevor (unter III.) der gesetzliche Mindestlohn betrachtet wird. Hierbei sollen vor allem die jüngsten Entwicklungen und die mögliche Alternative einer tarifdispositiven Ausgestaltung beleuchtet werden. Erste Überlegungen zur europäischen Mindestlohn-Richtlinie runden (unter VI.) die Darstellung ab.

## I. Ausgestaltungsmodelle des Mindestlohnrechts

Eine rechtliche Rahmensetzung im Niedriglohnbereich ist in einem Rechts- und Sozialstaat ohne Alternative: Unbegrenzte Niedriglöhne zu akzeptieren, würde weder dem Anspruch des Sozialstaatsprinzips noch dem Schutzauftrag gerecht, der bei Verhandlungsungleichgewichten zugunsten der Vertrags- und Berufsfreiheit des Arbeitnehmers entsteht;<sup>2</sup> auch das System der Alterssicherung gerät ohne Rahmensetzung in Schieflagen.<sup>3</sup>

Noch nicht entschieden ist damit über das »Wie«: Der internationale Vergleich lehrt, dass im Wesentlichen drei Regelungsmodelle zur Verfügung stehen:

Im freiheitlichen Idealfall sorgt die gesellschaftliche Akzeptanz dafür, dass die Tarifparteien so stark sind, dass flächendeckend tarifliche Mindestlöhne gelten. Das setzt aber Durchsetzungskraft, Geltungsbreite und Regelungswillen der Tarifparteien (beider Seiten) voraus. In Teilen Skandinaviens mag ein solches Modell (noch) realisiert sein.<sup>4</sup>

Wo das nicht der Fall ist, kann – zweitens – der Staat für gesetzliche Mindestlohnregelungen sorgen.

\* Der Beitrag ist eine überarbeitete und ergänzte Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 14.10.2022 auf der gemeinsamen Tagung von Universität Hamburg und Bucerius Law School »Gesetzlicher Mindestlohn – in Deutschland und Europa« gehalten hat. Er wurde in Heft 12/2022 der juristischen Monatszeitschrift (jM) unter dem Titel »Der Mindestlohn – eine aktuelle Bestandsaufnahme« erstpubliziert.

1 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 275/33.

2 Grundlegend BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242; BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 – AP Nr. 23 zu Art. 2 GG; ausführlich *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, 97. EL., Januar 2022, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 105 ff. mwN.

3 Etwa *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1929; *Waltermann*, NZS 2017, 247 ff.; *Waltermann*, ZRP 2011, 95.

4 Zur Entwicklung etwa *Dieke/Lesch*, Gewerkschaftliche Mitgliederstrukturen im europäischen Vergleich – Ergebnisse des European Social Survey, Köln 2017, S. 27 Tab. 1.

Schließlich bleiben – drittens – Mischmodelle, bei denen man versucht, die Vorteile beider Modelle zu kombinieren: Tarifliche Mindestlöhne, die tarifautonom gebildet, durch den Staat aber in ihrer Geltung erstreckt werden, wo die Verbandsmacht nicht greift. Je nach Ausgestaltung drohen dann aber »weiße Flecken«,<sup>5</sup> über deren Füllung – etwa durch Referenz- oder Anlehnungsmodelle – man nachdenken muss.

Bis zur Verabschiedung des MiLoG im Jahre 2014 war Letzteres das in Deutschland politisch favorisierte Modell. Man hätte durchaus nach »modellimmanenten« Optimierungsmöglichkeiten suchen können, hat sich dann aber dem einfachen und verständlicheren Modell eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns zugewandt. Das MiLoG räumt in § 1 Abs. 3 tarifgestützten Branchenmindestlöhnen nach dem AEntG und dem AÜG grds. Vorrang ein, sofern sie oberhalb der gesetzlichen Mindestlohnschwelle liegen. Bereits das langjährige Ringen um diese Grundmodelle zeigt: Das Verhältnis von Mindestlohnrecht und Tarifautonomie ist vielschichtig und keineswegs spannungsfrei. Ihm soll im Folgenden detaillierter nachgegangen werden.

## II. Ursprüngliche und heutige Relevanz tarifgestützter Mindestlöhne

### 1. Ausgangspunkt: klassische Allgemeinverbindlicherklärung

Ausgangspunkt des sektoralen tarifgestützten Mindestlohns war die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) nach § 5 TVG als klassisches Instrument der Tarifierstreckung auf nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien.<sup>6</sup> Die AVE war dabei – ganz im Sinne praktischer Konkordanz – so ausgestaltet, dass Spannungen zur (positiven) Koalitionsfreiheit minimiert wurden: Durch die erforderliche Zustimmung des Tarifausschusses war das Einvernehmen der Spitzenverbände beider Sozialpartner gewährleistet und somit dem Anliegen der Tarifautonomie auch im »Erstreckungsverfahren« Rechnung getragen<sup>7</sup> – freilich unvollkommen, da Spitzenorganisationen auch gegen den Willen der unmittelbaren Parteien eines Tarifvertrags operieren können.<sup>8</sup> Auch die 1952<sup>9</sup> angefügte Notstandsklausel<sup>10</sup> und alle Folgeänderungen bis hin zur grundlegenden Neufassung durch das Tarifautonomie-

stärkungsgesetz 2014 hielten an diesem Prinzip der Sozialpartnerbeteiligung fest: Die Änderungen bezogen sich allein auf die materiellrechtlichen Voraussetzungen der AVE, insbesondere die Frage des Quorums, nicht hingegen auf die prozedurale Einbindung des Tarifausschusses.

### 2. Rechtsverordnungsverfahren

Parallel entwickelte sich seit 1999 das Geltungserstreckungsverfahren durch Rechtsverordnung nach dem AEntG:<sup>11</sup> Inhaltliches Charakteristikum war, dass es im Unterschied zur AVE nicht um die Geltungserstreckung ganzer Tarifverträge, sondern allein um die punktuelle Tarifnormerstreckung auf gesetzlich definierten Regelungsfeldern ging: Mindestentgeltsätze, Überstundensätze, Dauer des Erholungsurlaubs, Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld. Um hier im europäischen Binnenmarkt ein »level playing field« zu schaffen, gab der Gesetzgeber der Exekutive (dem BMAS) die Rechtsmacht, mit zwingender international-privatrechtlicher Wirkung (§ 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3a AEntG aF.) die Tarifnormerstreckung anzuordnen. Das dargestellte Prinzip der Mitwirkung beider Sozialpartner wurde bei Schaffung des Tarifierstreckungsweges durch AEntG-Rechtsverordnung partiell aufgegeben: Der Gesetzgeber gewichtete sein Regelungsanliegen der Wettbewerbssteuerung höher als die entstehenden Spannungen zur Tarifautonomie. Die Restriktionen der ursprünglichen EntsendeRL<sup>12</sup> machten dabei einen originär staatlichen Gestaltungsakt (in Gestalt der Rechtsverordnung) erforderlich, da eine international zwingende Wirkung der klassischen AVE dort nur für die Baubranche vorgesehen war.

Das unionsrechtliche Prinzip der Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bei der grenzüber-

5 Picker, RdA 2014, 25, 33; ebenso Waltermann, NJW 2010, 801 (»mehr oder weniger weit geknüpftem Flickenteppich«) führen.

6 Hierzu allgemein Preis/Greiner, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 5. Aufl., Köln 2020, Rn. 630 ff.

7 Instruktiv zu Ratio und Entwicklungsperspektiven des Tarifausschusses Seifert, FS Kempen, 2013, S. 196 ff.

8 Auf »Blockademöglichkeit ohne Rechtskontrolle« weist treffend Waltermann, RdA 2018, 137, 145 hin.

9 Erstes Gesetz zur Änderung des TVG v. 11.1.1952, BT-Drs. 1952 I, S. 2396.

10 § 5 Abs. 1 S. 2 TVG a.F.

11 Aufgenommen wurde dieses alternative Verfahren mit Wirkung v. 1.1.1999 durch Art. 10 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte v. 19.12.1998 (BGBl. 1998 I, S. 3843), hierzu BT-Drs. 14/45, S. 25 f.

12 Vgl. Art. 3 Abs. 1, 2. Spiegelstrich RL 96/71/EG.



schreitenden Arbeitnehmerentsendung erforderte dabei eindeutig eine Inlandswirkung der branchenweiten Erstreckung derartiger Tarifnormen. Auf diesem Weg »stolperte« die Politik spätestens mit der Neufassung des AEntG<sup>13</sup> 2009<sup>14</sup> gewissermaßen »nolens volens« in ein System auch inländisch wirkender Branchenmindestlöhne hinein. Es folgte ein »Paradigmenwechsel«: Man entdeckte, dass man damit einer Mindestlohnregelung schon sehr nahe kam, und die wettbewerbsregulierende Intention wich zunehmend dem Anliegen sozialer Schutzverbesserungen im Niedriglohnsektor.<sup>15</sup> Damals viel beachtetes Musterbeispiel war die Briefdienstleistungsbranche, in der – vollständig unabhängig von der Entsendethematik – das Modell des tarifgestützten Branchenmindestlohns genutzt wurde, um einen rein inländischen Lohnwettbewerb in einer stark entgeltabhängigen Branche zu unterbinden, obwohl der Tarifausschuss dies nicht wollte und eine klassische AVE somit nicht möglich war.<sup>16</sup>

Um die entstehenden Spannungen zur Tarifautonomie zu mildern, steuerte der Gesetzgeber allerdings in der Folge nach und führte – zunächst für das AEntG mit dessen Neufassung zum 20. April 2009<sup>17</sup> – das Erfordernis eines »gemeinsamen Antrags« der Tarifvertragsparteien auf AVE ein. Mit der Novellierung des § 5 Abs. 1 S. 1 TVG durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz 2014<sup>18</sup> ist dieses Erfordernis im TVG angekommen – und zwar sowohl bei Abs. 1 als auch bei Abs. 1a.

### 3. Gemeinsame staatliche und sozialpartnerschaftliche Verantwortung

Damit stellt sich das Gesamtbild bei allen Formen der staatlichen Geltungserstreckung (TVG, AEntG, § 3a AÜG) heute so dar, dass die Geltungserstreckung nur im Konsens mit den unmittelbaren Tarifvertragsparteien geschehen kann. Zusätzlich muss bei der für alle normativ geregelten Tarifinhalte in Betracht kommenden<sup>19</sup> und häufig den ganzen normativen Teil eines Tarifvertrags erfassenden<sup>20</sup> klassischen AVE nach § 5 Abs. 1 TVG ein Konsens mit den Spitzenorganisationen beider Seiten erzielt werden. Auf letzteres Erfordernis wird dort verzichtet, wo dem sozialstaatlichen Geltungserstreckungsanliegen strukturell besonderes Gewicht beigemessen wird und tarifpolitische Diskrepanzen zwischen Spitzenorganisationen und Branchensozialpartnern sowie daraus resultierende Blockadesituationen befürchtet werden.<sup>21</sup> Dies betrifft namentlich die

Erstreckung von tariflichen Kernarbeitsbedingungen im Rechtsverordnungsverfahren.

Die Relevanz der unmittelbar am Tarifvertragsschluss beteiligten Branchen-Sozialpartnerorganisationen ist heute durch das umfassende gemeinsame Antragsersfordernis stärker entfaltet als je zuvor.<sup>22</sup> Der Gesetzgeber hat sich durch das Grundmodell des »gemeinsamen Antrags« erkennbar um größtmögliche Rücksichtnahme auf die Tarifautonomie bemüht. In diesem Aspekt stimmt die umstrittene<sup>23</sup> Gesetzesbezeichnung als »Tarifautonomiestärkungsgesetz«<sup>24</sup> durchaus.

Gerade auch mit Blick auf die geringere Beeinträchtigung der Tarifautonomie wurde in der politischen Diskussion das so entstandene Modell branchenbezogener tarifgestützter Mindestlöhne zeitweise als Gegenmodell<sup>25</sup> zu aufkommenden Forderungen nach einem gesetzlichen Mindestlohn betrachtet, ehe sich dann mit Inkrafttreten des MiLoG zum 16. August 2014 das Modell eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns politisch durchsetzte. So waren die Unionsparteien noch im Wahlprogramm 2013 entschiedenste Verfechterinnen eines rein sektoralen Mindestlohnmodells. Die noch im selben Jahr in der Großen Koalition mitgetragene Verabschiedung des MiLoG konnte man daher durchaus als überraschende Kehrtwende wahrnehmen.

13 Zur Weiterentwicklung des AEntG ausführlich *Hejma*, Deutsche Wege zur Lohngerechtigkeit, Berlin 2016 (zugl. Hamburg, Univ., Diss. 2013), S. 131 ff.

14 In Kraft getreten zum 24.4.2009, vgl. BT-Drs. 16/10486.

15 *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, 2. Aufl., München 2017, Einf. Rn. 15.

16 BVerwG, 28.1.2010 – 8 C 19/09 – NVwZ 2010, 1300; *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825 ff.

17 BGBl. I 2009, S. 799; dazu BT-Drs. 16/10486.

18 BGBl. I 2014, S. 1348; dazu BT-Drs. 18/1558.

19 Vgl. *Franzen*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl., München 2022, § 5 TVG Rn. 6.

20 Zur strittigen Frage der Zulässigkeit einer partiellen AVE bejahend *Seifert*, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG, § 5 TVG Rn. 44; verneinend *Henssler*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 10. Aufl., Köln 2022 (im Folgenden: HWK), § 5 TVG Rn. 8; *Wank*, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 8. Aufl., München 2019, § 5 Rn. 95 ff.

21 *Waltermann*, RdA 2018, 137, 145.

22 Mit ähnlicher Einschätzung *Waltermann*, RdA 2018, 137, 140.

23 Zugespitzt *Henssler*, RdA 2015, 43; *Forst*, RdA 2015, 25, 26 (»Tarifautonomiestärkungsgesetz«).

24 BGBl. 2014 I, S. 1348; dazu BT-Drs. 18/1558.

25 Vgl. das Wahlprogramm der CDU/CSU »Gemeinsam erfolgreich für Deutschland« (2013 – 2017), S. 5, welches sich für einen tariflichen Mindestlohn aussprach und eine Lohnfestsetzung durch die Politik strikt ablehnte. Vgl. weiterhin das Bekenntnis zur Tarifautonomie in dem Koalitionsvertrag der CDU/CSU/FDP von 2009 »Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.«, S. 21.

### III. Gesetzlicher Mindestlohn in Relation zur Tarifautonomie

#### 1. Genese des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns

Die Diskussion um die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns kam im Jahr 2005 auf und setzte sich in den folgenden Legislaturperioden fort. Die SPD zog zunächst die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns nur subsidiär für den Fall in Betracht, dass die Vereinbarung von bundeseinheitlichen tariflichen Mindestlöhnen innerhalb der Branchen nicht erfolgt oder nicht erfolgen kann.<sup>26</sup> Der DGB,<sup>27</sup> seine Mitgliedsgewerkschaften und auch der 68. Deutsche Juristentag 2010<sup>28</sup> sprachen sich für einen flächendeckenden allgemeinen Mindestlohn aus. Bereits 2011 wurden einige Gesetzesentwürfe zur Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns vorgelegt.<sup>29</sup> Innerhalb der 18. Legislaturperiode vor der Bundestagswahl 2013 war der Mindestlohn ein zentrales, umstrittenes Wahlkampfthema, bevor seine Einführung sodann im Koalitionsvertrag<sup>30</sup> verabredet wurde.

#### 2. Pro und contra

Für ein solches Modell spricht zweifellos: De facto funktioniert die Tarifautonomie im Niedriglohnbereich wegen geringer Organisationsgrade nicht gut; Bereitschaft und Kraft zur Selbstorganisation scheinen gerade in diesem Bereich schwach ausgeprägt.<sup>31</sup> Von Gewerkschaftsseite wurde zudem eine faktisch abstützend wirkende Wirkung des gesetzlichen Mindestlohns zugunsten der Durchsetzung tarifpolitischer Forderungen angeführt: Ein gesetzlicher Mindestlohn könne als inhaltliche Stützung von Tarifverhandlungen im organisatorisch schwachen Niedriglohnbereich fungieren.<sup>32</sup>

Dagegen wurden verfassungsrechtliche und systematische Argumente ins Feld geführt: Der gesetzliche Mindestlohn schaffe die Tarifautonomie im Niedriglohnbereich praktisch ab,<sup>33</sup> der Eingriff in die Tarifautonomie wiege schwer.<sup>34</sup> Eine staatliche Entgeltfestsetzung könne demotivierende Auswirkungen für die gewerkschaftliche Organisation haben.<sup>35</sup> Ein branchenbezogener tarifgestützter Mindestlohn ermögliche sachlich passgenauere und flexiblere Lösungen.<sup>36</sup>

Das BVerfG hat mehrere Verfassungsbeschwerden gegen das MiLoG als unzulässig abgewiesen bzw. nicht zur

Entscheidung angenommen;<sup>37</sup> das BVerfG scheint somit von der Verfassungskonformität des bisherigen MiLoG auszugehen. Dies korreliert damit, dass es an anderer Stelle – insbesondere in seinem viel beachteten Beschluss zum Tarifeinheitsgesetz<sup>38</sup> – den Aspekt der Ausgestaltungsbefähigung des Art. 9 Abs. 3 GG deutlich hervorhebt. Auf Linie der verfassungsgerichtlichen Judikatur dürfte es damit liegen, dass mit der gesetzlichen Festsetzung einer Mindestlohnschwelle der Tarifautonomie lediglich ein sozialpolitischer Rahmen gesetzt wird und damit im Kern nichts anderes geschieht als zB. durch zwingende arbeitschutzrechtliche Vorgaben, etwa zum Arbeitszeitumfang.<sup>39</sup> Ein die Verhältnismäßigkeitsbetrachtung zweifellos graduell beeinflussender Unterschied zu jenen Materien ist allerdings, dass die gesetzliche Rahmensetzung beim Mindestlohn unmittelbar Fragen der Entgeltgerechtigkeit und -angemessenheit im Blick hat: Betroffen sind damit Zentralfragen des Austauschverhältnisses, mithin das tarifautonome »Kerngeschäft« der Sozialpartner.

#### 3. Rücksichtvolle Ausgestaltung zugunsten der Tarifautonomie

Bei der Ausgestaltung hat der Gesetzgeber diesem Umstand im Sinne praktischer Konkordanz durch verschiedene Instrumentarien Rechnung getragen, indem er erneut einen »Rest« an Tarifautonomie in das Verfahren zur Mindestlohn-

26 »Vertrauen in Deutschland«, Wahlmanifest der SPD, 2005, S. 34.

27 19. DGB Bundeskongress v. 15.5.2010 bis 20.5.2010 in Berlin, Beschluss A001, S. 8; B001.

28 68. Deutscher Juristentag v. 21.9.2010 bis 24.9.2010 in Berlin, Abteilung Arbeits- und Sozialrecht, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010, Band II/1, M65.

29 BT-Drs. 17/4665; BT-Drs. 17/4435; BT-Drs. 17/8026; BT-Drs. 17/8148.

30 Koalitionsvertrag »Deutschlands Zukunft gestalten« v. 27.11.2013, S. 48.

31 Folge ist ein »Flickenteppich mit sehr unterschiedlichen Lohnstandards und vielen weißen Flecken«, Picker, RdA 2014, 25, 33; ähnlich Waltermann, NJW 2010, 801.

32 Preis, Ausschuss-Drs. 18 (11) 148, 77 ff.; vgl. auch Beschluss B001 des 19. DGB Bundeskongress v. 15.5.2010 bis 20.5.2010 in Berlin.

33 Hensler, RdA 2015, 43, 44.

34 Pionteck, Stärkung der Tarifautonomie, Berlin 2021 (zugl. Gießen Univ., Diss. 2020/2021), S. 227 ff.

35 So Giesen, FS Kempfen, 2013, S. 216, 224.

36 Stiebert/Pöppers, RdA 2013, 101, 107.

37 BVerfG, 25.6.2015 – 1 BVR 20/15 – BeckRS 2015, 47764; BVerfG, 25.6.2015 – 1 BVR 37/15 – NJW 2015, 2242; BVerfG, 25.6.2015 – 1 BVR 555/15 – NJW 2015, 2242.

38 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua – NZA 2017, 915.

39 Vgl. Barczak, RdA 2014, 290, 296 mwN.

findung integriert hat:<sup>40</sup> Zum einen hat er die ursprüngliche Mindestlohnhöhe nicht politisch willkürlich gegriffen, sondern sich (neben der Berücksichtigung der Pfändungsfreigrenze des § 850c Abs. 1 S. 1 ZPO) auch an den untersten Tarifentgelten orientiert.<sup>41</sup> Weiterhin hat er eine »Kommissionlösung« gewählt und die Fortentwicklung des gesetzlichen Mindestlohns institutionell aus der Sphäre der Politik gelöst und die Entscheidungskompetenz verbindlich einem sozialpartnerschaftlich besetzten Gremium, der Mindestlohnkommission, anvertraut.<sup>42</sup> Sowohl inhaltlich als auch prozedural versuchte der Gesetzgeber des Jahres 2014, den einmaligen politischen Gestaltungsakt der Festlegung eines gesetzlichen Mindestlohns mit dem institutionellen Schutz der Tarifautonomie bestmöglich in harmonischen Einklang zu bringen. Erkennbar wird dasselbe ausgleichende Regelungsziel, das auch schon bei der Genese des Systems sektoraler Mindestlöhne beschrieben wurde (siehe oben II.3.). Dieses Ziel haben die damaligen Protagonisten sich auch recht offensiv auf die Fahnen geschrieben.<sup>43</sup>

Hätte der Gesetzgeber auf beide Anknüpfungen an die tarifliche Ebene auch verzichten dürfen? Im Ergebnis dürften sich die verfassungsrechtlichen Vorgaben darauf beschränken, dass einerseits die Tarifautonomie institutionell nicht ausgehöhlt werden darf und andererseits Gründung, Betätigung und Bestand von Koalitionen sowie der Koalitionsbeitritt und das »Fernbleiben« Einzelner nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden dürfen.<sup>44</sup>

Die Rechtsprechung des BVerfG zum Tarifeinheitsgesetz zeigt deutlich, dass der verfassungsrechtliche Handlungsrahmen des Gesetzgebers generell weit ist.<sup>45</sup> Die gesetzliche Rahmensetzung darf in die genannten Schutzgehalte nicht unverhältnismäßig einschneiden – freilich stets gemessen an dem vom Gesetzgeber vor allem politisch zu verantwortenden Regelungszweck.<sup>46</sup> Schon bei der erstmaligen Ansetzung des Mindestlohns hätte der Gesetzgeber daher auf eine Orientierung an den untersten Tarifentgelten wohl verzichten und andere Anknüpfungspunkte wählen können. Auch hätte der Anpassungsmechanismus nicht zwingend den Rückgriff auf ein Kommissionsmodell erfordert, sondern auch andere Methoden, etwa eine starre Indexierung im Hinblick auf die Entwicklung bestimmter Tarifentgelte, favorisieren können.

## IV. Vom gesetzlichen zum politisch erhöhten Mindestlohn

2022 nun also der nächste Schritt: Der Mindestlohn wird gesetzlich auf 12 € angehoben. Das Votum der Mindestlohnkommission wird damit klar übergegangen – bzw. wird ihm vorgegriffen, denn 12 € wären angesichts der gegenwärtigen Entwicklung der Lebenshaltungskosten sicher mit geringer Verzögerung auch im Verfahren der Mindestlohnkommission erzielt worden. Ist dieser Schritt zur politischen Mindestlohnfestsetzung verfassungswidrig, wie manche meinen?<sup>47</sup>

### 1. Systemwidrigkeit und problematische Wirkungen

Jedenfalls erkennbar ist, dass die feinsinnigen Konkordanzüberlegungen zur Rücksichtnahme auf Art. 9 Abs. 3 GG, die bislang sowohl bei den sektoralen Mindestlöhnen als auch beim gesetzlichen Mindestlohn leitend waren, plötzlich keine tragende Rolle mehr spielen. Vergeblich sucht man in der Gesetzesbegründung<sup>48</sup> ein offensives Bekenntnis zur Tarifautonomie. Es liegt daher nahe, den politisch induzierten Erhöhungsschritt für einfachrechtlich systemwidrig und politisch kurzsichtig zu halten: Zwar erzielt man einen sozialpolitischen Soforteffekt, der

40 BT-Drs. 18/1558, S. 28 f. betont die Bedeutung des »Sachverstand[es] der durch Artikel 9 Absatz 3 des Grundgesetzes mit der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen betrauten Tarifpartner«; auch müsse sich die Mindestlohnkommission »bei ihren Entscheidungen insbesondere an der Entwicklung der Tariflöhne« orientieren.

41 BT-Drs. 18/1558, S. 27 f.

42 Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 28 f.: »Eine inhaltliche Abänderung der von der Mindestlohnkommission vorgeschlagenen Höhe des Mindestlohns durch den Verordnungsgeber ist nicht möglich.«

43 S. hierzu den Koalitionsvertrag »Deutschlands Zukunft gestalten« (27.11.2013), welcher schon in der Präambel den Hinweis enthält: »Tarifautonomie, Tarifeinheit und Mitbestimmung sind für uns ein hohes Gut.«

44 Vgl. zu den Schutzgehalten von Art. 9 Abs. 3 GG Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, München 2010, S. 89 ff. mwN.

45 Vgl. insb. BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – NZA 2017, 915, Rn. 155 ff.

46 Vgl. BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – NZA 2017, 915, Rn. 152 f.

47 Schorkopf, ZFA 2022, 308; Giesen, ZFA 2022, 346, 351 f.; kritisch abwägend auch Thüsing, NZG 2022, 289.

48 BT-Drs. 20/1408.

die Lebenssituation der Betroffenen positiv verändert und möglicherweise auch einen kurzfristigen Stabilisierungseffekt im Rentensystem bewirkt.

Diese positiven sozialpolitischen Effekte werden aber durch nachteilige Konsequenzen und Gefahren bei Weitem überwogen: Es ist nicht auszuschließen, dass gerade die Mindestlohnanhebung zum 1. Oktober 2022 der Inflation einen weiteren Schub versetzen wird (bzw. Preis Anpassungen bereits im Vorfeld vorweggenommen wurden und sich dies in den Inflationsraten bereits jetzt niederschlägt).<sup>49</sup> Folgt auf Energie- und Inflationsskrise eine Arbeitsmarktkrise, wird sich perspektivisch die Frage einer Mindestlohnsenkung stellen – die dann ihrerseits eine politische Krise bzw. eine weiter verschärfte Krise der Sozialpartnerschaft nach sich ziehen könnte. Das politische Versprechen der Mindestlohnanhebung könnte künftig zum Standardrepertoire in Wahlkämpfen werden – sofern dem nicht die europäische MiLo-RL künftig entgegensteht (siehe unten VI.).

## 2. Keine Verfassungswidrigkeit

Folgt aus mangelnder politischer Weitsicht die Verfassungswidrigkeit? Akzeptiert man die vom BVerfG anerkannte weite Ausgestaltungsoffenheit des Art. 9 Abs. 3 GG, spricht mehr dafür, dass auch der jüngste Systemwechsel nicht per se zur Verfassungswidrigkeit führt. Im Schrifttum wird zwar erwogen, ob bei normgeprägten Grundrechten die spätere Umgestaltung strengerer Anforderungen unterliegt als der erstmalige Ausgestaltungsakt.<sup>50</sup> Dies ist aber richtigerweise auf eine Gleichheitsbindung und ein daraus folgendes Kohärenzgebot zu beschränken. Beide Aspekte werden in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung schwach gewichtet: Der Gesetzgeber ist durch verfassungsgerichtliche Bindungen nicht daran gehindert, klüger zu werden (oder jedenfalls anzunehmen, er sei klüger geworden).<sup>51</sup> Ungleichbehandlungen im Zeitablauf sind damit infolge der Neubetätigung des Normsetzungswillens hinzunehmen.<sup>52</sup> Rechtsstaatliche Grenzen liegen dann vor allem im Vertrauensschutz und im Rückwirkungsverbot.

In seiner Entscheidung zum Tarifeinheitsgesetz<sup>53</sup> hat das BVerfG zwar auf die Notwendigkeit von Ausgleichsmechanismen verwiesen, um entstehende Spannungen zwischen unterschiedlichen Schutzaspekten des Art. 9 Abs. 3 GG zu vermeiden. Das bezog sich aber auf die Ungleichbehandlung

von Grundrechtsträgern und damit Beeinträchtigungen der positiv-kollektiven Koalitionsfreiheit. Hier liegen die nachteiligen Wirkungen anders. Die institutionelle Beschränkung der Tarifautonomie durch einen steigenden Mindestlohn mit all ihren beschriebenen ambivalenten Wirkungen gilt für alle gleichermaßen, sie schafft geradezu für alle tarifpolitischen Akteure ein »level playing field«.

Verfassungsrechtlich am problematischsten scheint, dass eine Übergangsvorschrift, die den Eingriff in bestehende Tarifverträge vermieden hätte, fehlt. Das könnte zur (vorübergehenden) Unverhältnismäßigkeit der nun gewählten Umgestaltung führen, soweit Tarifentgelte betroffen sind, die zwischen dem bisherigen Mindestlohniveau von 10,45 € und 12 € liegen.<sup>54</sup> Auch dieser Effekt ist aber an dem gesetzgeberischen Ziel der (sofortigen) »Sicherung einer angemessenen Lebensgrundlage«<sup>55</sup> zu messen.

## V. Tarifdispositive Ausgestaltung bei politisch festgesetztem Mindestlohn?

Nicht auszuschließen ist, dass das BVerfG im bekannten Duktus seiner Tarifeinheitsentscheidung den gesetzgeberischen Ausgestaltungsakt im Grundsatz billigen, aber zugleich Kompensationsmechanismen zugunsten der institutionellen Absicherung der Tarifautonomie im Niedriglohnbereich postulieren könnte.

### 1. Tarifdispositivität des Mindestlohns

Damit würde sich verstärkt die Frage nach einer tarifdispositiven Ausgestaltung des gesetzlichen Mindestlohns

49 Wobei die deutsche Inflationsrate gegenwärtig im Vergleich zu anderen europäischen Ländern noch unterdurchschnittlich ist, vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/217052/umfrage/inflationsraten-in-den-laendern-der-eu-monatswerte/> (24.1.2023).

50 Hierzu – jeweils in anderem Kontext – Butzer, RdA 1994, 375, 381; Konzen, SAE 1996, 216, 219; Ruck, AöR 117, 543, 550 f.; Dieterich, RdA 2002, 12; Maschmann, Tarifautonomie im Zugriff des Gesetzgebers, München 2007, S. 65 ff., 157 ff., 191 ff., der eine »Umgestaltung« daraufhin überprüfen will, ob sie die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in gleicher Weise gewährleistet wie die bisherige Ausgestaltung; Söllner, NZA 2000, Beil. zu Heft 24, 33, 36.

51 Zutreffend Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, Grundlagen Rn. 125.

52 Vgl. BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – NZA 2017, 915, Rn. 149.

53 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – NZA 2017, 915, Rn. 204 f.

54 Ähnlich Thüsing, NZG 2022, 289.

55 BT-Drs. 20/1408, S. 1.

stellen.<sup>56</sup> Der Gesetzgeber könnte eine Mindestlohnschwelle festschreiben, zugleich aber – ggf. unter gesetzlich definierten Vorgaben und in gesetzlich vorgegebenen Grenzen – die Unterschreitung durch Tarifvertrag ermöglichen. Etwa die Niederlande praktizieren ein derartiges Modell;<sup>57</sup> im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren zum MiLoG wurde es auch für Deutschland vorgeschlagen.<sup>58</sup> Damit wäre in gewisser Weise eine umgekehrte Wiederannäherung an das ursprüngliche Modell tarifgestützter Branchenmindestlöhne erreicht, indem erneut eine branchenbezogene Ausdifferenzierung ermöglicht würde, sofern die Sozialpartner hierüber einen Konsens erzielen. Nur der Ausgangspunkt wäre ein anderer, nämlich das gesetzlich festgelegte Schutzniveau. Die Tarifautonomie hätte wieder mehr Raum, indem Ausdifferenzierungen »nach unten« ermöglicht würden.

## 2. Ambivalente Wirkungen

Kann ein solches Modell überzeugen? Tarifdispositives Recht ist generell ein ambivalentes Instrument – ich habe es an anderer Stelle unter der Fragestellung »Tarifdispositives Recht – Fluch oder Segen für die Tarifautonomie«<sup>59</sup> einmal beschrieben.

Auf der »Segenseite« stehen dabei: Tarifdispositive Gestaltungen schaffen zweifellos eine sachgerechte Möglichkeit zur sozialpartnerschaftlich konsentierten Differenzierung nach Branchen und Regionen. Sie erweitern den tarifautonomen Gestaltungsraum und ermöglichen Flexibilität in Krisenzeiten.<sup>60</sup> Schließlich können von tarifdispositivem Recht positive Anreizwirkungen ausgehen: So werden auf Arbeitgeberseite Anreize zur Herstellung einer verbandlichen Tarifbindung erzeugt, wenn ausschließlich originär tarifgebundenen Unternehmen die Unterschreitung eines gesetzlichen Standards ermöglicht wird.<sup>61</sup> Erhebliche Funktionsgefährdungen des tarifautonomen Systems, die von tarifdispositiven Gestaltungen in der Vergangenheit ausgingen,<sup>62</sup> sind infolge der heute deutlich verschärften Tariffähigkeitsjudikatur des BAG<sup>63</sup> nicht mehr zu befürchten.

Andererseits drohen drei gewichtige Negativeffekte, wenn gerade der gesetzliche Mindestlohn tarifdispositiv ausgestaltet würde. Sie sprechen nach Abwägung im Ergebnis gegen eine tarifdispositive Ausgestaltung des § 1 MiLoG.

Zum einen besteht die Gefahr missbräuchlicher Koppelungsgeschäfte: Bei tarifdispositiven Regelungen, die nur Teilssegmente des Arbeitsmarktes betreffen, könnten Arbeitsbedingungen für jenes Teilssegment tarifvertraglich

verschlechtert werden, um Verbesserungen für andere Beschäftigtengruppen zu erzielen.<sup>64</sup> Die Zustimmung der Gewerkschaft zur Abweichung von einem tarifdispositiven Mindestlohn könnte ggf. in einem tarifpolitischen Kompromisspaket »erkauft« werden, indem die Arbeitsbedingungen für andere Beschäftigtengruppen verbessert werden. Potenziell nachteilig betroffen sind vor allem diejenigen Arbeitsmarktsegmente, in denen der gewerkschaftliche Organisationsgrad besonders schwach ist.

Der gesetzliche Mindestlohn erfasst zwar formal den gesamten Arbeitsmarkt. Das MiLoG ist keine Teilregulierung eines Arbeitsmarktsegments, sondern gilt für alle Arbeitsverhältnisse. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass es seine wesentliche praktische Schutzwirkung im Niedriglohnbereich entfaltet. Damit hat es – ähnlich dem AÜG – in seiner praktischen Wirkung ein sehr spezifisches Arbeitsmarktsegment im Blick, das durch eine ausgeprägte Mitgliederschwäche der Gewerkschaften gekennzeichnet ist.<sup>65</sup> Angesichts dieser Struktur drohen ähnlich problematische Koppelungseffekte wie bei tarifdispositiven Ausgestaltungen im AÜG:<sup>66</sup> Der gesetzliche

56 Dafür bereits ua. *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 20), § 1 Rn. 27 f.; *Wank*, RdA 2015, 88, 93; *Hensler*, RdA 2015, 43, 46; *Picker*, RdA 2014, 25, 31, 34; allgemein für Pflicht zur tarifdispositiven Ausgestaltung, wenn der Gesetzgeber sein Regelungsziel gleichermaßen durch tarifdispositive Vorschriften erreichen kann: *Bock*, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie, Berlin 2005 (zugl. Jena, Univ., Diss. 2005).

57 Vgl. *van Peipje*, NZA-Beilage 3/2009, 97.

58 *Thüsing*, Drs. AuS 18 (11) 148, S. 57 f.

59 *Greiner*, NZA 2018, 563 ff.

60 *Thüsing*, Drs. AuS 18 (11) 148, S. 58; *Hensler*, RdA 2015, 43, 46; *Picker*, RdA 2014, 25, 34; *Wank*, RdA 2015, 88, 93.

61 Das BAG versucht diesen – an sich sinnvollen – Differenzierungseffekt zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Unternehmen heute in erheblichem Maße durch Auslegung und richterliche Rechtsfortbildung zu erreichen, vgl. BAG, 20.1.2021 – 4 AZR 283/20 – NZA 2021, 792, was im Ziel überzeugt, methodisch aber Fragen aufwirft, dazu *Greiner*, ZfA 2022, 270 ff. Der Gesetzgeber könnte mehr.

62 Vgl. *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2010, (zugl. Köln, Univ., Diss. 2010), insbes. S. 466 ff.

63 BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 88/09 – NJW 2011, 1386; BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NJW-Spezial 2011, 179; über das Ziel hinauschießend nun BAG, 22.6.2021 – 1 ABR 28/20 – NZA 2022, 575 zur Tariffähigkeit des DHV.

64 Daher gegen eine tarifdispositive Ausgestaltung des Mindestlohns *Waltermann*, RdA 2014, 86, 98 f.; vgl. weiterhin *Waltermann*, NZA 2013, 1041, 1047; *Corzelius*, Grundlagen, Wirkungen und Grenzen des tarifdispositiven Rechts in der Arbeitnehmerüberlassung, Berlin 2018 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2018).

65 Vgl. *Kathmann*, Gewerkschaftliche Strategien im Niedriglohnbereich: Eine Analyse ihrer Herausforderungen und Gelingensbedingungen, Bremen 2021, S. 13 f., 24 mwN.

66 Hierzu *Corzelius* (Fn. 64).

Mindestlohn würde zur Verhandlungsmasse in Tarifverhandlungen, was seiner Struktur und Aufgabe kaum gerecht würde.

Nicht zu vernachlässigen ist zweitens auch ein »Wahrnehmungseffekt«: Bei Nutzung des tarifdispositiven Gestaltungsspielraums würden die Sozialpartner (beider Seiten!) nicht mehr als Träger einer Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen erkennbar, sondern vielmehr als Akteure, die ein vom Gesetzgeber aus zwingenden sozialstaatlichen Erwägungen gesetzlich festgelegtes Mindestentgelt abbedingen. Für die allgemeine Wertschätzung der Sozialpartner, den gewerkschaftlichen Organisationsgrad im Niedriglohnbereich, die Identifikation mit dem eigenen Arbeitgeber und die Arbeitsmotivation wäre dies kaum förderlich. Den Sozialpartnern würde damit eine Verantwortung zugewiesen, die sie funktional nicht tragen sollten und die sie überfordert.

Drittens schließlich: Wird die Festsetzung eines gesetzlichen Mindestlohns heute vor allem sozialpolitisch mit Erwägungen der Austauschgerechtigkeit, der Sicherung des Existenzminimums und einer erforderlichen Stärkung der sozialen Sicherungssysteme begründet,<sup>67</sup> könnte dieser Begründungs- und Rechtfertigungsansatz entfallen, wenn der Mindestlohn dann doch nicht als absolute Untergrenze begriffen, sondern dem tarifpolitischen Spiel ausgesetzt würde. Letztlich droht – verfassungsrechtlich betrachtet – die Konsistenz des Regelungszwecks verloren zu gehen. Das müsste auch die verfassungsrechtliche Einschätzung verändern.

## VI. Ein kurzer Blick nach Brüssel: Mindestlohn-Richtlinie

Die soeben beschlossene MiLo-RL erkennt das Zusammenwirken beider Elemente, indem sie beide Aspekte verbindet. Während die rechtsvergleichende Empirie zeigt, dass sich historisch entweder ein flächengreifendes Tarifmodell ohne Mindestlohn – wie in Schweden – oder aber ein Mindestlohnmodell ohne flächendeckendes Tarifmodell etabliert hat, möchte die EU dort, wo ein gesetzliches Mindestlohnmodell bereits besteht, beides kombinieren:<sup>68</sup> Neben gesetzlichen Mindestlöhnen mit klar definierten Fortschreibungskriterien sollen die Mitgliedstaaten die Rahmenbedingungen für Tarifverhandlungen und eine hohe »tarifvertragliche Abdeckung« verbessern.

### 1. Politische Mindestlohnungsgestaltung – künftig richtlinienwidrig

Für die Anpassung des gesetzlichen Mindestlohns sollen nach Art. 5 Abs. 1 MiLo-RL »klar definierte« Parameter festgelegt werden; zugleich soll der sozialpartnerschaftliche Einfluss gewährleistet werden: Dies spricht klar für eine strenge Tarifindexierung der Mindestlohnerhöhung und könnte es erforderlich machen, die materiellrechtlichen Vorgaben für die Entscheidungsfindung der Mindestlohnkommission weiter zu konkretisieren.

Bislang kaum beachtet wird, dass die in Art. 5 Abs. 1 MiLo-RL geforderte Festlegung eines verbindlichen Kriterienrahmens der Mindestlohnanpassung politischen Umgestaltungen – wie der jüngsten Anhebung auf 12 € – künftig im Wege stehen dürfte. Ein freihändiger politischer Zugriff auf die Mindestlohnhöhe dürfte unter Geltung der MiLo-RL künftig unionsrechtswidrig sein. In dieser höheren Rationalität und Verbindlichkeit liegt ein echter inhaltlicher Mehrwert der europäischen Mindestlohnregulierung, der vielen der dargestellten Befürchtungen entgegenwirken könnte. Die europäische Regulierung hat auf diese Weise das Potenzial, die Mindestlohnanpassung dem Parteienstreit in den Mitgliedstaaten zu entziehen. Andererseits dürfte sie auch sinnvolle mitgliedstaatlich verantwortete Korrekturingriffe in Wirtschafts- und Arbeitsmarktkrisen ausschließen.

### 2. Förderung von Tarifverhandlungen

Großes Unbehagen bereiten dagegen die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Förderung von Tarifverhandlungen, Art. 4 RL MiLo-RL, und die Zielvorgabe einer »Tarifabdeckung« von 80 %, vgl. Art. 4 Abs. MiLo-RL sowie Erwägungsgrund 25. Letztere ist zwar ohne klare Rechtsfolgen, und Sozialkommissar *Nicolas Schmit* verspricht, dass eine Verfehlung kein Vertragsverletzungsverfahren nach sich ziehen soll.<sup>69</sup> Was künftig – in der Politik anderer Kommissionsbesetzungen und vor dem EuGH – daraus wird, ist keineswegs ausgemacht.

Der Begriff der »Tarifabdeckung« ist trotz des Definitionsversuchs in Art. 3 Nr. 5 MiLo-RL<sup>70</sup> äußerst unbe-

<sup>67</sup> Zuletzt BT-Drs. 20/1408.

<sup>68</sup> Vgl. auch das Regressionsverbot, Art. 16 MiLo-RL (Fn. 1).

<sup>69</sup> So seine Äußerung auf dem Deutschen Arbeitgebertag am 13.9.2022 in Berlin.

<sup>70</sup> »Tarifvertragliche Abdeckung« bezeichnet demnach »den Anteil der Arbeitnehmer auf nationaler Ebene, für die ein Tarifvertrag gilt«.

stimmt und deutungs offen. Interpretiert man ihn im Sinne einer originären Tarifbindung, zwänge er zum tiefgreifenden Systemumbau: Das deutsche Tarifs system müsste zu einem System erga-omnes wirkender Tarifverträge<sup>71</sup> umgeformt werden, es müssten Arbeiterkammern mit Zwangsmitgliedschaft wie in Österreich geschaffen oder massive Beitrittsanreize gesetzt werden, etwa durch die gesetzliche Ermöglichung harter Spannenklauseln.<sup>72</sup> All dies wären tiefe Einschnitte in unser – aus guten Gründen – von der Autonomie des Einzelnen ausgehendes System. Neue Spannungen zwischen Unions- und Verfassungsrecht wären die Konsequenz.

Interpretiert man die »Tarifabdeckung« dagegen als bloße »Tarifgeltung« – was begrifflich wesentlich näher liegt –, müsste der Gesetzgeber über eine deutlich intensivierte Geltungserstreckung ganzer Tarifverträge durch AVE oder die Attraktivierung der arbeitsvertraglichen Bezugnahme nachdenken – beides ebenfalls mit problematischen Rückwirkungen auf unser mitgliedschafts gestütztes Tarifrechtsmodell.<sup>73</sup>

Letztlich belegen diese Verwerfungen die Weisheit derjenigen, die einst in Art. 153 Abs. 5 AEUV das Koalitionsrecht und (nach zutreffender Ansicht)<sup>74</sup> auch das Tarifrecht von vereinheitlichender EU-Rechtssetzung ausnahmen.<sup>75</sup> Es stimmt bedenklich, dass die jüngste Sekundärrechtsgesetzgebung mit sehr leichter Hand über diese bewusst gesetzten Grenzen hinweggeht.<sup>76</sup> Der Ultra-vires-Einwand liegt nahe.<sup>77</sup>

## VII. Fazit

Damit komme ich zu einem etwas ernüchterten Fazit: Das – mit Blick auf die Tarifautonomie – beste Modell sektoraler, tarifgestützter Mindestlöhne hat man schon 2014 mit Inkrafttreten des MiLoG aufgegeben und bestehende »modellimmanente« Optimierungspotenziale ungenutzt gelassen. Der verfassungsrechtlich gebotene Ausgleich zwischen Koalitionsfreiheit/Tarifautonomie und den sozialpolitischen Regelungszielen des Mindestlohnrechts gelang dennoch mit dem zunächst gefundenen Lösungsmodell des MiLoG recht gut: Die einmalige gesetzliche Festlegung des Mindestlohns und seine Weiterentwicklung in einem Kommissionsmodell sind nach wie vor vorzugswürdig. Mit dem soeben erfolgten politischen Eingriff in dieses Modell verfolgt der Gesetzgeber

zwar nachvollziehbare sozialpolitische Ziele, schwächt aber die Kohärenz des Regelungsmodells und nimmt erhebliche systemische Gefahren in Kauf. Zukunftstauglich ist ein derartiges Vorgehen – auch mit Blick auf den verlässlichen Kriterienrahmen, den nunmehr die MiLo-RL verlangt – wohl nicht. Eine tarifdispositive Ausgestaltung des gesetzlichen Mindestlohns ist schließlich nach Abwägung aller Argumente wohl keine tragfähige Alternative: Zu stark wären ihre negativen Rückwirkungen im Gesamtsystem.

In scharfem Kontrast zu der am 1. Oktober 2022 vollzogenen gesetzlichen Mindestlohnanhebung beschränkt die am 4. Oktober 2022 verabschiedete MiLo-RL künftig die mitgliedstaatliche Möglichkeit, politisch gestaltend auf die Fortschreibung der Mindestlöhne einzuwirken. Zugleich erfordert sie möglicherweise grundlegende Änderungen an dem in Deutschland praktizierten System von Sozialpartnerschaft und Tarifautonomie. Angesichts der teils unklaren Begrifflichkeiten der MiLo-RL liegt das Schicksal unserer Tarifautonomie nunmehr zumindest partiell in den Händen des EuGH. Diese Konsequenzen hätte man vor Abschluss der Brüsseler Rechtssetzung im Detail diskutieren und durchdenken sollen – hinterher ist es erfahrungsgemäß zu spät.

71 Hierzu umfassend und rechtsvergleichend Kamanabrou (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, Tübingen 2011.

72 Auf Letzteres könnte die Vorgabe durch Art. 4 Abs. 1 lit. a) MiLo-RL (Fn. 1) hindeuten, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, den »Auf- und Ausbau der Kapazitäten der Sozialpartner, Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung unter anderem auf sektoraler oder branchenübergreifender Ebene zu führen«, zu fördern. Der Begriff der »Kapazitäten« könnte dabei insbesondere auf den gewerkschaftlichen Organisationsgrad abzielen. Zur Diskussion über Spannenklauseln in Deutschland siehe ausführlich Pionteck (Fn. 34), mwN.

73 Zu den ambivalenten Wirkungen etwa Greiner, FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 103, 108 ff.

74 Zutreffend Kriebler, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 153 AEUV Rn. 12; Klumpp, in: Münchener Kommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2019, § 227 Rn. 3; aA. Franzen, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2022, Art. 153 AEUV Rn. 50; jeweils mwN.

75 Für eine – zumindest partielle – Kompetenzwidrigkeit der MiLo-RL (Fn. 1): Franzen, EuZA 2021, 1 f.; Franzen, EuZA 2019, 281 f.; Klocke/Hautkappe, ZESAR 2021, 63, 67 f.; Klumpp, EuZA 2021, 284, 289 ff.; Kriebler, RdA 2021, 215, 220; HWK-Sittard (Fn. 20), Vorb. § 1 TVG Rn. 16; Thüsing/Hütter-Brungs, NZA 2021, 170 f.; aA. Schmit, SRa 2022, 210, 214; Sagan/Witschen/Schneider, ZESAR 2021, 103, 111.

76 Sehr beschönigend COM (2020) 682 final, S. 7: »Da im Vorschlag keine Maßnahmen mit unmittelbaren Auswirkungen auf die Höhe des Arbeitsentgelts enthalten sind, werden die Grenzen, die den Maßnahmen der Union durch Art. 153 Abs. 5 AEUV gesetzt sind, voll und ganz gewahrt.«

77 So auch Klumpp, EuZA, 2021, 284, 299; HWK-Sittard (Fn. 20), Vorb. § 1 TVG Rn. 16; Thüsing/Hütter-Brungs, NZA 2021, 170; dies gilt übrigens auch für die inhaltlich überzeugendere Rahmensetzung zum gesetzlichen Mindestlohn.

# Europäische Mindestlohnrichtlinie – Kriterien, Kompetenzen und Umsetzung

Assoziierte Prof. PD. Dr. Erika Kovács, Wirtschaftsuniversität Wien

## I. Einleitung

Die unterschiedlich hohen Löhne in den Mitgliedstaaten waren lange Zeit nicht Gegenstand der europäischen Sozial- und Wirtschaftspolitik. Unter den europäischen Gesetzgebern war lange die Auffassung vorherrschend, dass der Abbau der internen Grenzen und die Verwirklichung des Binnenmarktes zu einer Annäherung der Sozialstandards und zu einer gewissen Angleichung der realen Arbeitskosten führen würden. Die großen Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen gesetzlichen Mindestlöhnen – 363 € in Bulgarien und 2.257 € in Luxemburg<sup>1</sup> – stellen klar, dass diese Erwartung nicht erfüllt wurde. Die Richtlinie setzt als Ziel, dass der Wettbewerb im Binnenmarkt auf hohen Sozialstandards einschließlich eines hohen Arbeitnehmerschutzniveaus beruhen sollte.<sup>2</sup>

Daher hat die Europäische Kommission im Oktober 2020 einen Vorschlag für eine Richtlinie über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union veröffentlicht. Im Juni 2022 haben das Europäische Parlament und der Ministerrat den Vorschlag in wesentlichen Punkten verändert und über den geänderten Text eine Einigung erzielt. Die Richtlinie (EU) 2022/2041 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union wurde am 19. Oktober 2022 veröffentlicht.<sup>3</sup> Ab diesem Zeitpunkt haben die Mitgliedstaaten zwei Jahre Zeit, die Regelungen in das nationale Recht umzusetzen. Die Richtlinie zielt darauf ab, in den Mitgliedstaaten angemessene Mindestlöhne zu gewährleisten und die Rolle der Sozialpartner im Lohnsetzungsprozess zu stärken.

## II. Kriterien

### 1. Die einzelnen Kriterien

Art. 5 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, Kriterien für die Festlegung und Aktualisierung der gesetzli-

chen Mindestlöhne auszuarbeiten, die zu ihrer Angemessenheit beitragen. Als Ziele der Regelung werden in Abs. 1 die Erreichung des angemessenen Lebensstandards, die Verringerung der trotz Erwerbstätigkeit bestehenden Armut, die Förderung des sozialen Zusammenhalts und der sozialen Aufwärtskonvergenz sowie die Verringerung des geschlechterspezifischen Lohngefälles genannt.

Gemäß Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie müssen die nationalen Kriterien zur Festsetzung des Mindestlohns mindestens vier Aspekte umfassen. Der erste Parameter ist die Kaufkraft der gesetzlichen Mindestlöhne unter Berücksichtigung der Lebenshaltungskosten. Hierbei werden die absoluten Geldbeträge des Mindestlohns in Kaufkraftparitäten für die Konsumausgaben der privaten Haushalte umgerechnet. Bei dieser Kennzahl kommen mE. die Ziele, den Arbeitnehmern angemessene Lebensbedingungen zu garantieren und Armut zu verringern, am meisten zum Ausdruck, weil das Einkommen in unmittelbare Relation zu den Ausgaben gesetzt wird. Nach der Statistik der Europäischen Kommission liegt der nationale Mindestlohn in elf Mitgliedstaaten unter (dem Durchschnitt) der Kaufkraftparität 1.000.<sup>4</sup>

Der zweite und dritte Indikator beziehen sich auf das allgemeine Niveau der Löhne, ihre Verteilung sowie auf ihre Wachstumsrate. Während in dem Kommissionsvorschlag noch Bruttolöhne angegeben waren, spricht die

1 Eurofound, Minimum wages in 2022: Annual review, Minimum wages in the EU series, Publications Office of the European Union, Luxembourg 2022, p. 7.

2 Ewg. 7 der Präambel der Richtlinie (EU) 2022/2041.

3 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 275/33.

4 So in Bulgarien, Estland, Griechenland, Kroatien, Lettland, Malta, Portugal, Rumänien, der Slowakei, Ungarn, und in der Tschechischen Republik, s. Eurostat, Minimum wage statistics, Figure 2: Minimum wages, July 2022 (PPS per month), [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum\\_wage\\_statistics](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum_wage_statistics) (24.1.2023).



Endfassung über »Löhne«. Diese Änderung ist zu begrüßen, da das Heranziehen der Bruttolöhne nicht zielführend ist, weil sich bei den Nettolöhnen wegen der unterschiedlich hohen Abgaben große Unterschiede ergeben können. Abs. 4 konkretisiert, dass die Mitgliedstaaten die auf internationaler Ebene üblichen Referenzwerte wie 60 % des Bruttomedianlohns und 50 % des Bruttodurchschnittslohns verwenden können. Das ist zwar eine genaue Vorgabe für die Untergrenze, allerdings liegt hier nach dem Wortlaut lediglich eine Empfehlung und keine zwingende Vorschrift vor. Die Endfassung stellt ausdrücklich klar, dass auch andere Referenzwerte eingesetzt werden dürfen. Das Verhältnis Mindestlohn zu Medianlohn lag 2018 in sechs Mitgliedstaaten unter 50 %: in der Tschechischen Republik, in Kroatien, Lettland (alle 49 %), Spanien (44 %), Malta (43 %) und Estland (42 %).<sup>5</sup>

Die ersten drei Kriterien zielen nicht auf die Verhinderung der Ausbeutung geringqualifizierter und daher verhandlungsschwacher Arbeitnehmer ab, sondern auf eine allgemeine Entgeltabsicherung. Während diese Indikatoren auf das Interesse der Arbeitnehmer abstellen,<sup>6</sup> nimmt allein der vierte Indikator auf die wirtschaftlichen Zusammenhänge Bezug. Als vierte Kennzahl werden die langfristigen nationalen Produktivitätsniveaus und Produktivitätsentwicklungen genannt. Der Zusammenhang zwischen Mindestlohn und Produktivität ist wichtig für die Beschäftigungshöhe und die Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft. Übersteigt die durchschnittliche Lohnerhöhung den Produktivitätszuwachs, führt dies zum Beschäftigungsrückgang und zum Anstieg der Arbeitslosigkeit. Die Relation zwischen Lohnkosten und Produktivität ist ein wesentlicher Faktor der internationalen Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft.

Die Aufzählung der Kriterien ist nicht abschließend, sodass es den Mitgliedstaaten freisteht, weitere Parameter für die Ermittlung des gesetzlichen Mindestlohns heranzuziehen. Die Endfassung stellt explizit klar, dass die Mitgliedstaaten auch über das relative Gewicht dieser Kriterien entscheiden können. Auffällig ist, dass die Kriterien lediglich Indikatoren sind, die keine Mindestwerte enthalten. Wäre die Angemessenheit der gesetzlichen Mindestlöhne unionsrechtlich einheitlich auszulegen, könnte die Gesamtabwägung der einzelnen Indikatoren nach diesem Maßstab konkretisiert werden.

Als »gesetzlicher Mindestlohn« gilt nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie jeglicher gesetzlich oder durch andere ver-

bindliche Rechtsvorschriften festgelegte Mindestlohn. Darunter fallen nicht nur der Mindestlohn nach dem MiLoG, sondern auch andere, staatlich verbindlich festgelegte Mindestentgelte. So müssen die vorhin vorgestellten Kriterien auch bei der Festsetzung eines Mindestlohns in einer Verordnung nach §§ 7, 7a, 10 f. Arbeitnehmerentendegesetz (AEntG) sowie bei der Bestimmung der Mindestvergütung nach dem Berufsbildungsgesetz (gemäß § 17 BBiG) berücksichtigt werden.<sup>7</sup> Hingegen sind die Mindestlöhne in Tarifverträgen, die für allgemeinverbindlich erklärt werden, nicht erfasst, wenn die die Allgemeinverbindlichkeit erklärende Behörde über keinen Ermessensspielraum bezüglich des Inhalts der anwendbaren Bestimmungen verfügt.<sup>8</sup>

## 2. Der Begriff der Angemessenheit

Die Angemessenheit der Mindestlöhne ist ein unbestimmter und interpretationsbedürftiger Begriff. Ob dieser Begriff unionsrechtlich autonom auszulegen oder den Mitgliedstaaten für deren Interpretation zu überlassen ist, ist mE. eine Schlüsselfrage für das Verständnis der Richtlinie. Geht man davon aus, dass die Angemessenheit unionsweit einheitlich zu verstehen ist, dann würde dieser Begriff ein bestimmtes Niveau der gesetzlichen Mindestlöhne fordern. In diesem Fall müssten die nationalen Kriterien und Richtwerte zur Festsetzung der gesetzlichen Mindestlöhne einen einheitlichen Mindestlohnstandard erreichen, was von dem EuGH überprüfbar wäre.

*Franzen* und *Klumpp* argumentierten überzeugend – allerdings noch aufgrund des Richtlinienvorschlages – dafür, dass die Angemessenheit unionsrechtlich autonom ausgelegt werden muss.<sup>9</sup> Diese Interpretation beruhte darauf, dass der Richtlinienvorschlag nicht auf die einschlägigen mitgliedstaatlichen Regelungen verwies, und stattdessen die Präambel eine Definition dieses Begriffs enthielt.

5 Eurostat, Figure 3: Minimum wages as a proportion of median gross earnings, 2018 (%), [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum\\_wage\\_statistics](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Minimum_wage_statistics) (24.1.2023).

6 Krit. hierzu *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA 2021, 170, 172; vgl. auch *Klumpp*, EuZA 2021, 284, 302.

7 *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103, 108.

8 Der Richtlinienvorschlag enthielt diese Klarstellung in der Definition des gesetzlichen Mindestlohns noch nicht und in der Literatur wurde daher die Auffassung vertreten, dass darunter auch die in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen festgelegten Mindestlöhne zu verstehen sind, so zB. *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103, 108.

9 *Franzen*, ZFA 2021, 157, 162; *Klumpp*, EuZA 2021, 284, 303; aA. *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103, 105.

Nach dem Erwägungsgrund 21 des Richtlinienvorschlags gelten die Mindestlöhne als angemessen, »wenn sie angesichts der Lohnskala im Land gerecht sind und einen angemessenen Lebensstandard gewährleisten.« Das ist ein Rückgriff auf Art. 4 Abs. 1 ESC, der ein Recht der Arbeitnehmer auf ein gerechtes Arbeitsentgelt deklariert. Darunter wird ein Arbeitsentgelt verstanden, welches ausreicht, um den Arbeitnehmern und ihren Familien einen angemessenen Lebensstandard zu ermöglichen. Nach den Stellungnahmen des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte ist ein gesetzlicher Mindestlohn angemessen, der 60 % des durchschnittlichen nationalen Nettolohns eines Vollzeitarbeitnehmers nicht unterschreitet. Allerdings hält der Ausschuss auch ein Nettoeinkommen zwischen 50 % und 60 % des durchschnittlichen nationalen Nettomonatseinkommens eines Vollzeitarbeitnehmers für angemessen, wenn der Vertragsstaat nachweist, dass dieses Einkommen für die Lebenshaltungskosten ausreicht.<sup>10</sup> Diese Werte fanden Einfluss in den Text der Richtlinie.

Die Endfassung der Richtlinie weicht vom Kommissionsvorschlag ab. Die Definition in der Präambel wurde zwar beibehalten, aber mit dem Satz ergänzt, dass die Angemessenheit der gesetzlichen Mindestlöhne von jedem einzelnen Mitgliedstaat selbst bestimmt und bewertet wird. Weitere Indizien dafür, dass der europäische Gesetzgeber das Angemessenheitsniveau nicht harmonisieren wollte, sind in Art. 5 der Richtlinie zu finden. Art. 5 Abs. 4 legt fest, dass die Mitgliedstaaten die auf internationaler Ebene üblichen Referenzwerte wie 60 % des Bruttomedianlohns und 50 % des Bruttodurchschnittslohns verwenden können. Sie müssen zwar bei ihrer Bewertung der Angemessenheit der gesetzlichen Mindestlöhne Referenzwerte zugrunde legen, allerdings sind sie ausdrücklich berechtigt, diese frei auszuwählen und auch ihre nationalen Referenzwerte zu verwenden.<sup>11</sup> Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten die Parameter des gesetzlichen Mindestlohns frei und damit ohne verbindliche europäische Untergrenzen konkretisieren dürfen. Außerdem können sie über das relative Gewicht der einzelnen Kriterien für die Bestimmung des gesetzlichen Mindestlohns entscheiden.<sup>12</sup> Diese Vorschriften implizieren mE., dass aus den durch die Richtlinie vorgegebenen Kriterien kein unionsweit einheitliches Angemessenheitsniveau der gesetzlichen Mindestlöhne herauszulesen ist. Vielmehr wird die Interpretation der Angemessenheit den Mitgliedstaaten überlassen, was in einen von Staat zu Staat

unterschiedlich starken Mindestlohnschutz münden kann.

### 3. Der Spielraum des EuGH bei der Beurteilung der Richtlinienkonformität

Spannend ist daher die Frage, wie der EuGH die Verpflichtung der Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 5 beurteilen würde. Ihm kann die Aufgabe zukommen, die Richtlinienkonformität der mitgliedstaatlichen Festsetzung des Mindestlohns und der Angemessenheit der Mindestlohnhöhe zu beurteilen. Eine nationale Mindestlohngesetzgebung wäre jedenfalls dann richtlinienwidrig, wenn einer der in Art. 5 aufgezählten Indikatoren bei der staatlichen Mindestlohnfindung gar nicht berücksichtigt wäre.<sup>13</sup> Der EuGH könnte die Anforderungen des Art. 5 mE. bereits dann als erfüllt ansehen, wenn die Mitgliedstaaten die vier Kriterien – auch nur gering gewichtet – bei der Aktualisierung des Mindestlohns berücksichtigt haben. Da aber die einzelnen Indikatoren keine verbindliche Untergrenze vorsehen, würde diese Vorgehensweise den Angemessenheitsbegriff völlig aushöhlen. Außerdem ergibt sich aus der Aufzählung dieser Kriterien, dass sie ein größeres Gewicht haben sollten als andere Kriterien. Wie *Sagan/Witschen/Schneider* zutreffend ausführen, würde es die praktische Wirksamkeit der RL infrage stellen, wenn andere Kriterien höher gewichtet wären als die in Art. 5 genannten Kennzahlen.<sup>14</sup> Nach dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag war die Gewichtung nicht den Mitgliedstaaten überlassen. Demnach hätte der EuGH bei der Überprüfung der hier aufgelisteten Kriterien größere Bedeutung gehabt.

Entgegen dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Art. 5 kann nicht völlig ausgeschlossen werden, dass der EuGH dem Angemessenheitsbegriff ein unionsrechtliches Verständnis verleihen wird. Die Präambel ist juristisch nicht verbindlich und die Formulierung des Art. 5 schließt diese Möglichkeit nicht definitiv aus. Allerdings würde eine unionsweite Interpretation der Angemessenheit verlangen, dass der EuGH sich zumindest bei einzelnen Kennzahlen

10 S. ausführlich mit Nachweisen *Schubert*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020 (im Folgenden: *EuArbR*), Art. 4 ESC Rn. 4 ff.

11 Art. 5 Abs. 4 RL (EU) 2022/2041 (Fn. 3).

12 Art. 5 Abs. 1 S. 5 RL (EU) 2022/2041 (Fn. 3).

13 *Thüsing/Hütter-Brungs*, NZA 2021, 170, 171 mit dem Beispiel von Frankreich; ihm folgend auch *Klump*, *EuZA* 2021, 284, 303.

14 *Sagan/Witschen/Schneider*, *ZESAR* 2021, 103, 110.

auf konkrete Referenzwerte als unionsweit geforderte Untergrenze stützt. Ohne solche Richtwerte kann die Angemessenheit nicht mit Inhalt gefüllt werden. Das Heranziehen von 60 % des Bruttomedianlohns oder 50 % des Bruttodurchschnittslohns würde nicht nur deswegen auf der Hand liegen, weil diese die einzigen konkreten Referenzwerte der Richtlinie sind. Diese Untergrenze würde auch dem Art. 4 ESC und den darauf bezogenen Stellungnahmen des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte gerecht werden.<sup>15</sup>

### III. Die Kompetenzfrage

#### 1. Welche Norm ist die Kompetenzgrundlage?

Eng mit den Kriterien verknüpft ist die Frage, ob die Europäische Union überhaupt dafür zuständig ist, eine Richtlinie über den nationalen Mindestlohn mit dem vorliegenden Inhalt zu erlassen.

Zwei Artikel der Richtlinie stehen insbesondere im Verdacht eines Kompetenzmangels: die Sicherung angemessener gesetzlicher Löhne in Art. 5 und die Förderung von Tarifverhandlungen in Art. 4. Konkret ist es fraglich, ob die Regelung dieser Themen unter den Begriff der »Arbeitsbedingungen« iSd. Art. 153 Abs. 1 lit. b AEUV subsumiert werden kann oder unter die Kompetenzgrenze des Art. 153 Abs. 5 AEUV fällt. Die Richtlinie stützt sich auf Art. 153 Abs. 1 lit. b AEUV,<sup>16</sup> der die Union ermächtigt, hinsichtlich der »Arbeitsbedingungen« die Tätigkeit der Mitgliedstaaten zu unterstützen und zu ergänzen.

Zunächst wird die Kompetenzfrage hinsichtlich der Regelung des gesetzlichen Mindestlohns in Art. 5 untersucht. Wie bereits dargelegt, enthält die Richtlinie lediglich Indikatoren für den angemessenen Mindestlohn, schreibt aber kein einheitliches Mindestlohnniveau vor. Die Mitgliedstaaten haben sowohl bei der Bestimmung der Referenzwerte als auch bei der Gewichtung der einzelnen Indikatoren einen großen Gestaltungsspielraum. Dennoch beeinflussen das Angemessenheitserfordernis und die vorgeschriebenen Indikatoren die mitgliedstaatliche Festsetzung des Mindestlohns. Es stellt sich die Frage, ob dieser Einfluss ausreichend ist, damit Art. 5 der Richtlinie unter die Kompetenzausnahme fällt. Für die Antwort müssen wir zunächst die bisherigen unionsrechtlichen Vorgaben zum Entgelt und die einschlägige EuGH-Judikatur untersuchen.

#### 2. Entwicklungsgeschichte: Die Vorgaben des Unionsrechts zum Entgelt

Die Mindestlohnrichtlinie ist nicht die erste unionsrechtliche Regelung, die auf das Arbeitsentgelt Bezug nimmt. Bereits der Vertrag von Rom deklarierte den Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit für Männer und Frauen. Es gibt weitere zahlreiche Normen im Sekundärrecht, die das Entgelt betreffen. Die Gleichbehandlungsrichtlinien verbieten jegliche Diskriminierung hinsichtlich des »Arbeitsentgelts« aufgrund von verschiedenen geschützten Merkmalen. Diese Regelungen beruhen auf einem primärrechtlichen Gleichbehandlungsgebot wie Art. 19 oder Art. 157 AEUV. Die hinsichtlich des Arbeitsentgelts während der Überlassung geltende Gleichstellungspflicht der Leiharbeiternehmer mit den Arbeitnehmern des Beschäftigerbetriebs hat ebenfalls einen gleichstellungsrechtlichen Ansatz.

Die existierenden unionsrechtlichen Regelungen zum Arbeitsentgelt teilen gewisse Gemeinsamkeiten. Sie lassen sich als Gleichbehandlungsvorgaben begreifen, die zwar das Entgelt ganz konkret beeinflussen, dessen Höhe aber nicht selbst festlegen. Vielmehr knüpfen sie an das durch nationale Rechtsvorschriften oder Vereinbarungen festgelegte Entgelt der Vergleichsgruppe an.<sup>17</sup> Somit handelt es sich hier nicht um eine echte, originelle Entgeltfindung.<sup>18</sup> Die Bestimmung der Höhe des Entgelts war bisher nur dahingehend der unionsrechtlichen Kontrolle unterworfen, ob sie das Gleichbehandlungsgebot erfüllt. Das Unionsrecht hat keine Auswirkung auf die mitgliedstaatlichen Systeme der Lohnsetzung entfaltet, sodass die Festlegung des Vergleichslohns in der nationalen Kompetenz geblieben ist.<sup>19</sup>

#### 3. Die EuGH-Judikatur und deren Anwendung auf Art. 5 der Richtlinie

Der EuGH musste hinsichtlich der Diskriminierungsverbote bei Teilzeitbeschäftigung und befristeten Arbeitsverträgen zu diesem Thema Stellung nehmen. Es wurde hinterfragt, ob Entgeltbestandteile wegen des Kompetenzausschlusses in Art. 153 Abs. 5 AEUV von dem Begriff »Beschäftigungsbe-

<sup>15</sup> S. *EuArbR-Schubert* (Fn. 10), Art. 4 ESC Rz. 4.

<sup>16</sup> Erster Satz der Präambel der RL (EU) 2022/2041 (Fn. 3).

<sup>17</sup> *Klumpff*, *EuZA* 2021, 284, 292.

<sup>18</sup> *Schubert*, *FS Säcker*, 2021, S. 167, 172 f. mwN.

<sup>19</sup> S. insb. *Krebber*, *RdA* 2021, 215, 216.

dingungen« erfasst sein und daher dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterliegen können.<sup>20</sup>

Der EuGH betonte, dass nur die unmittelbare Regelung des Entgelts von der Kompetenz ausgenommen ist. Der Ausschluss aller finanziellen Bedingungen vom Begriff »Beschäftigungsbedingungen« würde den Bereich des Diskriminierungsverbots zweckwidrig einengen. Die Ausnahmeregelung ist demnach so zu verstehen, dass sie sich auf die Vereinheitlichung einzelner oder aller Bestandteile oder der Höhe der Löhne oder die Einführung eines gemeinschaftlichen Mindestlohns bezieht. Mit solchen Maßnahmen würde das Unionsrecht unmittelbar in die Festsetzung der Arbeitsentgelte innerhalb der Union eingreifen. Der Kompetenzausschluss lässt sich jedoch nicht auf alle Fragen, die mit dem Arbeitsentgelt in irgendeinem Zusammenhang stehen, erstrecken. Ansonsten würden einige der in Art. 153 Abs. 1 AEUV aufgeführten Bereiche größtenteils ihrer Substanz beraubt.<sup>21</sup>

Die Differenzierung des EuGH nach mittelbarer und unmittelbarer Lohnfestsetzung ist kein belastbares Unterscheidungsmerkmal, denn eine dogmatisch klare Trennung zwischen den beiden Lohnfindungsmethoden anhand des Kriteriums, inwiefern das Unionsrecht die Festlegung der Entgelthöhe beeinflusst hat, ist nicht möglich. Handfester ist mE. die Unterscheidung danach, ob die Regelung auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz beruht, oder nicht.

Wenn wir diese Grundsätze des EuGH auf die Richtlinie umlegen, kommen wir zu folgenden Schlussfolgerungen: Ein einheitlicher Mindestlohn wird durch die Richtlinie nicht eingeführt. Die Methode der Lohnfindung wird aber eingeschränkt, da die vorgestellten Kriterien zu berücksichtigen sind. Dennoch haben die Mitgliedstaaten einen großen Gestaltungsspielraum für die Festsetzung des Mindestlohns. Sie dürfen die vorgegebenen Indikatoren konkretisieren, Referenzwerte für diese festlegen und weitere Parameter für die Mindestlohnsetzung bestimmen. Auch eine Untergrenze für den angemessenen Mindestlohn lässt die Richtlinie vermissen. Daher könnte man aufgrund der EuGH-Judikatur zu der Schlussfolgerung kommen, dass die Richtlinie das Entgelt nur mittelbar beeinflusst und daher nicht unter die Kompetenzausschlussklausel fällt. Ich sehe dies aber anders.

Die Differenzierung des EuGH nach mittelbarer und unmittelbarer Lohnfestsetzung kann nicht nur als Frage interpretiert werden, ob eine unionsrechtliche Regelung einen direkten zwingenden Einfluss auf die Entgelthöhe nimmt. Die Aussage des EuGH lässt mE. auch eine solche

Interpretation zu, dass die Unterscheidung auf das vorrangige Ziel und den entsprechenden Gegenstand einer Regelung abstellt.<sup>22</sup> Die Richtlinie stellt die erste unionsrechtliche Regelung dar, die bereits von ihrer Zielsetzung her auf die Regelung des Entgelts ausgerichtet ist. In diesem Sinne betrift die Union Neuland.<sup>23</sup> Die Festsetzung des Entgelts ist hier keine Folge einer originären Regelung, des Gleichbehandlungsgrundsatzes, sondern steht im Mittelpunkt der Rechtssetzung. Daher kann der Richtlinie eine unmittelbare Einflussnahme auf das Entgelt nicht abgesprochen werden.

Zusammenfassend können folgende Schlussfolgerungen gezogen werden: Das zwingende Vorschreiben gewisser Indikatoren für die Festlegung der Höhe des gesetzlichen Mindestlohns gibt nur einen Rahmen vor und konkrete Zielvorgaben dienen lediglich als Orientierungshilfe. Weder die Höhe des Mindestlohns noch die Richtwerte der einzelnen Indikatoren werden unionsweit vereinheitlicht. Dadurch erfolgt keine Harmonisierung der Mindestlohnfestsetzung. Dennoch steht die Regelung des Entgelts im Vordergrund der Richtlinie. Sie zielt nicht auf die Verbesserung der Arbeitsbedingungen, sondern auf die Verbesserung der Lebenssituation der Geringverdienenden durch die Sicherstellung eines Mindestlohns ab. Dadurch fällt Art. 5 der Richtlinie unter die Kompetenz Ausnahme des Art. 153 Abs. 5 AEUV. Mit dieser Richtlinie überschreitet der europäische Gesetzgeber somit seine sozialpolitische Kompetenzgrenze.

#### 4. Die Chancen einer Nichtigkeitsklage

Im Hinblick auf die bisherige Judikatur des EuGH stehen dennoch die Erfolgchancen einer Nichtigkeitsklage mE. nicht gut. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an das EuGH-Urteil Ungarn gegen das Europäische Parlament in Bezug auf die Änderung der Entsenderichtlinie.<sup>24</sup>

20 EuGH, 10.6.2010 – verb. C-395/08 u. C-396/08 – NZA 2010, 753, Rn. 33 ff. (Bruno und Pettini); EuGH, 13.9.2007 – C-307/05 – NZA 2007, 1223, Rn. 41 (Del Cerro Alonso); EuGH, 15.4.2008 – C-268/06 – NZA 2008, 581, Rn. 105 ff. (Impact).

21 EuGH, 10.6.2010 – verb. C-395/08 u. C-396/08 – NZA 2010, 753, Rn. 33 ff., 37 (Bruno und Pettini) mit Verweis auf EuGH, 15.4.2008 – C-268/06 – NZA 2008, 581, Rn. 105 ff., 124 (Impact).

22 Nach *Rebhahn/Reiner* sei der »Schwerpunkt der Regelung« entscheidend, s. *Rebhahn/Reiner*; in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (im Folgenden: Schwarze), Art. 153 AEUV Rz. 64.

23 Den Begriff verwendete bereits *Klump*, EuZA 2021, 284, 285.

24 EuGH, 8.12.2020 – C-620/18 – NZA 2021, 113 (Ungarn gegen Europäisches Parlament).

Art. 3 Abs. 1 lit. c der Entsenderichtlinie<sup>25</sup> forderte in seiner ursprünglichen Fassung, dass lediglich der im Aufnahmestaat geltende Mindestlohn auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden ist. Die Ermächtigungsgrundlage dafür bildete die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 53 Abs. 1 und Art. 62 AEUV). Die Richtlinie (EU) 2018/957 zur Änderung der Entsenderichtlinie hat statt Mindestlohn das Entgelt als zwingend anwendbare Arbeitsbedingung für entsandte Arbeitnehmer eingeführt. Die ungarische Regierung hat daraufhin eine Nichtigkeitsklage eingereicht und geltend gemacht, dass der Unionsgesetzgeber, indem er sich auf die Dienstleistungsfreiheit gestützt habe, keine zutreffende Rechtsgrundlage für die angefochtene Richtlinie und insbesondere für die Änderung vom Mindestlohn auf Entgelt gewählt habe. Ihrem Gegenstand und Inhalt nach ziele diese Richtlinie ausschließlich oder hauptsächlich auf den Schutz der Arbeitnehmer ab, und trage nicht dazu bei, Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr zu beseitigen. Die Änderungsrichtlinie verstoße daher gegen Art. 153 Abs. 5 AEUV. Die Union habe nur deswegen eine ungeeignete Rechtsgrundlage gewählt, damit sie die fehlende Ermächtigungsgrundlage verschleierte.<sup>26</sup>

Der EuGH führte aus, dass bei zwei Zielsetzungen der Rechtsakt nur auf eine Rechtsgrundlage zu stützen ist, und zwar auf diejenige, die die hauptsächliche oder überwiegende Zielsetzung erfordert. Bei der Entsenderichtlinie stelle die Dienstleistungsfreiheit das Hauptziel dar, während der Schutz der entsandten Arbeitnehmer lediglich subsidiär sei. Außerdem stelle die Entsenderichtlinie keine Harmonisierung dar, da sie sich darauf beschränkt, bestimmte Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaats für den Fall der Entsendung von Arbeitnehmern verbindlich zu machen, und dabei die Vielfalt der nationalen Arbeitsbeziehungen achtet. Art. 153 Abs. 1 lit. a AEUV bildet daher keine Rechtsgrundlage für die Änderungsrichtlinie und Art. 153 Abs. 5 AEUV ist irrelevant.<sup>27</sup>

Aus dieser Entscheidung sind mE. zwei Erkenntnisse für die Mindestlohnrichtlinie zu gewinnen. Zum einen verdeutlicht dieses Urteil, dass die EU berechtigt ist, aufgrund von anderen Ermächtigungsgrundlagen – wie der Dienstleistungsfreiheit – solche Regelungen zu treffen, die unmittelbar Bezug auf das Entgelt nehmen. Zum anderen bringt das Urteil das gleiche Argument wie die Mindestlohnrichtlinie, nämlich, dass die nationalen Besonderheiten und Gepflogenheiten durch diese Richtlinie vollstän-

dig geachtet werden, weil sie weder eine einheitliche Höhe des Mindestlohns noch einen einheitlichen Mechanismus für die Festsetzung von Mindestlöhnen schafft.<sup>28</sup>

## 5. Förderung von Lohnverhandlungen

Nicht nur Art. 5 ist aus kompetenzrechtlichen Gründen bedenklich. Art. 4 Abs. 1 schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten den Ausbau der Kapazitäten der Sozialpartner fördern sollen, damit diese Tarifverhandlungen zur Lohnfestsetzung führen können. Auch die Lohnverhandlungen zwischen den Sozialpartnern sollen unterstützt werden. Gemäß Art. 4 Abs. 2 müssen Mitgliedstaaten, in denen die tarifvertragliche Abdeckung weniger als 80 % der Arbeitnehmer umfasst, zusätzlich einen Rahmen vorsehen und einen Aktionsplan zur Förderung von Tarifverhandlungen erstellen.

Die einschlägige Rechtssetzungsgrundlage für Art. 4 wäre mE. Art. 153 Abs. 1 lit. f AEUV, der die Zuständigkeit der Union für die »Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, vorbehaltlich des Absatzes 5,« vorschreibt. Das Ziel des Art. 4 ist zwar die Verbesserung der Arbeitsbedingungen. Das Instrument für die Erreichung des Ziels ist jedoch die Verbesserung der kollektiven Interessenwahrnehmung, wozu lit. f tatbestandlich nähersteht.<sup>29</sup> Lit. f ist für Regelungen des gesamten kollektiven Arbeitsrechts zuständig und gegenüber dem weiteren Verständnis des lit. b die spezielle Rechtssetzungsgrundlage.<sup>30</sup> Für den Erlass des Art. 4 wurde somit die falsche Rechtsgrundlage gewählt, weil hierfür lit. f zuständig wäre.

Der Kompetenzausschluss in Art. 153 Abs. 5 AEUV, der auch das Koalitionsrecht beinhaltet, gilt auch für lit. f. Ob sich diese Kompetenz Ausnahme auf das ganze Tarifvertragsrecht und die gesamte Tarifautonomie erstreckt, ist in der Lehre umstritten.<sup>31</sup> Einige sprechen für die Einbeziehung des Tarifrechts in die Kompetenz Ausnahme.

25 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1996, L 018/0001.

26 EuGH, 8.12.2020 – C-620/18 – NZA 2021, 113 (Ungarn gegen Europäisches Parlament), Rn. 71 ff.

27 EuGH, 8.12.2020 – C-620/18 – NZA 2021, 113 (Ungarn gegen Europäisches Parlament), Rn. 77 ff.

28 Ewg. 19 der Präambel der RL (EU) 2022/2041 (Fn. 3).

29 Franzen, ZFA 2021, 157, 169.

30 Vgl. auch Franzen, ZFA 2021, 157, 170.

31 S. ausführlich mit Verweisen Franzen, ZFA 2021, 172 f.

Koalitionsrecht und Tarifrecht hängen so eng miteinander zusammen, dass eine getrennte Ermächtigungsgrundlage für das Tarifrecht undenkbar ist.<sup>32</sup> Die Gegenauffassung stützt sich auf den Wortlaut des Abs. 5, der ausdrücklich nur das Recht der Koalitionen adressiert, sowie auf systematische Argumente.<sup>33</sup> Außerdem unterscheidet auch das Unionsrecht zwischen Koalitionsrecht und Kollektivverhandlungen, so zB. Art. 12 und Art. 28 der Grundrechtecharta auf der Ebene der Grundrechte.<sup>34</sup>

Selbst wenn man zwischen dem Koalitionsrecht und der Ausgestaltung der Kollektivautonomie differenziert, ist die Pflicht der Mitgliedstaaten, die Sozialpartner zu fördern, mE. eher dem Koalitionsrecht zuzuordnen, da dadurch sowohl die Gründungs- als auch die Betätigungsfreiheit unterstützt wird. Daher berührt der Richtlinien-vorschlag auch die Koalitionsfreiheit. Somit komme ich zu dem Ergebnis, dass Art. 4 ebenfalls unter den Kompetenzausschluss des Art. 153 Abs. 5 AEUV fallen könnte.<sup>35</sup>

## IV. Umsetzung der Kriterien in Deutschland

### 1. Vergleich der Kriterien des Richtlinien-vorschlags mit denjenigen des MiLoG

Die Umsetzung der Mindestlohn-Richtlinie in Deutschland wird mE. mehrere Änderungen im MiLoG erforderlich machen, weil das Verfahren, wie die Mindestlohnkommission den gesetzlichen Mindestlohn festlegt, die Anforderungen der Richtlinie mE. nicht erfüllt. Nach der Anhebung des Mindestlohns zum 1. Oktober 2022 auf 12 € sollen die zukünftigen zweijährigen Anpassungen des gesetzlichen Mindestlohns ebenso vorgenommen werden, wie es bereits zwischen 2016 und 2022 passierte.<sup>36</sup> Der Zweijahresrhythmus für die Anpassungsbeschlüsse erfüllt die Anforderung der Richtlinie hinsichtlich der Aktualisierung des gesetzlichen Mindestlohns, wobei das MiLoG zeitlich gestufte Anpassungen nicht ausschließt.<sup>37</sup>

§ 9 Abs. 2 MiLoG schreibt nicht die Indikatoren, sondern lediglich die Ziele vor, die die Mindestlohnkommission berücksichtigen muss, um die »geeignete« Höhe des Mindestlohns festzulegen. Diese eher vagen Leitlinien sind: der angemessene Mindestschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die fairen und funktionierenden Wettbewerbsbedingungen sowie keine Gefährdung der Beschäf-

tigung. Weiterhin hat sich die Mindestlohnkommission bei der Festsetzung des Mindestlohns nachlaufend an der Tarifentwicklung zu orientieren.

Die Kommission sollte die geeignete Höhe des Mindestlohns nach dem Gesetzeswortlaut im Rahmen einer Gesamtabwägung dieser vier Gesichtspunkte feststellen.<sup>38</sup> Dass das MiLoG keine konkreten Indikatoren für die Bestimmung der Höhe des gesetzlichen Mindestlohns vorgibt, sondern der Mindestlohnkommission diesbezüglich einen weiten Gestaltungsspielraum gewährt, war eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers – entgegen dem Willen der Spitzenverbände – zugunsten der flexiblen Entscheidungsmöglichkeit der Mindestlohnkommission.<sup>39</sup>

Die gelebte Praxis der Festsetzung des Mindestlohns weicht allerdings von den gesetzlichen Vorgaben ab. Die Geschäftsordnung der Mindestlohnkommission legt fest, dass die Anpassung des Mindestlohns im Regelfall gemäß der Entwicklung des Tarifindex des Statistischen Bundesamtes in den beiden vorhergehenden Kalenderjahren erfolgen soll.<sup>40</sup> Von diesem Prinzip kann die Kommission nur mit Zweidrittelmehrheit der Mitglieder abweichen, wenn besondere gravierende Umstände aufgrund der Konjunktur- oder Arbeitsmarktentwicklung vorliegen. Praktisch stellen somit die gewichteten durchschnittlichen Tarifierhöhungen der beiden Vorjahre das einzige Kriterium bei der Aktualisierung der gesetzlichen Mindestlöhne dar. Daher wurde bisher entgegen dem Wortlaut des Gesetzes keine Gesamtabwägung der vier Kriterien vorgenommen, sondern die Kommission hat sich ausschließlich aufgrund des durchschnittlichen Tarifindex entschieden.

32 *Kreber*, RdA 2021, 215, 220 mwN.; *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103, 106; *Klumpp*, EuZA 2021, 284, 297.

33 Vgl. *Schwarze-Rebhahn/Reiner* (Fn. 22), Art. 153 AEUV Rn. 65; *Langer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 153 AEUV Rn. 47.

34 So *Schubert*, FS Sacker, 2021, S. 167, 172.

35 Vgl. *Schubert*, FS Sacker, 2021, S. 167, 171 f.

36 *Greiner*, in: *Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching* (Hrsg.), *BeckOK Arbeitsrecht*, 65. Ed., Stand 1.9.2022 (im Folgenden: *BeckOK ArbR*), § 9 MiLoG Rn. 1.

37 Vgl. Art. 5 Abs. 5 RL (EU) 2022/2041 (Fn. 3); *Riechert/Nimmerjahn*, *Mindestlohngesetz*, 2. Aufl., München 2017, § 9 Rn. 9.

38 *BeckOK ArbR-Greiner* (Fn. 36), § 9 MiLoG Rn. 2.

39 S. mit weiteren Verweisen *Riechert/Nimmerjahn* (Fn. 37), § 9 Rn. 10.

40 § 3 Abs. 1 Geschäftsordnung (GO) der Mindestlohnkommission; Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, *Die Geschäftsordnung der Mindestlohnkommission, Regelung der Beschlussfassung*, WD 6 – 3000 – 041/16, 12.4.2016.

Nicht bei der Determinierung der Höhe des Mindestlohns, sondern erst bei der nachträglichen Evaluierung der Auswirkungen des gesetzlichen Mindestlohns sollen weitere Faktoren, wie der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Wettbewerbsbedingungen, die Beschäftigung in Bezug auf bestimmte Branchen und Regionen sowie die Produktivität berücksichtigt werden. Die Umsetzung der Richtlinie wird die grundlegende Überarbeitung der Kriterien für die Festsetzung der Löhne erforderlich machen, da die drei Gesichtspunkte im Mindestlohngesetz allein die Anforderungen der Richtlinie nicht erfüllen. Sie dürfen zwar als Zielsetzungen beibehalten werden, die vier Mindestindikatoren des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie müssen jedoch in den Gesetzestext aufgenommen werden.<sup>41</sup>

Die Tarifentwicklung in den letzten zwei Jahren kann mE. als rechtmäßiges Kriterium auch in Zukunft berücksichtigt werden, sie kann jedoch nicht als einziges Kriterium herangezogen werden. Die Richtlinie gibt zwar keine Gewichtung der Kriterien vor, jedoch könnte die praktische Wirksamkeit der vorgegebenen Kriterien infrage stehen, wenn die Höhe des Mindestlohns ausschließlich oder überwiegend auf der Tariflohnentwicklung beruhen würde und die anderen Parameter des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie praktisch verdrängt wären.

## 2. Abweichungen

Die Richtlinie lässt ausdrücklich zu, dass die Mitgliedstaaten für bestimmte Arbeitnehmergruppen unterschiedliche Sätze des gesetzlichen Mindestlohns vorsehen. Diese Abweichungen müssen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit einhalten.

Die Richtlinie enthält keine Angaben, welche Merkmale vor Diskriminierung geschützt werden sollen. Art. 21 GRC und die Gleichbehandlungsrichtlinien könnten hierbei herangezogen werden.<sup>42</sup> Unterschiedliche Mindestlohnsätze dürften demnach keine Diskriminierung zB. aufgrund des Geschlechts, des Alters oder einer Behinderung darstellen. Es kann jedoch auch nicht ausgeschlossen werden, dass diese Norm einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, der die Rechtfertigung jeglicher Ungleichbehandlung erfordert, etabliert.

Die Abwesenheit von Diskriminierungen genügt allerdings für die Rechtfertigung einer Differenzierung nicht. Jede personelle Unterscheidung bei dem nationalen Mindestlohn muss einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden. Die Verfolgung eines legitimen Ziels könn-

te einen niedrigeren Mindestlohn rechtfertigen, wenn dieser für die Erreichung des Ziels erforderlich, geeignet und angemessen ist. Die Richtlinie gibt jedoch keinen Hinweis darauf, welche Ziele legitime Rechtfertigungsgründe für eine Unterscheidung sind.

Beschäftigungs- und arbeitsmarktpolitische Ziele – zB. die Förderung der Beschäftigung von Berufseinsteigern oder der Berufsausbildung – sind mE. als rechtmäßige Ziele anzusehen. Allerdings könnte die niedrigere Entlohnung von jungen Arbeitnehmern eine Altersdiskriminierung darstellen. So hat der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte hinsichtlich der griechischen Regelung betont, dass niedrigere Entlohnung bei jungen Arbeitnehmern unter 25 eine Diskriminierung aufgrund des Alters sei. Diese sei auch unter Beachtung der wirtschaftlichen Situation unverhältnismäßig, weil sie undifferenziert auf alle jungen Arbeitnehmer zur Anwendung kommt. Es ist außerdem denkbar, dass Gründe aufseiten des Arbeitnehmers, wie Berufsausbildung oder Berufserfahrung, höhere Mindestlöhne rechtfertigen können.

Sozial- oder wirtschaftspolitische Gründe, wie zB. die Wirtschaftslage in bestimmten Regionen eines Mitgliedstaates, könnten ebenfalls in Erwägung gezogen werden und niedrigere Mindestlöhne rechtfertigen. Zu erinnern sei in diesem Zusammenhang an die Sicherheitskräfte an den Flughäfen, für die gemäß der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 7 AEntG ab Juni 2021 unterschiedliche Mindestlöhne je nach Bundesland gelten. Wenn wir auf das Ziel der Richtlinie, die Schaffung eines angemessenen Lebensstandards am Ort der Tätigkeit abstellen, dann könnten regionale Unterschiede gerechtfertigt werden.

Das MiLoG sieht keine Differenzierungen nach Branchen, der Qualifikation oder Berufserfahrungen der Arbeitnehmer oder eben nach regionalen Besonderheiten vor. Das einheitliche Niveau des gesetzlichen Mindestlohns wird als zwingend angesehen, sodass die Mindestlohnkommission keine gestaffelten Mindestlöhne vorgeben kann.<sup>43</sup> Da die Richtlinie jedoch verschiedene Mindestlöhne zulässt, und diese die Unterschiede am Arbeitsmarkt nach Berufen oder Regionen durchaus besser abbilden könnten als ein einheitlicher Wert, wäre eine diesbezügliche Änderung des MiLoG mE. wünschenswert.

41 Ähnlich Sagan/Witschen/Schneider, ZESAR 2021, 103, 110.

42 So Sagan/Witschen/Schneider, ZESAR 2021, 103, 105 f.

43 Franzen, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023, § 9 MiLoG Rn. 1; Riechert/Nimmerjahn (Fn. 37), § 9 Rn. 4.

## V. Persönlicher Geltungsbereich

### 1. Arbeitnehmerbegriff

Eine weitere wichtige Frage ist, für welche Personen der gesetzliche Mindestlohn gelten soll. Die Richtlinie benutzt die gleiche Formel für die Bestimmung des persönlichen Geltungsbereichs, wie die Richtlinie (EU) 2019/1152 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen (Art. 1 Abs. 2) sowie die Richtlinie (EU) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige (Art. 2). Die Richtlinie stellt grundsätzlich auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff ab, gleichzeitig ist jedoch die Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Da der unionsrechtliche und der nationale Arbeitnehmerbegriff nicht deckungsgleich sind, ist es fraglich, wie der persönliche Geltungsbereich der Richtlinie auszulegen ist. Die Interpretation dieser doppelten Bezugnahme ist zwar nicht abschließend geklärt, aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH kann man aber davon ausgehen, dass er die Verwendung des autonomen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs verlangen wird.<sup>44</sup> Der EuGH hat selbst bei manchen Richtlinien, die ausdrücklich auf das nationale Recht verweisen, die Anwendung des autonomen, unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs angeordnet. So hat er bspw. im Urteil *Betriebsrat der Ruhrlandklinik* die europäische Arbeitnehmereigenschaft bei der Leiharbeitsrichtlinie geprüft, obwohl deren Art. 3 Abs. 1 lit. a auf das nationale Verständnis der Arbeitnehmer verweist.<sup>45</sup>

§ 22 Abs. 1 S. 1 MiLoG ordnet die Anwendung des Gesetzes auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an, ohne den Arbeitnehmerbegriff selbst zu definieren. Laut der Literatur ist hier der allgemeine Arbeitnehmerbegriff des § 611a BGB einschlägig.<sup>46</sup> Der europäische Arbeitnehmerbegriff reicht jedoch in mehreren Punkten weiter als der deutsche, daher ist er bei der Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs der gesetzlichen Mindestlohnregelungen zu berücksichtigen.<sup>47</sup>

### 2. Die Ausnahmen

§ 22 Abs. 1 S. 2 MiLoG stellt Praktikanten mit Arbeitnehmern gleich, sieht aber gleichzeitig vier Ausnahmen vor. Diese müssen auf ihre Vereinbarkeit mit der Richtlinie überprüft werden. Der EuGH stuft auch Praktikanten als Arbeitnehmer ein, sofern sie eine echte und tatsächliche Tätigkeit in einem Unterordnungsverhältnis verrichten.<sup>48</sup>

Im Urteil *Mattern* hat er erläutert, dass die Leistung eines Berufspraktikums auch die Arbeitnehmereigenschaft begründen kann, weil ein Vorbereitungsdienst als eine mit der eigentlichen Ausübung des Berufes verbundene praktische Vorbereitung angesehen werden kann.<sup>49</sup> Im Urteil *Balkaya* hat der EuGH erneut bestätigt, dass auch Personen, die in einem Beruf Ausbildungszeiten absolvieren, als Arbeitnehmer anzusehen sind, sofern diese Zeiten unter den Bedingungen einer tatsächlichen und echten Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis für einen Arbeitgeber nach dessen Weisung absolviert werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Produktivität des Auszubildenden gering ist, er nur eine verringerte Anzahl von Wochenarbeitsstunden leistet und nur eine beschränkte Vergütung erhält.<sup>50</sup>

Im Einklang mit dieser Rechtsprechung betont die Präambel der Richtlinie, dass Praktikanten und Auszubildende, die die Kriterien der autonomen Arbeitnehmereigenschaft erfüllen, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.<sup>51</sup> Daher ist der Ausschluss der Praktikanten von der Mindestlohnpflicht nicht richtlinienkonform. Das Argument, dass genügend Plätze für Pflichtpraktika zur Verfügung stehen sollten, könnte als eine beschäftigungspolitische Maßnahme höchstens einen niedrigeren Mindestlohn rechtfertigen, nicht aber einen völligen Ausschluss. ME. könnten insbesondere die Orientierungspraktika und die studienbegleitenden freiwilligen Praktika als Arbeitsverhältnis qualifiziert werden. Bei den anderen Praktikumsformen könnte man damit gegen die Arbeitnehmereigenschaft argumentieren, dass der Ausbildungszweck den Erwerbszweck überwiegt und die Praktikanten keine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit erbringen.<sup>52</sup>

Kinder und Jugendliche ohne abgeschlossene Berufsausbildung sowie Auszubildende werden ebenfalls vom

44 Auch so *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103, 108.

45 EuGH, 17.11.2016 – C-216/15 – ECLI:EU:C:2016:883 (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik*), Rn. 25 ff.

46 BeckOK ArbR-Greiner (Fn. 36), § 22 MiLoG Rn. 1.

47 *Klocke/Hautkappe*, ZESAR 2021, 63, 65; *Klumpp*, EuZA 2021, 284, 303; vgl. *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103, 108 f.

48 EuGH, 30.3.2006 – C-10/05 – NZA 2006, 649 (*Mattern*); EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – NZA 2015, 861 (*Balkaya*).

49 EuGH, 30.3.2006 – C-10/05 – NZA 2006, 649 (*Mattern*), Rn. 21.

50 EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – NZA 2015, 861 (*Balkaya*), Rn. 50.

51 Ewg. 21 der Präambel der RL (EU) 2022/2041 (Fn. 3).

52 Vgl. *Klumpp*, EuZA 2021, 284, 301.



Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen.<sup>53</sup> Beide Gruppen können die Voraussetzungen des europäischen Arbeitnehmerbegriffs erfüllen und müssen folglich in die Mindestlohngesetzgebung einbezogen werden. Ob für diese Gruppen ein niedrigerer Mindestlohn zulässig ist, ist insbesondere unter dem Aspekt einer möglichen Altersdiskriminierung fraglich.

Auch ehrenamtlich tätige Personen sind vom Geltungsbereich des MiLoG gemäß § 22 Abs. 3 MiLoG nicht erfasst. Wenn sie vergütet werden, könnten sie die autonome Arbeitnehmereigenschaft erfüllen, solange die Gemeinwohlleistung unter den unionsrechtlichen Begriff der »wirtschaftlichen Tätigkeit« fällt.<sup>54</sup> Der EuGH hat in mehreren Urteilen betont, dass die Verfolgung eines Erwerbszwecks keine Bedingung der Arbeitnehmereigenschaft darstellt und auch gemeinnützige Tätigkeiten eine solche begründen können.<sup>55</sup>

Die letzte Ausnahme gemäß § 22 Abs. 4 MiLoG bilden die Arbeitnehmer, die unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung langzeitarbeitslos iSd. § 18 Abs. 1 SGB III waren. Für sie gilt der gesetzliche Mindestlohn in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung nicht. Hier liegt in der Regel ebenfalls ein Arbeitsverhältnis vor. Das Ziel dieser Ausnahme, Langzeitarbeitslose wieder in den allgemeinen Arbeitsmarkt zu integrieren und ihre Beschäftigungschancen zu erhöhen, ist zwar mE. legitim. Die Richtlinie lässt jedoch ihre gänzliche Ausnahme vom Mindestlohn – auch nur auf die ersten sechs Monate der Beschäftigung begrenzt – nicht zu.<sup>56</sup>

Abschließend ist zum Thema des persönlichen Geltungsbereichs festzustellen, dass die doppelte nationale und unionsrechtliche Anforderung an die Arbeitnehmereigenschaft die Rechtsanwendung erschwert. Das gilt zum einen für den deutschen Arbeitnehmerbegriff, der sich mit dem europäischen nicht völlig deckt. Zum anderen wecken mehrere Ausnahmen vom Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn Zweifel an ihrer Unionsrechtskonformität. Die Umsetzung der Richtlinie bedarf daher der Reduzierung der Ausnahmen vom MiLoG.

## VI. Abschließende Bemerkungen

Die Mindestlohnrichtlinie ist mit vielen Unsicherheiten behaftet. Insbesondere ist es unklar, welche konkreten Anforderungen die Kriterien für die Mindestlohnfestsetzung stellen. Der einzige konkrete Parameter des Richtlinienvorschlags legt eine prozentuale Untergrenze relativ zum Durchschnitts- oder Medianlohn des jeweiligen Landes fest. Dass die Kommission die 60 % des Brutto-medianlohns ursprünglich als konkretes, zwingend einzuhaltendes Ziel setzte, ist auch daran erkennbar, dass sie bei der Folgenabschätzung der Richtlinie von einem Anstieg der Mindestlöhne auf dieses Niveau abstellte. Dieser Richtwert ist jedoch nach dem Wortlaut der Endfassung der Richtlinie nicht zwingend. Auch die Bewertung der Angemessenheit der Löhne wurde den Mitgliedstaaten überlassen. Dadurch könnte sich dieser zentrale Begriff in eine leere Hülle verwandeln. Es ist fraglich, ob eine solche Regelung überhaupt einer Richtlinie würdig ist, weil sie auf den Anspruch einer unionsweit einheitlichen Regelung von Mindeststandards verzichtet. Der Kompetenzmangel der Richtlinie ist dadurch dennoch nicht geheilt. Dass eine Nichtigkeitsklage gegen die Richtlinie erfolgreich wäre, darf aber angesichts der bisherigen Judikatur des EuGH – insbesondere im Hinblick auf das Urteil *Ungarn gegen Europäisches Parlament*<sup>57</sup> – stark bezweifelt werden.

53 § 22 Abs. 2 und 3 MiLoG.

54 S. ausführlich *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103, 109.

55 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Mazak); EuGH, 17.11.2016 – C-216/15 – NZA 2017, 41 (Betriebsrat Ruhrlandklinik).

56 Ebenso *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103, 109.

57 EuGH, 8.12.2020 – C-620/18 – NZA 2021, 113 (Ungarn gegen Europäisches Parlament).

### Zusammenfassungen

#### **Bayreuther: Mindestlohnerhöhung per Gesetz und Tarifautonomie**

SR 2/2023, S. 42–49

*Bayreuther* analysiert die Verfassungsmäßigkeit des MiLoG 2022. Er kommt zu dem Ergebnis, dass dieses einen starken, aber rechtfertigbaren Eingriff in die Tarifautonomie darstelle und damit verfassungsgemäß sei.

#### **Lesch: Mindestlohn, Mindestlohnanpassung und Tarifautonomie: Eine institutionenökonomische Perspektive**

SR 2/2023, S. 50–60

Anhand empirischer Befunde stellt *Lesch* dar, wie sich der Mindestlohn seit der Einführung des MiLoG 2014 entwickelt hat und welche Rückwirkungen sich auf die Tarifautonomie ergeben haben.

#### **Greiner: Vom sektoralen über den gesetzlichen zum europäischen (und tarifdispositiven?) Mindestlohn**

SR 2/2023, S. 61–69

In welchem rechtlichen Verhältnis gesetzliche und tarifautonome MindestlohnAusgestaltung stehen, stellt *Greiner* in seinem Beitrag dar.

#### **Kovács: Europäische Mindestlohnrichtlinie – Kriterien, Kompetenzen und Umsetzung**

SR 2/2023, S. 70–79

*Kovács* bespricht die europäische Mindestlohnrichtlinie – die aus ihrer Sicht nicht von der Kompetenz der EU gedeckt sei – wobei sie die Anforderungen an die Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber beleuchtet.

### Abstracts

#### **Bayreuther: Minimum wage increase by law and collective bargaining autonomy**

SR 2/2023, pp. 42–49

*Bayreuther* analyses the constitutionality of the MiLoG 2022 and concludes that it represents a strong but justifiable intervention in the autonomy of collective bargaining and is therefore constitutional.

#### **Lesch: Minimum wage, minimum wage adjustment and collective bargaining autonomy: An Institutional Economics perspective**

SR 2/2023, pp. 50–60

Based on empirical findings, *Lesch* shows how the minimum wage has developed since the introduction of the MiLoG in 2014 and what effects have arisen for collective bargaining autonomy.

#### **Greiner: From the sectoral to the legal to the EU-wide (and dispositive?) minimum wage**

SR 2/2023, pp. 61–69

In his contribution, *Greiner* describes the legal relationship between statutory and autonomous minimum wage setting.

#### **Kovács: European Minimum Wage Directive – Criteria, Competences and Implementation**

SR 2/2023, pp. 70–79

*Kovács* discusses the European Minimum Wage Directive – which, in her view, is not covered by the EU's competences – high-lighting the requirements for implementation by the national legislator.

### Vorschau In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

#### Abhandlungen

- *Christian Mecke: Beschäftigung und Arbeitsverhältnis*
- *Angie Schneider: Arbeitsverhältnis und Beschäftigung*

#### Rezensionsaufsätze

- *Däubler/Kittner, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung (Hannes Schneller)*



Der Aktuellste  
– mit jährlicher  
Online-  
Überarbeitung!

# Der Klassiker für offensive Mitbestimmung

Der bei Betriebsräten, Anwälten im Arbeitsrecht und Arbeitsrichtern anerkannte und geschätzte Kommentar erläutert das gesamte Betriebsverfassungsrecht umfassend und praxisbezogen. Die Änderungen des **Betriebsrätemodernisierungsgesetzes** werden in allen Details erläutert. Auch die neue Wahlordnung ist umfassend kommentiert. Damit leistet das Werk die erforderliche Hilfe für die Umsetzung in der Praxis und bietet Hintergrundwissen zur Durchsetzung aller Rechte und Anforderungen. Wie gut das Werk ist, zeigt sich besonders in seinem Umgang mit den komplexen Themen der digitalisierten Arbeitswelt. Die Autoren des »DKW« denken voraus. Sie entwickeln Lösungen und geben Empfehlungen für die neuen Betriebswelten.

Däubler / Klebe / Wedde (Hrsg.)

## BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz

mit Wahlordnung und EBR-Gesetz

Kommentar für die Praxis

18., neu bearbeitete und aktualisierte Auflage 2022.

3.228 Seiten, gebunden inklusive Zugriff auf die Online-Ausgabe

mit unterjähriger Aktualisierung

€ 119,-

ISBN 978-3-7663-7163-8

[bund-shop.de/7163](http://bund-shop.de/7163)

**Der große Vorteil:** Der Kommentar bleibt länger auf aktuellem Stand durch Zugriff auf die unterjährig aktualisierte Online-Ausgabe.

### Die Schwerpunkte der Neuauflage:

- > Umfassende Kommentierung der neuen Wahlordnung
- > Rahmenbedingungen für Betriebsratssitzungen per Video- und Telefonkonferenz
- > Mitbestimmung bei den aktuellen Regelungen der Kurzarbeit
- > Mitbestimmung bei Künstlicher Intelligenz
- > Mitbestimmung beim Arbeits- und Gesundheitsschutz, insbesondere bei Covid-19
- > Homeoffice und die Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit
- > Mitbestimmung des Betriebsrats beim Angebot von Aufhebungsverträgen durch den Arbeitgeber
- > Arbeitnehmerbegriff nach der Crowd-Worker-Entscheidung des BAG

## Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [bund-shop.de/7163](http://bund-shop.de/7163) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7163-8	Däubler / Klebe / Wedde (Hrsg.) BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz	119,-

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



**BUND  
VERLAG**

Bund-Verlag GmbH  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)  
[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

### Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.  
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.  
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

# GANZ EINFACH RECHT HABEN



PRINT  
+  
ONLINE

**OHNE WENN UND ABER**  
für jedes Betriebsrats- und  
Personalratsmitglied

**Jetzt bestellen!**

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de) | [kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de) | Bestellhotline: 069 / 79 501 020