

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



Abhandlungen

Die Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer

Constanze Janda Seite 1

Der gesetzliche Mindestlohn – Reichweite, Durchsetzung und Auswirkungen

Daniel Hlava Seite 17

Rezensionsaufsätze

Masuch, Spellbrink ua., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats
– Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht Band 1 – Eigenheiten und
Zukunft von Sozialpolitik und Sozialrecht

Felix Welti Seite 36

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 44

Die Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer

Prof. Dr. Constanze Janda, SRH Hochschule Heidelberg

Im Jahr 2014 haben Europäisches Parlament und Rat nach langem Ringen die Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer¹ verabschiedet. Fast zwanzig Jahre nach Erlass der Entsenderichtlinie hat der europäische Gesetzgeber damit der Erkenntnis Rechnung getragen, dass die arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen zur Entsendung Anreize zur Umgehung des Arbeitnehmerschutzes bieten. Der Beitrag gibt einen Überblick über den bestehenden Rechtsrahmen, die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH und hinterfragt schließlich den Gehalt und die Tauglichkeit der Durchsetzungsrichtlinie zur Vermeidung von Sozialdumping.

I. Primärrechtliche Verortung der Entsendung

Die Entsendung von Arbeitnehmern ist weniger Ausdruck ihrer Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) als der Dienstleistungsfreiheit ihrer Arbeitgeber (Art. 56 AEUV).² Diese wäre gegenstandslos, wären Arbeitgeber gezwungen, ihre Dienstleistungen im europäischen Ausland nicht mit eigenen Arbeitskräften³ zu erbringen, sondern hierfür Ortskräfte einzustellen. Anders als die Niederlassung begründet die bloße Dienstleistungserbringung ein recht lockeres Band zum Zielstaat, an dessen Wirtschaftsleben sich das Unternehmen nur temporär und gerade nicht in »stabiler und kontinuierlicher Weise«⁴ beteiligt. Während die Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit üblicherweise auf einer eigenen Entscheidung des Arbeitnehmers beruht, knüpft die Entsendung an eine arbeitsvertragliche Weisung des Arbeitgebers an.⁵ Auch die entsandten Arbeitnehmer werden daher nicht in den Arbeitsmarkt des anderen Mitgliedstaates eingegliedert, sondern bleiben dem Staat ihrer gewöhnlichen Beschäftigung rechtlich verbunden.⁶

Die vorübergehende Ausübung der Dienstleistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat richtet sich ausweislich des Wortlauts von Art. 57 Abs. 3 AEUV nach den Regeln, die der Zielstaat gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen vorsieht.⁷ Anforderungen des Zielstaats, die

über die des Herkunftsstaates hinausgehen, dürfen jedoch die Dienstleistungsfreiheit nicht beeinträchtigen.⁸ Dieses Beschränkungsverbot bezieht sich nicht nur auf die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung von Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten, sondern auf alle nationalrechtlichen Regelungen, welche die Ausübung der Grundfreiheit weniger attraktiv machen.⁹

Beeinträchtigungen stehen jedoch der Rechtfertigung offen, wenn sie durch »zwingende Gründe des Allgemeininteresses« gerechtfertigt sind.¹⁰ Zu diesen zählen nament-

- 1 Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems (»IMI-Verordnung«), ABl. 2014, L 159/11.
- 2 *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 58 f.; *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614; *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Wien 2014, S. 533; *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, § 5, Rn. 2 f.; *Kort*, NZA 2002, 1248, 1250; *Lilie/Wagner*, in: *Drahokoupil*, The outsourcing challenge: organizing work across fragmented production networks, S. 159; *Windisch-Graetz*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 40 ff.
- 3 Dies umfasst auch drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die rechtmäßig im Entsendestaat erwerbstätig sind, EuGH, 9.8.1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803 (*Vander Elst*), Rn. 26; EuGH, 21.10.2004 – C-445/03 – Slg. 2004, I-10191 (Kommission/Luxemburg), Rn. 38; EuGH, 19.1.2006 – C-244/04, Slg. 2006, I-885 (Kommission/Deutschland), Rn. 64.
- 4 EuGH, Slg. 2003, I-1659 (Kommission/Italien).
- 5 *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 61; *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614. Vgl. § 106 GewO, wonach sich das Direktionsrecht auf Inhalt, Zeit und Ort der Tätigkeit erstreckt.
- 6 *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 61; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 538; *Klein*, ZESAR 2015, 272, 273; *Kort*, NZA 2002, 1248, 1250; *Krebber*, IPrax 2013, 474, 475; *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 361; kritisch *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 4; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 166.
- 7 Dazu auch EuGH, 3.2.1982 – 62/8 – Slg. 1982, 223 (*Seco*), Rn. 14; 27.3.1990 – C-113/89 – Slg. 1990, I-1470 (*Rush Portuguesa*), Rn. 18; 9.8.1994 – C-43/93 – Slg. 1994, I-3803 (*Vander Elst*), Rn. 23; die Mitgliedstaaten dürfen danach ihre Rechtsvorschriften und Tarifverträge auch auf Unternehmen anwenden, die lediglich vorübergehend auf ihrem Territorium tätig sind.
- 8 Zur schwierigen Abgrenzung zwischen Herkunfts- und Bestimmungslandprinzip *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 56, Rn. 68 ff.; vgl. auch *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 57, Rn. 64 ff.
- 9 *Kluth* (Fn. 8), Art. 56, Rn. 71; *Tiedje* (Fn. 8), Art. 56, Rn. 31; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, Art. 57, Rn. 97.
- 10 Ständige Rechtsprechung, EuGH, 3.12.1974 – 33/74 – Slg. 1974, 1299 (*van Binsbergen*), Rn. 10; EuGH, 24.3.1994 – C-275/92 – Slg. 1994, I-1039 (*Schindler*), Rn. 53; EuGH, 28.3.1996 – C-272/94 – Slg. 1996, I-1905 (*Guiot*),

lich der Schutz der Arbeitnehmerinteressen und die Ermöglichung eines fairen Wettbewerbs, nicht aber der Schutz der einheimischen Unternehmen vor Konkurrenz aus dem Ausland.¹¹ Wenn aber bereits das Recht des Herkunftsstaates Regelungen vorsieht, mit denen diese Ziele wirksam erreicht werden können, wird Art. 56 AEUV durch gleichartige zusätzliche Rechtspflichten, die dem Arbeitgeber im Zielstaat auferlegt werden, verletzt (Doppelbelastungsverbot).¹²

II. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Entsendung

Die Entsenderichtlinie 96/71/EG soll einen Kompromiss zwischen den Grundfreiheiten und den Schutzinteressen der Arbeitnehmer finden.¹³

1. Begriff der Entsendung im Europäischen Arbeitsrecht

In Art. 1 Abs. 3 RL 96/71/EG werden drei Formen der Entsendung unterschieden:

- die Entsendung im eigenen Namen, auf Rechnung und unter Leitung des Arbeitgebers auf der Basis eines Vertrags¹⁴ zwischen entsendendem und dem die Leistung empfangenden Unternehmen,
- die konzerninterne Entsendung in eine Auslandsniederlassung¹⁵ und
- die grenzüberschreitende Leiharbeit.¹⁶

Allen Formen ist gemeinsam, dass der Arbeitsvertrag zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer bestehen bleibt.¹⁷ Nach Art. 2 Abs. 1 RL 96/71/EG ist der Tatbestand der Entsendung dadurch gekennzeichnet, dass ein Arbeitnehmer für einen begrenzten Zeitraum seine Tätigkeit in einem anderen Staat als dem ausübt, in dem er normalerweise arbeitet. Diese Legaldefinition beinhaltet mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe, welche ihre Subsumtion erschweren.

Der Arbeitnehmerbegriff ist nicht anhand gemeinschaftsrechtlicher Terminologie,¹⁸ sondern nach Maßgabe des nationalen Rechts des Zielstaats zu bestimmen, Art. 2 Abs. 2 RL 96/71/EG. Diese Anknüpfung wirft Probleme auf, wenn im Herkunftsstaat der Arbeitnehmerbegriff erfüllt ist, nicht aber im Zielstaat, können auf diese Weise doch arbeitsrechtliche Schutzstandards des Herkunftsstaats

unterlaufen werden.¹⁹ Andererseits ist sie im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung notwendig, denn die arbeitsrechtlichen Mindeststandards richten sich eben nach dem Recht dieses Staates.

Es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer vor seinem Auslandseinsatz bereits in dem entsendenden Unternehmen gearbeitet hat. Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 RL 96/72/EG deutet darauf zwar hin, denn er setzt voraus, dass der entsandte Arbeitnehmer »normalerweise« im Herkunftsstaat arbeitet. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Entsenderichtlinie – die Gewährleistung arbeitsrechtlicher Mindeststandards im Zielstaat – wird jedoch eine weite Definition des Entsendebegriffs für notwendig erachtet.²⁰ Zudem nimmt der Wortlaut der Norm nicht Bezug auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem im Entsendestaats ansässigen Unternehmen. Dass ein Arbeitnehmer nur zum Zweck der Entsendung eingestellt wird, begegnet daher unter der Entsenderichtlinie keinen grundlegenden Bedenken.²¹ Anders als das Sozial-

Rn. 10; EuGH, 23.11.1999 – C-369/96 – Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 33; EuGH, 15.3.2001 – C-165/98 – Slg. 2001, I-2189 (*Mazzoleni*), Rn. 22; EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 – Slg. 2001, I-7831 (*Finalarte*), Rn. 28; EuGH, 24.1.2002 – C-164/99 – Slg. 2002, I-787 (*Portugaia Construcoes*), Rn. 16; EuGH, 21.9.2006 – C-168/04 – Slg. 2006, I-9041 (Kommission/Osterreich), Rn. 40; EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 31. Siehe auch *Randelzhofer/Forsthoef* (Fn. 9), Art. 57, Rn. 98 ff. mit einer umfassenden Rechtsprechungsübersicht.

11 Die Ausnutzung von Unterschieden in den Lohn- und Arbeitsbedingungen ist nicht wettbewerbswidrig, *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 62 f.; *Krebber*, IPrax 2001, 22, 23; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 167; kritisch *Countouris/Engblom*, in: *Freedland/Prassl, Viking, Laval and Beyond*, Oxford 2014, S. 286.

12 EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 – Slg. 2001, I-7831 (*Finalarte*), Rn. 53.

13 Zur historischen Entwicklung *Eichenhofer*, ZIAS 1996, 55, 70 ff.; *Windisch-Graetz*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht*, RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 1 ff.; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* in *Evju* (Hrsg.), *Regulating Transnational Labour in Europe: the quandaries of multilevel governance*, S. 189 ff.

14 In der Regel ist dies ein Werkvertrag, *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 88.

15 Ausführlich zu dieser Konstellation *Reiter*, NZA 2014, Beilage, 22 ff.

16 Die Anforderungen an die Leiharbeit werden in Art. 3 Abs. 9 RL 96/71/EG thematisiert, sind aber inzwischen weitgehend durch die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG geregelt.

17 *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 538; *Windisch-Graetz* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 51; *Countouris/Engblom* (Fn. 11), S. 281.

18 Dazu ausführlich *Rebhahn*, EuZA 2012, 3 ff.

19 *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 536 verweisen insofern auf das britische Recht. Danach dürfen Bauarbeiter ihre Leistungen als Ein-Personen-Gesellschaften anbieten, während sie im deutschen Recht als Arbeitnehmer behandelt werden.

20 Vgl. *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 536; *Rebhahn*, Fn. 13, RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 13. Allgemein zur Auslegung von Richtlinien ausgehend von ihrem Schutzzweck *Brors*, AuR 2013, 108 ff.

21 *Rebhahn*, DRdA 1999, 173, 176; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 98; *Windisch-Graetz* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 35. Kritisch *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 164; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 168.

recht²² bleibt die Entsenderichtlinie insofern vage und verbietet nicht einmal die Entsendung aus einer Briefkastenfirma, die im Herkunftsstaat keine Geschäftstätigkeit entfaltet,²³ was sich Unternehmen in der Praxis häufig zunutze machen.²⁴

Schließlich wird auch der Terminus der »vorübergehenden« Ausübung der Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat nicht definiert. Erforderlich ist lediglich, dass nach dem Willen der Parteien²⁵ ein Endpunkt für die Ausübung der Tätigkeit außerhalb des regulären Arbeitsstaats vorgesehen sein muss. Diese kann sich nach hM. aber auch über mehrere Jahre erstrecken.²⁶

2. Bestimmung des anwendbaren Rechts

Welche Rechtsordnung im Einzelfall zur Anwendung kommt, ist Gegenstand von Kollisionsnormen. Diese gründen im nationalen Recht, bieten aber nicht immer angemessene Lösungen, wenn die Kollisionsnormen der verschiedenen involvierten Rechtsordnungen konfliktieren. Es bedarf daher supranationaler, mehrseitiger Kollisionsnormen.²⁷ Dabei wird ein bestimmter Anknüpfungsgegenstand – im Falle der Entsendung: das Arbeitsverhältnis – auf einen Anknüpfungspunkt bezogen. Dieser beschreibt das die Anwendbarkeit einer bestimmten Rechtsordnung herbeiführende Merkmal, beispielsweise den Arbeitsort, den Wohnort oder die Staatsangehörigkeit der Arbeitsvertragsparteien.²⁸ Diesen Kollisionsnormen kommt im Binnenmarkt besondere Bedeutung zu, sind sie doch wegen der Abschaffung der innereuropäischen Migrationssteuerung und – kontrolle das einzige Mittel, um grenzüberschreitende Arbeitsverhältnisse zu regulieren.²⁹

a) Rom-I-Verordnung

Supranationale Kollisionsregeln für vertragliche Schuldverhältnisse sind Gegenstand der VO (EG) 593/2008 (Rom-I-VO).³⁰ Nach deren Art. 3 Abs. 1 ist das anwendbare Recht in international-vertragsrechtlichen Konstellationen grundsätzlich frei wählbar (subjektive Anknüpfung), selbst wenn Gegenstand und Parteien des Vertrags keinerlei Bezug zu der gewählten Rechtsordnung aufweisen. Dies gilt nach Art. 8 Abs. 1 Rom-I-VO auch für das Arbeitsrecht, sofern dem Arbeitnehmer dadurch nicht indisponible gesetzliche Schutzrechte entzogen werden.³¹ Diese Schutzvorschriften sollen die Nachteile ausgleichen, die aus der schwächeren

Position des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis resultieren.³² Die Rechtswahl darf also nicht zu einer Benachteiligung der Arbeitnehmer führen. Auf ein und denselben Sachverhalt kann folglich das Recht mehrerer Staaten Anwendung finden – das der Rechtswahl sowie einzelne günstigere Regelungen nach dem Recht des Herkunftsstaats.³³

Unterbleibt die Rechtswahl, bildet der Ort der üblichen Beschäftigung³⁴ die objektive Anknüpfung für das geltende Recht (*lex loci laboris*), Art. 8 Abs. 2 Rom-I-VO. Dieser als »Mittelpunkt der arbeitsrechtlichen Beziehungen« bezeichnete Ort ist oftmals mit dem Sitz des Betriebs identisch. Entscheidend ist aber der Ort der tatsächlichen Leistung, d. h. der Staat, in dem der Arbeitnehmer den größten Teil seiner Arbeitsleistung erbringt.³⁵

Das Recht des Herkunftsstaats bleibt auch dann anwendbar, wenn die Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat ausgeübt wird, Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO. Der Begriff der vorübergehenden Tätigkeit wird im 36. Erwägungs-

22 Dazu unter I.4.

23 Dagegen *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 84. Hierauf gibt indes erst die Durchsetzungsrichtlinie eine eindeutige Antwort, so auch *Windisch-Graetz* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 43 f.

24 *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 164; *Countouris/Engblom* (Fn. 11), S. 282.

25 *Deinert*, RdA 1996, 339, 341; kritisch *Brors*, AuR 2013, 108, 110: zumindest dürfe der Parteiwille nicht der einzige Anhaltspunkt sein.

26 *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 536 mwN.

27 Dazu grundlegend für das Arbeitsrecht *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013; für das Sozialrecht *Eichenhofer*, Internationales Sozialrecht und Internationales Privatrecht, Baden-Baden 1987.

28 *Eichenhofer*, EuZA 2012, 140, 141.

29 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 52 ff.; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 157 f.

30 Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008, L 177/6.

31 Es ist folglich ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem gewählten und dem durch objektive Anknüpfung geltenden Recht anzustellen, *Deinert*, RdA 2009, 144, 149; *Deinert* (Fn. 27), § 9, Rn. 58 ff.; *Oetker*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MAH), § 11, Rn. 25.

32 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 50; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 158.

33 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 50; *Eichenhofer*, EuZA 2012, 140, 143 f.; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 162; *Deinert*, in: *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie des Europarechts, Band 7, § 10, Rn. 4; *Deinert* (Fn. 27), § 9, Rn. 62.

34 Dies schließt sowohl den Staat ein, in dem die Tätigkeit üblicherweise ausgeübt wird als auch den Staat, von dem aus dies geschieht, zu dieser Unterscheidung *van Hoek*, ELR 2014, 157, 160; *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 5.

35 EuGH, 15.3.2011 – C-29/10 – Slg. 2011, I-595 (*Koelzsch*), Rn. 42 ff.; EuGH, 15.12.2011 – C-394/10 – Slg. 2011, I-13275 (*Voogsgeerd*), Rn. 38; EuGH, 12.9.2013 – C-64/12 – NZA 2013, 1163 (*Schlecker*), Rn. 25 ff.; *Staudinger*, in: *Ferrari/Kieninger/Mankowski*, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., München 2011, VO (EG) 593/2008, Art. 8, Rn. 18; *Martiny*, in: *MüKoBGB*, Rom I-VO Art. 8, Rn. 48; *Deinert*, RdA 2009, 144, 145; *Deinert* (Fn. 27), § 9, Rn. 85 f.; *Wurmnest*, EuZA 2009, 481, 491; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 160; *MAH-Oetker* (Fn. 31), § 11, Rn. 29; *Schlachter*, in: *ErfK*, VO (EG) 593/2008, Art. 3-9, Rn. 9.

grund konkretisiert: der Arbeitnehmer muss in den Staat der gewöhnlichen Arbeitsleistung zurückkehren, wenn der Auslandseinsatz beendet ist.³⁶ Der vorübergehende Charakter der Auslandstätigkeit muss von Anfang an erkennbar und gewollt sein.³⁷ Er kann sich aus einem bestimmten, mit der Entsendung verfolgten Zweck, aber auch aus der zeitlichen Befristung des Auslandseinsatzes – für die keine Höchstdauer vorgegeben ist – ergeben.³⁸

b) Entsenderichtlinie

Um Einbußen im arbeitsrechtlichen Schutzniveau zu vermeiden, sind mit der Entsenderichtlinie unantastbare Mindeststandards etabliert worden. Damit werden die Interessen der Arbeitnehmer wie auch der Arbeitgeber in Staaten mit hohem Schutzniveau vor Lohn – und Sozialdumping durch Wettbewerber aus Mitgliedstaaten mit niedrigeren Standards geschützt.³⁹ Die Entsenderichtlinie macht zu diesem Zweck von dem in der Rom-I-VO verankerten Herkunftslandprinzip eine (Teil)Ausnahme.

(1) Kernarbeitsbedingungen

Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG definiert einen unantastbaren Kern der Mindestarbeitsbedingungen, darunter die Regelungen zu Höchstarbeitszeit und Ruhezeiten, den gesetzlichen Urlaubsanspruch, Mindestlohn, die Vorgaben zur Leiharbeit sowie zu Gesundheit und Arbeitsschutz, den Schutz von Schwangeren, Jugendlichen und Kindern und schließlich Diskriminierungsverbote.⁴⁰ Diese Kernbestimmungen des Zielstaats sind vom entsendenden Unternehmen während der gesamten Laufzeit der Entsendung zu beachten.⁴¹ Sie gelten als indisponible Eingriffsnormen iSv. Art. 9 Rom-I-VO.⁴²

Maßgeblich sind die in Gesetzen und Verwaltungsvorschriften, also in Hoheitsakten⁴³, niedergelegten Standards des Zielstaats. Für Arbeitnehmer in der Baubranche gelten zusätzlich solche aus allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, sofern sie eine der im Anhang der Richtlinie aufgeführten Tätigkeiten ausüben. Als allgemeinverbindlich gelten gemäß Art. 3 Abs. 8 UA 1 RL 96/71/EG Tarifverträge, die von allen⁴⁴ Unternehmen zu beachten sind, die in dem betreffenden Mitgliedstaat in der betreffenden Branche tätig sind.⁴⁵ Den Mitgliedstaaten wird in Art. 3 Abs. 10 RL 96/71/EG das Recht eingeräumt, allgemeinverbindliche Tarifverträge und Schiedssprüche über das Baugewerbe

hinaus auch in anderen Branchen als maßgeblich zur Bestimmung der Kernarbeitsbedingungen zu definieren, sofern diese die öffentliche Ordnung betreffen.

(2) Partiieller Statutenwechsel

Grundsätzlich bleibt während einer Entsendung also die *lex loci laboris* erhalten; nur im Hinblick auf die Kernarbeitsbedingungen iSv. Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG ist ein Wechsel des arbeitsrechtlichen Statuts vorgesehen.⁴⁶ Davon macht wiederum Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG eine Ausnahme, wonach die Kernarbeitsbedingungen der Anwendung günstigerer Arbeits – und Beschäftigungsbedingungen nicht entgegenstehen. Dieses Günstigkeitsprinzip stellt sicher, dass die Entsendung nicht zum Verlust arbeitsrechtlicher Standards führt. Kollidieren die Kernarbeitsbedingungen des Zielstaats mit denen des Herkunftsstaats, gilt also stets die günstigere Regelung. Dies ist nicht anhand einer Gesamtbetrachtung der involvierten Rechtsordnungen, sondern lediglich punktuell anhand der in Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG genannten Sachregelungen zu ermitteln.⁴⁷ Im Einzelfall kann folglich das Recht zweier Rechtsordnungen – das des Herkunftsstaates und das des Zielstaates – zur Anwendung kommen.⁴⁸

36 Der Wortlaut »zurückkehren« impliziert zwar das Erfordernis einer Vorbeschäftigung im Inland. Diese wird aber von der ganz hM. nicht für erforderlich gehalten, vgl. statt vieler *Wurmnest*, EuZA 2009, 481, 493.

37 *Knöfel*, RdA 2006, 269, 275; *Deinert*, RdA 2009, 144, 146; *Deinert* (Fn. 27), § 9, Rn. 103; *Wurmnest*, EuZA 2009, 481, 492 f.; *Reiter*, NZA-Beilage 2014, 22, 24; *Deinert*, Fn. 33, § 10, Rn. 6.

38 *Staudinger* (Fn. 35), Rn. 22; *Schlachter* (Fn. 35), Rn. 14; *Martiny* (Fn. 35), Rn. 62.

39 *ETUC* (Fn. 50), S. 3; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 535; kritisch *Krebber*, IPrax 2001, 22, 23.

40 Dazu im Einzelnen *Deinert*, RdA 1996, 339, 342 f.; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 13 ff.

41 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 96; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 540.

42 *Krebber*, IPrax 2013, 474, 476; *Klein*, ZESAR 2015, 272, 274; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 58; *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 19; *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 59.

43 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 6.

44 Enthält ein Tarifvertrag Öffnungsklauseln für Firmentarifverträge, ist dieses Kriterium nach Auffassung des EuGH nicht erfüllt, EuGH, 24.1.2002 – C-164/99 – Slg. 2002, I-787 (*Portugaia Construcoes*), Rn. 34 f.

45 Für die Staaten, die das Instrument der Allgemeinverbindlichkeit nicht kennen, gilt Art. 3 Abs. 8 UA 2 und 3 RL 96/71/EG, *Schneider-Sievers*, RdA 2012, 277, 278; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 9 ff.

46 *Klein*, ZESAR 2015, 272, 276.

47 So genannter Sachgruppenvergleich, *Rebhahn*, EuZA 2008, 39 ff.; *Oetker*, MAH (Fn. 31), § 11, Rn. 26; *Krebber*, IPrax 2013, 474, 478.

48 »Partieller Statutenwechsel«, *Krebber*, IPrax 2001, 22, 27; *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233, 235; *Klein*, ZESAR 2015, 272, 274.

Diese Prinzipien verhelfen der Entsenderichtlinie zu einer eigenständigen kollisionsrechtlichen Bedeutung:⁴⁹ Sie bestimmt das anwendbare Recht bei Auslandseinsätzen, ohne dieses zu harmonisieren⁵⁰ – beschränkt sich dabei aber nicht auf eine bloße Ausnahme zur Rom-I-Verordnung.

3. Die Kontrolle der Einhaltung arbeitsrechtlicher Schutznormen nach der Entsenderichtlinie

Die Kollisionsregeln allein bewirken jedoch nur dann einen angemessenen Schutz, wenn funktionsfähige Mechanismen zur Überwachung und Durchsetzung der Kernarbeitsbedingungen existieren.

a) Verwaltungskooperation

Die Mitgliedstaaten haben gemäß Art. 4 RL 96/71/EG die enge Zusammenarbeit der zuständigen Behörden der in die Entsendung involvierten Mitgliedstaaten sicherzustellen. Diese beschränkt sich im Wesentlichen auf den Informationsaustausch über die Mindestarbeitsbedingungen durch so genannte Verbindungsbüros. Über das Erfordernis der allgemeinen Zugänglichkeit dieser Informationen hinaus macht die Richtlinie kaum konkrete Vorgaben zur Art und Weise der Verwaltungskooperation.⁵¹ Geboten ist lediglich, dass die Verbindungsstellen »begründete Anfragen« von Behörden anderer Mitgliedstaaten beantworten und ihre Amtshilfe unentgeltlich zur Verfügung stellen.

b) Durchsetzung der Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitnehmer

Nach Art. 5 RL 96/71/EG sollen die Mitgliedstaaten »geeignete Maßnahmen« für den Fall der Nichteinhaltung der Kernarbeitsbedingungen ergreifen. Wiederum enthält die Richtlinie keine genauen Vorgaben, stellt aber verfahrensrechtliche Regelungen heraus, mit denen die Arbeitnehmer ihre Rechte durchsetzen können, Art. 5 Abs. 2 RL 96/71/EG. Adressat der Durchsetzungsverpflichtung sind nach h.M. nur die Zielstaaten; die Herkunftsstaaten haben die Durchsetzung der im Zielstaat geltenden Standards nicht zu ermöglichen.⁵²

Den Mitgliedstaaten steht ein weiter Umsetzungsspielraum zu. Dieser wird durch die Dienstleistungsfreiheit beschränkt, die durch die Kontrollen nicht unverhältnismä-

ßig beeinträchtigt werden darf.⁵³ Der EuGH hat Einschränkungen der Grundfreiheit im Interesse des Schutzes der Arbeitnehmer grundsätzlich für zulässig erachtet.⁵⁴ Diese dürfen jedoch nicht über das im Einzelfall erforderliche Maß hinausgehen. Die Aufnahme der Auslandstätigkeit darf daher beispielsweise nicht von einer Genehmigung des Zielstaats abhängig gemacht werden, die erst nach Prüfung der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen erteilt wird.⁵⁵ Keinen Vorbehalten unterliegt dagegen die Einführung eines zivilrechtlichen Haftungssystems, mit dem entsandte Arbeitnehmer die Einhaltung der Kernarbeitsbedingungen auch gegenüber Unterauftragnehmern einklagen können.⁵⁶

4. Sozialrechtliche Implikationen der Entsendung

Die soziale Sicherheit entsandter Arbeitnehmer ist nicht Gegenstand der Entsenderichtlinie. Sie ist im europäischen koordinierenden Sozialrecht geregelt, welches in der VO (EG) 883/2004 und der hierzu ergangenen Durchführungsvorordnung VO (EG) 987/2009 seine Ausprägung gefunden hat. Rechtsgrundlage ist nicht die Dienstleistungsfreiheit, sondern die Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45, 48 AEUV.⁵⁷

49 Und zwar weniger im Hinblick auf arbeitsschutzrechtliche Vorgaben im technischen Arbeitsschutz oder Arbeitszeitrecht als in Materien wie beispielsweise dem gesetzlichen Urlaubsanspruch, dessen Einordnung als zwingende Eingriffsnorm strittig ist, dazu *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 541; *Krebber*, IPrax 2001, 22, 26. Vgl. auch die Erwägungsgründe 6 und 13.

50 *Schlachter*, NZA 2000, 57, 58 f.; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 68; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 1; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 167; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 193.

51 *Däubler*, EuZW 1997, 613, 614; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 548; *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 174.

52 *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 361; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 2 mwN. AA. *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 193, die aus dem Gebot der Verwaltungskooperation herleiten, dass es sich bei der Überwachung um eine gemeinsame Angelegenheit von Herkunfts- und Zielstaat handelt.

53 EuGH, 23.11.1999, C-369/96, Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 60; EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 30; EuGH, 07.10.2010 – C-515/08 – Slg. 2010, I-9133 (*Santos Palhota*), Rn. 48; EuGH, 3.12.2014 – C-315/13 – NZA 2015, 290 (*De Clercq*), Rn. 66.

54 EuGH, 23.11.1999, C-369/96, Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 38 und 61; EuGH, 25.10.2001 – C-49/98 – Slg. 2001, I-7831 (*Finalarte*), Rn. 33; EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 35; EuGH, 09.11.2006 – C-433/04 – Slg. 2006, I-10653 (*Kommission/Belgien*), Rn. 33; EuGH, 7.11.2013 – C-522/12 – NZA 2013, 1359 (*Isbir*), Rn. 35.

55 EuGH, 7.10.2010 – C-515/08 – Slg. 2010, I-9133 (*Santos Palhota*), Rn. 61.

56 EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 45 zu § 14 AEntG.

57 *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 6. Aufl., Berlin 2015, Rn. 150; *Cornelissen*, RdA 1996, 229, 331 f.; *Klein*, ZESAR 2015, 272, 274.

a) Begriff der Entsendung im europäischen Sozialrecht

Der Entsendebegriff im Arbeitsrecht ist mit dem des Sozialrechts nicht deckungsgleich. Dieser erweist sich als weit aus offener als jener.⁵⁸

Nach Art. 12 VO (EG) 883/2004 ist eine Entsendung dadurch gekennzeichnet, dass eine beschäftigte Person für maximal 24 Monate in einem anderen Mitgliedstaat Arbeiten ausführt, und zwar für und auf Rechnung ihres Arbeitgebers. Der Begriff der Beschäftigung ist nach dem Recht des Herkunftsstaates zu definieren.⁵⁹ Es reicht aus, wenn das Beschäftigungsverhältnis kurz vor der Entsendung dem (Sozial)Recht des Entsendestaates unterlegen hat (arg e Art. 14 Abs. 1 VO (EG) 987/2009) und die arbeitsrechtliche Bindung zwischen dem Arbeitnehmer und dem entsendenden Unternehmen fortbesteht.⁶⁰

Kettenentsendungen, dh. die Ablösung eines entsandten Arbeitnehmers durch einen anderen,⁶¹ sind untersagt, Art. 12 Abs. 1 aE. VO (EG) 883/2004.⁶² Schließlich darf der Arbeitnehmer nach Abschluss der Auslandstätigkeit binnen zwei Monaten nicht erneut entsandt werden.⁶³

Erhebliche Einschränkungen ergeben sich aus der Rechtsprechung des EuGH. Entsendungen aus einer »Briefkastenfirma« sind nicht zulässig; das entsendende Unternehmen muss im Herkunftsstaat eine nennenswerte Geschäftstätigkeit entfalten.⁶⁴ Dies ist im Wege einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln. In diese sind Aspekte wie der Sitz des Unternehmens, die Zahl der Mitarbeiter in der Betriebsstätte sowie in der Verwaltung, dem Einstellungsstaat der entsandten Arbeitnehmer, der Staat, in dem die überwiegende Zahl der Verträge mit den Kunden geschlossen wird, sowie das auf diese anwendbare Recht einzubeziehen. Überdies muss das entsendende Unternehmen im Sitzstaat tatsächlich Umsätze erzielen.⁶⁵ Die Rechtsprechung hat Eingang in Art. 14 Abs. 2 VO (EG) 987/2009 gefunden.

b) Rechtsfolgen

Als Regelanknüpfung zur Bestimmung des für die soziale Absicherung von Arbeitnehmern zuständigen Staats bestimmt Art. 11 VO (EG) 883/2004 die *lex loci laboris*. Sind die Kriterien der Entsendung kumulativ erfüllt, erfolgt gemäß Art. 12 VO (EG) 883/2004 kein Wechsel des Sozialrechtsstatuts: der Sozialversicherungsschutz des entsandten Arbeitnehmers wird nach dem Recht des Herkunftsstaats sichergestellt.⁶⁶

Die zuständigen Sozialversicherungsträger im Herkunftsstaat müssen über die Entsendung informiert werden, um das Vorliegen der Entsendevoraussetzungen kontrollieren zu können. Dies soll gemäß Art. 15 Abs. 1 VO (EG) 987/2009 »wann immer dies möglich ist« im Voraus geschehen. Zwingend ist dies freilich nicht, wodurch eine wirksame Kontrolle zumindest erschwert wird.⁶⁷

III. Entsendung als Mittel zur Umgehung des Arbeitnehmerschutzes

Die Vorgaben zur Entsendung haben sich inzwischen weniger als Instrument zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsatzes und zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer denn als Mittel zur Umgehung arbeitsrechtlicher Mindeststandards erwiesen. Diese Entwicklung wird vor allem der *Laval*-Rechtsprechung des EuGH zugeschrieben.⁶⁸

1. Sozialstandards und Wettbewerb

Es ist ein mit der Dienstleistungsfreiheit zwingend verbundener Umstand, dass sich Unternehmen Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zunutze machen. Unterneh-

58 Klein, ZESAR 2015, 272, 278; Pennings, European Social Security Law, 6. Aufl., S. 112.

59 Klein, ZESAR 2015, 272, 277.

60 »für dessen Rechnung«, Pennings (Fn. 58), S. 112 f.; Steinmeyer, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl., Baden-Baden 2013, Art. 12 VO (EG) 883/2004, Rn. 8; Schoukens/Pieters, in: Eichenhofer, 50 Jahre nach ihrem Beginn – neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit, S. 148..

61 Eichenhofer, ZESAR 2013, 439, 440; Pennings (Fn. 58), S. 116; einschränkend Steinmeyer, Fn. 60, Rn. 14.

62 Diese Voraussetzung wird in der Praxis teilweise nicht ausreichend überprüft Pennings (Fn. 58), S. 118.

63 Beschluss Nr. A2 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit vom 12.6.2009, ABl. 2010, C 106, S. 5.

64 Dies betrifft insbesondere die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, Pennings (Fn. 58), S. 114; Steinmeyer, Fn. 60, Rn. 12.

65 EuGH, 10.2.2000 – C-202/97 – Slg. 2000, I-883 (Fitzwilliam), Rn. 43; bestätigt durch EuGH, 9.11.2000 – C-404/98 – Slg. 2000, I-9379 (Plum), Rn. 21.

66 Es ist umstritten, ob dies eine Ausnahme zur *lex loci laboris* oder eine spezielle Anknüpfungsregel für Entsendefälle darstellt. Für die Qualifizierung als Spezialregel Eichenhofer (Fn. 57), Rn. 151; Eichenhofer, EuZA 2012, 140, 146. Die hM. geht von einer Ausnahmeregelung aus, Schoukens/Pieters (Fn. 61), S. 178; Cornelissen, RdA 1996, 229, 330; Pennings (Fn. 58), S. 112; Heuschmid/Schierle (Fn. 2), § 5, Rn. 37; Steinmeyer, in Fn. 60, Rn. 1.

67 Schoukens/Pieters (Fn. 61), S. 166.

68 Lilie/Wagner (Fn. 2), S. 160; Countouris/Engblom (Fn. 17), S. 282 f.; ETUC (Fn. 50), S. 5 ff.

men aus Staaten mit niedrigem Preis – und Lohnniveau können ihre Leistungen in anderen Mitgliedstaaten zu günstigeren Konditionen anbieten als die dort ansässigen.⁶⁹ Durch die zwingende Anwendbarkeit der Kernarbeitsnormen des Zielstaats nach Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG wird der Preisvorteil jedoch zumindest teilweise neutralisiert.⁷⁰ Es sind daher die sozialversicherungsrechtlichen Aspekte mehr als die arbeitsrechtlichen, die die Entsendung wirtschaftlich vorteilhaft machen können, wenn sie nämlich aus Staaten erfolgt, in denen die Sozialversicherungsbeiträge geringer sind als im Zielstaat.⁷¹

2. Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung

Die Laval-Rechtsprechung des EuGH betraf einerseits die Auslegung der Kollisionsnormen der Entsenderichtlinie, andererseits die Zulässigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen im Lichte der Grundfreiheiten.

a) Auslegung der Entsenderichtlinie

Der EuGH stellte klar, dass sich das Günstigkeitsprinzip aus Art. 3 Abs. 7 RL 96/71/EG allein auf Regelungen bezieht, die im nationalen Recht des Herkunftsstaats gründen.⁷² Den Zielstaaten ist es verwehrt, die Erbringung von Dienstleistungen an die Anwendung günstigerer Schutznormen für entsandte Arbeitnehmer – etwa durch Tariftreueklauseln im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge⁷³ (Rüffert) – zu knüpfen, noch können die Gewerkschaften des Zielstaats den Beitritt zu Kollektivverträgen fordern, deren Schutznormen über die Mindestarbeitsbedingungen des Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG hinausgehen (Laval).⁷⁴ Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG erweist sich nach dieser Lesart als abschließende Regelung der verbindlichen Kernarbeitsbedingungen und damit der zulässigen Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit.⁷⁵

Darüber hinaus hat der EuGH die Anforderungen an die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen im Rahmen von Art. 3 Abs. 1, Abs. 8 RL 96/71/EG präzisiert. Das im Fall Rüffert zu beurteilende Tariffreugebot sollte nur für öffentliche, nicht aber für private Auftraggeber von Dienstleistungen gelten. Der EuGH hat das Ziel der Sicherstellung angemessener Arbeitsbedingungen zwar grundsätzlich gebilligt, wegen dieser Differenzierung aber den damit einhergehenden Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit als nicht verhältnismäßig eingestuft. Die allgemeine

Wirksamkeit von Tarifverträgen in bestimmten geografischen Bereichen, Tätigkeiten oder Gewerben iSv. Art. 3 Abs. 8 EL 96/71/EG setze voraus, dass die in Rede stehenden Tarifverträge für alle Unternehmen und für alle Tätigkeiten gelten;⁷⁶ anderenfalls ist kein »Mindeststandard« begründet. »Partikularsysteme«⁷⁷ sollen durch die Entsenderichtlinie folglich nicht geschützt werden. Zudem müssen sich die Arbeitsbedingungen unmittelbar, zwingend und transparent⁷⁸ aus den betreffenden Regelungen ergeben. Die gesetzliche Anordnung der Tariftreue erfüllt dieses Kriterium nicht, weil aus dieser allein keine konkreten Arbeitsbedingungen folgen.⁷⁹

Ausnahmen von diesem System sind nach Auffassung des EuGH allenfalls im Rahmen von Art. 3 Abs. 10 RL 96/71/EG zulässig. Danach dürfen die Mitgliedstaaten, sofern sie nicht zwischen in – und ausländischen Unternehmen differenzieren, über die Kernarbeitsbedingungen hinaus weitere Arbeitsbedingungen »im Bereich der öffentlichen Ordnung« festlegen. Die Erstreckung im Inland geltender arbeitsrechtlicher Standards auf Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten begegnet zwar keinen grundlegenden Bedenken,⁸⁰ sei aber an Art. 56 AEUV zu messen. Die in Art. 3 Abs. 10 RL 96/71/EG als Ausnahme verankerte Regelung sei im Interesse der Dienstleistungsfreiheit eng auszulegen und bedürfe der Rechtfertigung durch Interessen der öffentlichen Ordnung, die tatsächlich

69 Deinert, RdA 1996, 339, 340; Kriebler, IPrax 2001, 22, 23; Deinert (Fn. 33), § 10, Rn. 10.

70 Fornasier/Torga, EuZA 2013, 356, 359 f.

71 Heuschmid/Schierle (Fn. 2), § 5, Rn. 37; Pennings (Fn. 58), S. 118; Lilie/Wagner (Fn. 2), S. 161.

72 Gemeint ist der Staat, in dem bzw. von dem aus der entsandte Arbeitnehmer üblicherweise seiner Tätigkeit nachgeht, nicht aber der Sitzstaat des entsendenden Unternehmens, van Hoek, ELR 2014, 157, 168.

73 Siehe auch EuGH, 18.9.2014 – C-549/13 – EuZW 2014, 942 (Bundesdruckerei); 17.11.2015 – C-115/14 – (RegioPost GmbH) zur Zulässigkeit von Mindestlöhnen im Vergaberecht.

74 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (Laval), Rn. 80 f.; EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 43; EuGH, 7.11.2013 – C-522/12 – NZA 2013, 1359 (Isbir), Rn. 33; EuGH 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen), Rn. 29.

75 Deinert (Fn. 27), § 10, Rn. 69; Heuschmid/Schierle (Fn. 2), § 5, Rn. 153; Rebhahn (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 2.

76 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 29.

77 Klumpp, NJW 2008, 3473, 3476.

78 EuGH 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen), Rn. 40.

79 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 24.

80 EuGH, 3.2.1982 – 62/81 – Slg. 1982, 223 (Seco), Rn. 14; 15.3.2001 – C-165/89 – Slg. 2001, I-2189 (Mazzoleni), Rn. 27; EuGH, 23.11.1999, C-369/96, Slg. 1999, I-8453 (Arblade), Rn. 41; EuGH, 24.1.2002 – C-164/99 – Slg. 2002, I-787 (Portugaia Construcoes), Rn. 21; EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen), Rn. 34.

einer schweren Gefährdung ausgesetzt sein müssten.⁸¹ Hat die Erstreckung arbeitsrechtlicher Standards des Zielstaats auf entsandte Arbeitnehmer beispielsweise einen höheren Verwaltungsaufwand für deren Arbeitgeber zur Folge, könne darin eine unzulässige Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit liegen. Es sei jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die Maßnahme zum Schutz der entsandten Arbeitnehmer geeignet und erforderlich ist. Insbesondere wenn die Entsendung nur über einen vergleichsweise kurzen Zeitraum vorgesehen ist und der Zielstaat über vergleichsweise hohe Arbeitnehmerschutzstandards verfügt, sei der Eingriff in Art. 56 AEUV nicht zu rechtfertigen.⁸²

b) Kollektivarbeitsrechtliche Auswirkungen

Der auf diese Weise eng umrissene Anwendungsbereich von Art. 3 RL 96/71/EG leitet auch die Zulässigkeit kollektivvertraglicher Maßnahmen zugunsten entsandter Arbeitnehmer.

Vor seinem Urteil in der Rechtssache *Laval* hatte sich der EuGH mit einem die Niederlassungsfreiheit betreffenden gewerkschaftlichen Boykottaufruf auseinanderzusetzen (*Viking*). In seiner Entscheidung anerkannte das Gericht erstmals⁸³ das Grundrecht auf kollektivarbeitsrechtliche Maßnahmen, stellte dieses aber unter den Vorbehalt der Grundfreiheiten. Diese würden verletzt, wenn Arbeitskämpfmaßnahmen nicht erforderlich und angemessen seien, um die Arbeitnehmerinteressen zu schützen, namentlich wenn die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit – durch Verlagerung des Unternehmens in einen anderen Mitgliedstaat – keine Arbeitsplätze bedrohe.⁸⁴

Diese Grundsätze hat der EuGH in der Rechtssache *Laval* auf Entsendefälle angewandt. Arbeitskämpfmaßnahmen im Zielstaat der Entsendung seien geeignet, das entsendende Unternehmen in seiner Dienstleistungsfreiheit zu beeinträchtigen. Ebenso wie im Kontext der Niederlassungsfreiheit müssen arbeitskampfrechtliche Maßnahmen erforderlich und geeignet sein, um berechnigte Arbeitnehmerinteressen zu schützen. Die Umsetzung der Entsenderichtlinie bzw. der darin vorgesehenen Mindestarbeitsbedingungen erfülle dieses Kriterium, nicht aber eine auf darüber hinausgehende Arbeitsbedingungen gerichtete Arbeitskämpfmaßnahme.⁸⁵ Diese seien nicht erforderlich, da die Entsenderichtlinie selbst mildere Mittel bereithalte, um die Interessen der Arbeitnehmer zu schützen.

3. Bewertung

Die Entsenderichtlinie soll einen Ausgleich zwischen den wettbewerblichen Interessen von in – und ausländischen Unternehmen finden und zugleich die Einhaltung der Kernarbeitsbedingungen des Zielstaats zugunsten der entsandten Arbeitnehmer sicherstellen.⁸⁶ Der EuGH hat den Konflikt zwischen diesen beiden Zielsetzungen zugunsten der Dienstleistungsfreiheit gelöst.⁸⁷ Alle arbeitnehmerschützenden Normen müssen sich im Rahmen des Art. 56 AEUV am Gebot der Verhältnismäßigkeit messen lassen.

a) Verbleibende Bedeutung der Entsenderichtlinie

Nur in den von Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG explizit genannten Materien ist das Recht des Zielstaats anzuwenden; alle anderen Materien sind im Interesse der Dienstleistungsfreiheit von der Anwendung auf entsandte Arbeitnehmer ausgeschlossen. Dies dient zwar der Rechtssicherheit der entsendenden Unternehmen,⁸⁸ führt aber dazu, dass die Richtlinie keinen Mindeststandard verbindlicher Kernarbeitsbestimmungen vermittelt, sondern einen Maximalstandard im Sinne einer »Obergrenze für den Schutz vor Sozialdumping«⁸⁹ etabliert.⁹⁰

Zwar ist zu bedenken, dass die Entsenderichtlinie die Mindestarbeitsbedingungen nicht harmonisiert. Der durch sie vermittelte Schutzstandard kann folglich nur so gut sein wie das nationale Recht der Mitgliedstaaten.⁹¹ Willen die-

81 EuGH, 19.6.2008 – C-319/06 – Slg. 2008, I-4323 (Kommission/Luxemburg), Rn. 50.

82 So wohl die Konsequenz aus EuGH, 15.3.2001 – C-165/89 – Slg. 2001, I-2189 (*Mazzoleni*), Rn. 38 f.

83 *ETUC* (Fn. 50), S. 6.

84 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (*Viking*), Rn. 81.

85 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*), Rn. 103 und 108.

86 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*), Rn. 74; bestätigt in EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (*Sähköalojen ammattiliitto*), Rn. 30.

87 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 72 macht dem EuGH insofern zu Recht den Vorwurf fehlender Reflexion.

88 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 75; *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3475.

89 *Schubert*, RdA 2008, 289, 291.

90 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 74; *Klumpp*, NJW 2008, 3473, 3475; *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233, 234; *Schubert/Jerchel*, Gutachterliche Stellungnahme zu den Aktivitäten der EU-Kommission bezüglich der Urteile des Europäischen Gerichtshofs zum Verhältnis sozialer Grundrechte und Binnenmarktfreiheiten, S. 16 f.; *van Hoek*, ELR 2014, 157, 167; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 3, Rn. 2; *Seikel/Absenger*, Industrielle Beziehungen 22(1), 51, 67; *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 283.

91 So auch *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 155.

se angemessene Arbeitsbedingungen für in ihr Hoheitsgebiet entsandte Arbeitnehmer sicherstellen, müssen sie diese infolge der EuGH-Rechtsprechung unmittelbar gesetzlich vorgeben. Diese Konsequenz greift erheblich in das normative Gefüge im nationalen Arbeitsrecht ein. Die Rolle der Sozialpartner wird geschmälert, wenn sie durch ihre auf bestimmte Sektoren, Regionen oder Tätigkeiten beschränkten Kollektivvereinbarungen keinen Einfluss auf die Rechtsstellung entsandter Arbeitnehmer nehmen können. Die Interessen der Entsandten sind damit dem goodwill des nationalen Gesetzgebers ausgeliefert. Ob dies noch vom Zweck der Entsenderichtlinie gedeckt ist, ist mehr als fraglich,⁹² wird das Wirken der Tarifvertragsparteien damit doch in den Dienst der Grundfreiheiten gestellt.

b) Schutz entsandter Arbeitnehmer durch Kollektivmaßnahmen

Wiewohl das kollektive Arbeitsrecht gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV nicht von der Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union gedeckt ist, wird es mittelbar über das den Grundfreiheiten immanente Benachteiligungsverbot auf europarechtlicher Ebene reguliert. Denn die Grundfreiheiten wirken sich in allen Bereichen des Binnenmarktes aus, unabhängig davon, ob im Einzelnen die Regelungskompetenz an die EU übertragen oder bei den Mitgliedstaaten verblieben ist. Aus Art. 153 Abs. 5 AEUV kann folglich keine Bereichsausnahme abgeleitet werden, welche Arbeitskämpfmaßnahmen und den Abschluss von Kollektivvereinbarungen generell von der Anwendung unionsrechtlicher Vorgaben ausnimmt.⁹³ Vielmehr beschränkt sich der Gehalt der Regelung darauf, dass die Union keine eigenen Regelungen zum Arbeitskampf erlassen darf, welche die des nationalen Rechts verdrängen.⁹⁴

Der Ansatz des EuGH, auch privatautonome Gestaltungen der Geltung der Grundfreiheiten zu unterwerfen, ist nicht per se zu missbilligen.⁹⁵ Das Gericht hat jedoch Kollektivvereinbarungen und Arbeitskämpfmaßnahmen unter den Vorbehalt der Niederlassungs – bzw. Dienstleistungsfreiheit gestellt, ohne deren Bedeutung hinreichend zu würdigen. Auch das Koalitionsrecht ist, wenngleich nicht als Grundfreiheit, so doch aber als Grundrecht geschützt und damit jenen gleichrangig.⁹⁶ Die sozialen Interessen der Gewerkschaften müssen folglich nicht zwangsläufig hinter den wirtschaftlichen Interessen der entsendenden Unternehmen zurückstehen.⁹⁷ Statt die kollidierenden Grund-

rechte und – freiheiten in ein Vorrang-Nachrang-Schema einzuordnen, ist im Interesse praktischer Konkordanz eine Lösung zu finden, die den Rechtspositionen aller Beteiligten gleichermaßen gerecht wird.⁹⁸

Dass Arbeitskämpfmaßnahmen die Wahrnehmung der Grundfreiheiten durch Unternehmer beeinträchtigen können, liegt auf der Hand, wird deren unternehmerische Entscheidungsfreiheit doch im Interesse des Arbeitnehmerschutzes geschmälert und auf soziale und arbeitsrechtliche Schutzstandards verpflichtet. Relevanz kommt dem Arbeitnehmerschutz in grenzüberschreitenden Sachverhalten nach Auffassung des EuGH jedoch nur zu, wenn es um die Sicherung von Arbeitsbedingungen oder den Erhalt von Arbeitsplätzen geht. Darüber hinausgehende kollektivvertragliche Aktionen seien nicht erforderlich.⁹⁹

c) Bedeutungswandel der Entsendung

Ein Nebeneffekt der *Rüffert*-Entscheidung war schließlich, dass Tariftreueverlangen zwar in rein inländischen Sachverhalten zulässig sein mögen, Arbeitgeber aus anderen Mitgliedstaaten davon aber auszunehmen sind, wodurch diese einen klaren – wenn auch nicht unbedingt fairen¹⁰⁰ – Wettbewerbsvorteil erlangen.¹⁰¹ Lagen den Entscheidungen in *Laval et al.* noch klassische Entsendetatbestände zugrunde, wird die Entsendung inzwischen kaum mehr in ihrem originären Sinn angewandt. Statt sie als gelegentlichen und vorübergehenden Modus der Leistungserbringung in anderen Mitgliedstaaten zu verstehen, wird sie oftmals dauerhaft

92 *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 627.

93 *Schubert*, RdA 2008, 289, 292.

94 *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 457.

95 Ausführlich *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilfs/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 152 ff.; vgl. auch EuGH, 15.12.1995 – C-415/93 – Slg. 1995, I-4921 (*Bosman*), Rn. 82 f.

96 Dazu ausführlich *Schubert*, RdA 2008, 289, 293 f.; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 464 ff.; *Schubert/Jerchel* (Fn. 90), S. 16.

97 *Barnard*, NZA-Beil. 2011, 122, 123. So auch der EuGH selbst im Kontext des Wettbewerbsrechts, EuGH, 21.9.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-5751 (*Albany*), Rn. 60 ff.

98 *Schubert/Jerchel* (Fn. 90), S. 26; *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 34.

99 EuGH, 17.12.1981 – C-279/80 – Slg. 1981, 3305 (*Webb*), Rn. 19. Kritisch *Schubert*, RdA 2008, 289, 295; *Barnard*, NZA-Beil. 2011, 122, 123; *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 73. Zu den Auswirkungen auf das Arbeitsrecht in den skandinavischen Ländern *Evju*, EuZA 2010, 48, 59.

100 *Deinert* (Fn. 27), § 10, Rn. 70.

101 Zum Aspekt der Inländerdiskriminierung ausführlich *Bayreuther*, EuZW 2009, 102 ff.

von Unternehmen genutzt, die nur zum Zwecke der Entsendung gegründet worden sind.¹⁰² Die Entsenderichtlinie erweist sich damit als Instrument zur grenzüberschreitenden Beschaffung billiger Arbeitskräfte durch den Export niedriger Lohn – und Arbeitsstandards aus dem Herkunftsstaat, insbesondere in der Baubranche und in der fleischverarbeitenden Industrie.¹⁰³ Die Entwicklung ist aber nicht allein dem EuGH zuzuschreiben, sondern wenngleich nicht unmittelbar in der Entsenderichtlinie angelegt, aber durch diese zumindest nicht verhindert: Es fehlt an der effektiven Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer.¹⁰⁴

IV. Stärkung des Arbeitnehmerschutzes durch die Durchsetzungsrichtlinie

Seit geraumer Zeit sind daher Forderungen nach einer Neufassung der Entsenderichtlinie laut geworden.¹⁰⁵ Von der Kommission¹⁰⁶ und auf nationaler Ebene wurde eine verbesserte Kontrolle der Einhaltung der Kernarbeitsbedingungen angemahnt.¹⁰⁷ Im Jahr 2012 legte die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer vor,¹⁰⁸ der schließlich von Rat und Parlament als Richtlinie 2014/67/EU verabschiedet wurde. Die Richtlinie ist bis 18.06.2016 in nationales Recht umzusetzen, Art. 23 Abs. 1 RL 2014/67/EU.

1. Ziel und Gehalt der Durchsetzungsrichtlinie

Die Durchsetzungsrichtlinie zielt auf die verbesserte Kontrolle der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen im Zielstaat – einerseits, um entsandte Arbeitnehmer in hinreichendem Maße zu schützen, andererseits um die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit und damit das Funktionieren des Binnenmarktes so wenig wie möglich zu beeinträchtigen, Art. 1 Abs. 1 RL 2014/67/EU. Ihre Rechtsgrundlage findet sie in der Dienstleistungsfreiheit, Art. 62, 53 Abs. 1 AEUV. Da die Mitgliedstaaten bislang nicht in der Lage waren, der Umgehung der Entsenderichtlinie wirksame Maßnahmen entgegenzusetzen, kann das Tätigwerden von Rat und Parlament vor dem in Art. 5 AEUV verankerten Subsidiaritätsprinzip gerechtfertigt werden.

Wesentliches Element ist die Vorgabe einheitlicher Auslegungskriterien für die Prüfung der Entsendevoraussetzungen sowie die Vorgabe eines privatrechtlichen Haftungssystems. Weder wird eine Rechtsvereinheitlichung im

Hinblick auf Justiz und Vollstreckung herbeigeführt, noch enthält die Richtlinie Regelungen über das anwendbare Recht. Das Instrumentarium der Entsenderichtlinie wird also lediglich ergänzt, nicht aber in Gänze neu gefasst.

a) Präzisierung des Entsendebegriffs, Art. 4 RL 2014/67/EU

Um Scheinentsendungen aus Briefkastenunternehmen zu verhindern, sind in Art. 4 RL 2014/67/EU die Anforderungen an die Überprüfung des Entsendebegriffs präzisiert worden. Die zuständigen Behörden sollen die mit dem Auslandseinsatz verbundenen Umstände einer Gesamtbetrachtung unterziehen, also nicht auf den Parteiwillen, sondern auf die faktische Ausübung der Entsendung abstellen.

Um eine Entsendung bejahen zu können, müssen die Kriterien nicht kumulativ erfüllt sein, Art. 4 Abs. 4 RL 2014/67/EU. Vielmehr bleibt Raum für eine Einzelfallentscheidung.¹⁰⁹ Zuständig ist die Behörde des Aufnahmemitgliedstaats, die aber eng mit dem Staat der Niederlassung kooperieren soll.¹¹⁰ Das Fehlen einer Entsendebescheinigung iSd. koordinierenden Sozialrechts soll nach Erwägungsgrund 13 als Indiz dafür herangezogen werden, dass der Tatbestand der Entsendung auch im Sinne der Durchsetzungsrichtlinie nicht erfüllt ist.

(1) Wesentliche Geschäftstätigkeit

In Art. 4 Abs. 2 RL 2014/67/EU sind Kriterien aufgeführt, anhand derer ermittelt werden soll, ob das entsendende

102 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 282.

103 *Däubler*, EuZW 1997, 613, 613; *Schneider-Sievers*, RdA 2012, 277, 280; *Kohte*, in: *Devetzi/Janda*, Freiheit – Gerechtigkeit, Sozial(es) Recht, Baden-Baden 2015, S. 318; *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 165 ff.

104 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 285.

105 Beispielsweise der Vorschlag der European Trade Union Confederation *ETUC*, A revision of the Posting of Workers Directive, Eight Proposals for Improvement, S. 19 ff., https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/final_report_ETUC_expert_group_posting_310510_EN.pdf (5.1.2016), aber auch des damaligen Wettbewerbs-Kommissars *Monti*, A New Strategy for the Single Market, S. 70, http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf (5.1.2016).

106 Empfehlung der Kommission zur Verbesserung der Verwaltungszusammenarbeit in Bezug auf die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 31.3.2008, ABl. C 85 vom 4.4.2008, S. 1 ff.

107 *Schneider-Sievers*, RdA 2012, 277, 280; vgl. auch den Überblick bei *Kohte* (Fn. 103), S. 318 ff.

108 KOM(2012)131 endg.

109 Erwägungsgrund 5.

110 Erwägungsgrund 8.

Unternehmen im Herkunftsstaat tatsächlich eine wesentliche Geschäftstätigkeit ausübt. Die Kriterien sind lediglich beispielhaft aufgezählt (»insbesondere«) und beziehen sich auf den Ort des Unternehmenssitzes und seiner Verwaltung, die Nutzung von Büroräumen, das Entrichten von Steuern und Sozialabgaben sowie das Innehaben gewerblicher Erlaubnisse. Ferner soll geprüft werden, an welchem Ort der entsandte Arbeitnehmer eingestellt worden ist bzw. von dem aus er entsandt wird, sowie das auf die Verträge zwischen dem entsendenden Unternehmen und seinen Arbeitnehmern wie Kunden anwendbare Recht, der Ort der Ausübung wesentlicher Geschäftstätigkeiten sowie schließlich die Zahl der im Staat der Niederlassung erfüllten Verträge und die Höhe der Umsätze.

(2) Vorübergehende Auslandstätigkeit

Das Merkmal der »vorübergehenden Ausübung« der Tätigkeit wird in Art. 4 Abs. 3 RL 2014/67/EU thematisiert. Danach ist zu prüfen, ob die Arbeit für einen »begrenzten Zeitraum« in einem anderen Mitgliedstaat verrichtet wird, an welchem Tag der Auslandseinsatz beginnt, ob dies in einem anderen als dem üblichen Staat geschieht, ob die Rückkehr erfolgt oder zumindest erwartet wird, welche Tätigkeiten der Arbeitnehmer ausübt, ob er Reise, Verpflegung und Unterkunft vom Arbeitgeber gestellt bekommt und ob er andere Arbeitnehmer ablöst. Die Aufzählung ist nicht abschließend.¹¹¹ Eine Höchstgrenze für die zulässige Dauer der Entsendung ist weiterhin nicht bestimmt.

Art. 4 Abs. 5 RL 2014/67/EU sucht nach einer Präzisierung des Arbeitnehmerbegriffs. Es soll nicht auf die von den Vertragsparteien gewählte, sondern die tatsächlich gelebte Rechtsbeziehung ankommen – was dem status quo der Arbeitsrechtsdogmatik entspricht.

(3) Bewertung

Art. 4 RL 2014/67/EU bewirkt keine deutliche Konturierung des Entsendebegriffs, verwendet die Norm doch weiterhin unbestimmte Rechtsbegriffe (»begrenzter Zeitraum« statt »vorübergehend«). Zudem sind nicht alle der genannten Kriterien für die Begriffsbestimmung tauglich, etwa der Umstand, an welchem Tag die Entsendung begonnen hat oder welche Tätigkeit der entsandte Arbeitnehmer ausüben soll.¹¹² Auch ob der Arbeitgeber für Unterkunft, Transport und Verpflegung aufkommt, ist kein deutliches

Indiz. Dass er dazu verpflichtet ist, folgt zwar aus Art. 3 Abs. 7 UA 2 RL 96/71/EG. Dies entspricht aber lediglich dem Soll-, nicht aber zwangsläufig dem Ist-Zustand. Mit dem Schutzzweck der Richtlinie kann es kaum vereinbar sein, das Vorliegen einer Entsendung zu verneinen, bloß weil der Arbeitgeber seinen Pflichten nicht nachkommt. Kritisiert wird ferner, dass die problematischen Fälle der Einstellung zum Zwecke der Entsendung, der Scheinentsendung aus Briefkastenfirmen und der Kettenentsendung nicht hinreichend deutlich ausgeschlossen seien.¹¹³

Im Hinblick auf Scheinentsendungen gibt die Richtlinie mE. jedoch ein deutliches Signal. Aus dem Wortlaut des Art. 4 RL 2014/67/EU folgt das Erfordernis, dass der entsendende Arbeitgeber im Herkunftsstaat niedergelassen sein muss, zwar nicht zwingend; im Erwägungsgrund 8 wird dies aber explizit vorausgesetzt. Die Entsendung aus Unternehmen, die im Herkunftsstaat lediglich über eine Postadresse verfügen, im Übrigen aber keine Geschäftstätigkeit entfalten, führt folglich nicht länger zu einem partiellen arbeitsrechtlichen Statutenwechsel.¹¹⁴ Dies geht klar über Art. 2 RL 96/71/EG hinaus. Die Entsenderichtlinie wird folglich zumindest teilweise wieder auf ihren ursprünglichen Zweck zurückgeführt.

b) Zugang zu Informationen, Art. 5 RL 2014/67/EU

Die Mitgliedstaaten sollen nach Art. 5 RL 2014/67/EU »geeignete Maßnahmen« ergreifen, damit die Informationen über die verbindlichen Kernarbeitsbedingungen im Zielstaat der Entsendung jederzeit und für jedermann – Arbeitgeber wie Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten – kostenlos verfügbar sind. Sie sind umfassend und auf leichtem Wege sowie in den Sprachen der wichtigsten in die Entsendung involvierten Staaten¹¹⁵ zugänglich zu machen. Dies gilt nach Art. 5 Abs. 4 RL 2014/67/EU auch für die in Tarifverträgen geregelten Mindestarbeitsbedingungen, sofern sie allgemein-

¹¹¹ Heuschmid/Schierle (Fn. 2), § 5, Rn. 100; Ahlberg/Johansson/Malmberg (Fn. 13), S. 207; Countouris/Engblom (Fn. 17), S. 288.

¹¹² Rebhahn (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 9.

¹¹³ Schubert/Jerchel (Fn. 90), S. 44 f.; Rebhahn (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 2, Rn. 9; kritisch auch Deinert (Fn. 33), § 10, Rn. 16.

¹¹⁴ Windisch-Graetz (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 1, Rn. 44; van Hoek, ELR 2014, 157, 168.

¹¹⁵ Das sind solche, aus denen eine große Zahl von Arbeitnehmern in das betreffende Zielland entsandt werden, Rebhahn, Fn. 13, RL 96/71/EG Art. 4, Rn. 2.

verbindlich sind. Vorgeschlagen wird dafür eine einheitliche Website, die barrierefrei erreichbar sein soll.

Im Vergleich zu Art. 4 RL 96/71/EG sind die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in der Durchsetzungsrichtlinie klarer gefasst. Dass wiederum unbestimmte Rechtsbegriffe (»geeignet«, »erforderlich«) verwendet werden, ist nicht zuletzt dem Rechtscharakter einer Richtlinie geschuldet, die eben nur ein verbindliches Ziel, nicht aber konkrete Umsetzungsschritte vorgibt. Ob die Neuregelung tatsächlich einen qualitativen Fortschritt im Informationsaustausch bewirkt, hängt freilich vom Engagement der Mitgliedstaaten ab, denn die in Art. 5 RL 2014/67/EU vorgesehenen Maßnahmen waren auch schon nach der Entsenderichtlinie zulässig,¹¹⁶ ohne dass sie wirksam implementiert wurden.

c) Verwaltungskooperation, Art. 6 bis 8 RL 2014/67/EU

Art. 6 RL 2014/67/EU betont das Gebot der engen Zusammenarbeit und verpflichtet die Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Amtshilfe. Auskünfte auf Anfragen sollen unverzüglich, umfassend und kostenlos erteilt werden; ebenso Kontrollen, Prüfungen und Untersuchungen, mit denen die zuständigen Behörden anderer Mitgliedstaaten in die Lage versetzt werden, die Entsendevoraussetzungen zu prüfen und ggf. Verstöße zu ahnden. Kann dem Ersuchen nicht nachgekommen werden, ist die anfragende Behörde davon unverzüglich in Kenntnis zu setzen. So wird sichergestellt, dass Anfragen nicht im Sande verlaufen. Für die Kooperation der Behörden untereinander, aber auch zwischen Mitgliedstaaten und Kommission soll bevorzugt¹¹⁷ das Binnenmarkt-Informationssystem IMI genutzt werden.¹¹⁸

Die in Art. 6 RL 2014/67/EU niedergelegten Informationspflichten sollen vor allem die Zielstaaten in die Lage versetzen, die Einhaltung der Kernarbeitsbedingungen zu überprüfen, Art. 7 Abs. 1 RL 2014/67/EU. Nach Art. 7 Abs. 2 RL 2014/67/EU sind aber auch die Behörden im Entsendestaat verpflichtet, die Einhaltung der dort geltenden Vorgaben zu überwachen. Sie unterliegen jedoch keiner Rechtspflicht, die Einhaltung der im Zielstaat geltenden Kernarbeitsbedingungen zu prüfen, Art. 7 Abs. 2, 6 RL 2014/67/EU.

Bisher sind die in der Entsenderichtlinie vorgegebenen Anforderungen eher vage. Auch hier hat die Durchsetzungsrichtlinie also eine Präzisierung mit sich gebracht, wobei sich der Richtliniengeber an der Rechtsprechung des EuGH orientiert hat.¹¹⁹ Deren Wirksamkeit wird sich jedoch erst in ihrer konkreten Handhabung auf Verwaltungsebene erwei-

sen. Indes überschneiden sich die in Art. 6 bis 8 RL 2014/67/EU etablierten Informations- und Kooperationsvorschriften teilweise und sind auch zu den Überwachungsmechanismen nach den Art. 9 und 10 RL 2014/67/EU nicht deutlich abgegrenzt. Das Ziel aber ist klar: der Richtliniengeber strebt eine effektivere Kontrolle an.

d) Überwachung der Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen, Art. 9 und 10 RL 2014/67/EU

Ein wesentlicher Unterschied zur Entsenderichtlinie ist die weitgehende Harmonisierung der Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismen.¹²⁰ Gerade die unklare Verteilung der Kontrollbefugnisse hatte zur Schwächung der Position entsandter Arbeitnehmer beigetragen.¹²¹

Die Mitgliedstaaten sollen ihre Überwachungsmechanismen ausbauen und effektiver gestalten. Hierfür sollen sie ausreichend und hinreichend qualifiziertes Personal abstellen, auch für die Bearbeitung von Auskunftsersuchen anderer Mitgliedstaaten.¹²² Kontrollbefugnisse sollen ausnahmsweise an die Sozialpartner oder »andere Akteure und/oder Stellen« delegiert werden können. Die Mitgliedstaaten haben dann lediglich noch zu überwachen, ob diese ihre Befugnisse gleichmäßig und objektiv wahrnehmen.¹²³

In Art. 9 Abs. 1 RL 2014/67/EU wird zunächst auf die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit von Kontrollmaßnahmen abgestellt, die zudem »im Einklang mit dem Unionsrecht gerechtfertigt und verhältnismäßig« sein müssen. Die möglichen Maßnahmen sind nicht abschließend aufgezählt (»insbesondere«), vgl. Art. 9 Abs. 2 RL 2014/67/EU.¹²⁴ Auch hier war Vorbild die Rechtsprechung des EuGH,¹²⁵ nach der die Entsendung den zuständigen Behörden anzuzeigen, den Behörden ein Ansprechpartner für die Übersendung oder Anforderung von Dokumenten zu benennen und

116 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 288.

117 Aber nicht ausschließlich, *Houwerzijl*, AuR 2013, 342, 344.

118 Erwägungsgrund 49 RL 2014/67/EU.

119 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 4, Rn. 3.

120 *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 206.

121 *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 161; *ETUC* (Fn. 105), S. 15.

122 Erwägungsgründe 27 und 29.

123 Erwägungsgrund 31.

124 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 288; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 14; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 210.

125 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 189; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 7; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 216.

Unterlagen auch während einer angemessenen Frist nach Ablauf der Entsendung vorzulegen sind.¹²⁶ Die Durchsetzungsrichtlinie bringt also keine inhaltliche Neuregelung mit sich. Art. 10 RL 2014/67/EU sieht die Etablierung von Prüfverfahren vor, bleibt jedoch vage und gibt als Kriterium nur deren Eignung und Wirksamkeit vor.¹²⁷

Insgesamt vermitteln die Regelungen den Eindruck, dass das Anliegen der Kontrolle allenfalls halbherzig umgesetzt wird. Verwaltungsanforderungen und Kontrollen dürfen nur im notwendigen Maße vorgesehen werden. Die Betonung der Verhältnismäßigkeit macht deutlich, dass sich die Behörden Informationen vorrangig auf dem Wege der Verwaltungskooperation zu verschaffen haben, anstatt die Unternehmen zu überwachen.¹²⁸ Ausweislich Erwägungsgrund 23 ist die Kontrolle entsendender Unternehmen nur zulässig, wenn die Aufsicht anderenfalls nicht wirksam durchgeführt werden kann. Dies verdeutlicht, dass der Dienstleistungsfreiheit im Vergleich zum Schutz der Arbeitnehmerinteressen noch immer ein hoher Stellenwert eingeräumt ist.

e) Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte,

Art. 11 bis 12 RL 2014/67/EU

Die Vorgaben der Entsenderichtlinie sind in der Vergangenheit insbesondere durch Unterauftragsketten systematisch umgangen worden. Unteraufträge kamen weit überwiegend zum Zweck des forum shopping zum Einsatz: Sie wurden dazu genutzt, das anwendbare Recht als Möglichkeit zum opting-out aus verbindlichen nationalrechtlichen Vorgaben steuern zu können.¹²⁹ Dies läuft nicht nur dem Arbeitnehmerschutz zuwider, sondern gefährdet auch die Wettbewerbsfähigkeit der im Zielstaat ansässigen Unternehmen, die nicht über internationale Vertragsnetzwerke verfügen.¹³⁰

(1) Grenzüberschreitende Rechtsdurchsetzung

Die Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte in Entsendefällen ist durch den partiellen Statutenwechsel erschwert, denn die Herkunftsstaaten sind nicht zur Durchsetzung der Kernarbeitsbedingungen im Zielstaat verpflichtet.¹³¹ Bereits in Art. 5 RL 96/71/RL ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten im Falle der Nichteinhaltung der Entsenderichtlinie »geeignete Maßnahmen« zu ergreifen haben, namentlich Verfahren, mit denen Arbeitnehmer ihre Rechte durchsetzen können. Die Entsenderichtlinie bleibt indes so vage, dass Mitgliedstaaten zu keinen konkreten Maß-

nahmen veranlasst werden. Zudem hat der EuGH die Überwachungsbefugnisse stets strikt am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen,¹³² sich also vor allem an der Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Arbeitgeber orientiert.¹³³ Auch dies dürfte ein Grund für die mangelhafte Wirkmacht von Art. 3 Abs. 1. RL 96/71/EG sein.

Gemäß Art. 11 RL 2014/67/EU sollen Beschwerdemöglichkeiten, Verwaltungs- und Gerichtsverfahren für Arbeitnehmer etabliert oder ausgebaut werden. Adressaten sind die Staaten, in deren Hoheitsgebiet die Arbeitnehmer entsandt worden sind. Damit soll insbesondere sichergestellt werden, dass die Arbeitnehmer im Zielstaat vom Arbeitgeber ausstehenden Lohn einfordern können, Art. 11 Abs. 6 RL 2014/67/EU. Parallel dazu ermöglicht die Brüssel-I-Verordnung (EG) 44/2001 eine entsprechende Klage im Herkunftsstaat.¹³⁴

(2) Haftung in Unterauftragsketten

Nach Art. 12 Abs. 1 RL 2014/67/EU können die Mitgliedstaaten eine Unterauftragshaftung etablieren, die neben oder an die Stelle der Arbeitgeberhaftung tritt. Die gesamtschuldnerische Haftung von entsendendem Unternehmen und Unterauftragnehmern war schon unter dem Dach der Entsenderichtlinie vom EuGH für zulässig erachtet worden.¹³⁵ Sie ist als Maßnahme der Kontrolle und Überwachung iSv. Art. 5 RL 96/71/EG zu werten. Die Durchsetzungsrichtlinie macht nunmehr konkrete Vorgaben. Die Auftraggeberhaftung erstreckt sich auf die gesetzlichen Mindestlöhne, nicht

126 EuGH, 7.10.2010 – C-515/08 – Slg. 2010, I-9133 (*Santos Palhota*), Rn. 61; EuGH, 3.12.2014 – C-315/13 – NZA 2015, 290 (*De Clercq*), Rn. 75; EuGH, 23.11.1999, C-369/96, Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 79; EuGH, 19.06.2008 – C-319/06 – Slg. 2008, I-4323 (Kommission/Luxemburg), Rn. 91.

127 *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 208.

128 Kritisch im Hinblick auf die praktische Wirksamkeit *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 215; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 4.

129 *ETUC* (Fn. 105), S. 15; *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 286; *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 161. Die Autoren unterscheiden sehr prägnant zwischen kooperativen und kompetitiven Unterauftragsverhältnissen. Während erstere auf eine Verbesserung der Abläufe durch die gezielte Nutzung von Wissen und Fähigkeiten auf dem Markt abzielen, dienen letztere allein der Kostenminimierung, ebenda S. 163. Generell zum Problem der Unterauftragsverhältnisse *Houwerzijl/Wilkinson*, *German Law Journal* 14 (2013), 1981 ff.

130 *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 279.

131 *Fornasier/Torga*, *EuZA* 2013, 356, 361; *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 20.

132 EuGH, 23.11.1999 – C-369/96 – Slg. 1999, I-8453 (*Arblade*), Rn. 60; EuGH, 19.06.2008 – C-319/06 – Slg. 2008, I-4323 (Kommission/Luxemburg), Rn. 30; EuGH, 3.12.2014 – C-315/13 – NZA 2015, 290 (*De Clercq*), Rn. 70.

133 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 3.

134 *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 199.

135 EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (*Wolff & Müller*), Rn. 45.

aber auf die Sozialabgaben, da Gegenstand des Haftungssystems gemäß Art. 12 Abs. 3 RL 2014/67/EU nur Ansprüche des Arbeitnehmers sein können.¹³⁶ Ist dem Auftraggeber oder Unterauftraggeber kein Sorgfaltspflichtverstoß nachzuweisen, soll dieser von der Haftung befreit, zumindest aber in der Haftung beschränkt werden können. Um dies nachvollziehen zu können, soll das nationale Recht entsprechende Dokumentationspflichten etablieren.¹³⁷

(3) Bewertung

Die Ermächtigung, eine Haftung in Auftragsketten zu etablieren, ist ein Novum der Durchsetzungsrichtlinie. Ein System der Auftraggeberhaftung dürfte sich als weitaus effektiver als ein administratives Überwachungssystem erweisen, um Arbeitnehmern zur Durchsetzung ihrer Rechte zu verhelfen.¹³⁸ Der Anwendungsbereich des Art. 12 RL 2014/67/EU ist jedoch denkbar gering: er beschränkt die Haftung auf die direkten Unterauftragnehmer des entsendenden Unternehmens (contractual liability), wiewohl eine Auftragskettenhaftung (chain liability) für die Durchsetzung der Ansprüche entsandter Arbeitnehmer weitaus effektiver wäre.¹³⁹ Zudem ist die Unterauftragshaftung nur für die Baubranche zwingend vorgegeben, Art. 12 Abs. 2 RL 2014/67/EU.¹⁴⁰

Nach Art. 12 Abs. 4 RL 2014/67/EU darf im nationalen Recht zwar ein strengerer Haftungsmaßstab vorgesehen werden. Zugleich ist den Mitgliedstaaten aber die Möglichkeit der Haftungsbefreiung oder – beschränkung eingeräumt, wenn der Unternehmer die im nationalen Recht gründenden Sorgfaltspflichten beachtet hat. Indes macht die Richtlinie keinerlei Vorgaben zu Umfang und Ausmaß der zulässigerweise zu definierenden Sorgfaltspflichten. Dem nationalen Recht ist damit Potenzial zum Unterlaufen der Auftraggeberhaftung zugestanden.¹⁴¹ Zudem sieht Art. 12 Abs. 1 RL 2014/67/EU vor, dass Haftungsregelungen nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig sind. Es besteht also die Gefahr, dass der Arbeitnehmerschutz aufgrund dieses unbestimmten Rechtsbegriffs doch weiterhin hinter den Interessen des Binnenmarktes zurückstehen muss.¹⁴²

In Art. 12 Abs. 6 RL 2014/67/EU ist es den Mitgliedstaaten freigestellt, anstelle der privatrechtlichen Haftung andere wirksame und verhältnismäßige Sanktionen im nationalen Recht vorzusehen. Die Durchsetzungsrichtlinie etabliert insofern aber keine Mindeststandards. Die Mitgliedstaaten, die dem Schutz der Arbeitnehmerrechte

schon bisher keinen besonderen Stellenwert eingeräumt haben,¹⁴³ müssen dies also auch weiterhin nicht tun.

Problematisch und durch die Richtlinie kaum zu bewältigen ist in diesem Kontext vor allem die praktische Wahrnehmung der Klagerechte durch die Arbeitnehmer. Diese sehen womöglich von rechtlichen Schritten gegen ihre Arbeitgeber ab, wenn sie auf die Weiterbeschäftigung im entsendenden Unternehmen hoffen.¹⁴⁴ Überdies fehlt ihnen oftmals jede Vergleichsmöglichkeit in Bezug auf die Kernarbeitsbedingungen; hinzu kommen fehlende Kenntnisse der Sprache und des Rechts(schutz)systems im Aufnahmestaat, welche der Klageerhebung entgegenstehen können.¹⁴⁵ Für die Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte wäre ein Modell hilfreicher, in dem auch die Gerichte des Herkunftsstaats die Kontrolle der Kernarbeitsbedingungen im Zielstaat gewährleisten können.¹⁴⁶

f) Grenzüberschreitende Durchsetzung von Sanktionen, Art. 13 bis 19 RL 2014/67/EU

Da auch die grenzüberschreitende Sanktionierung in der Praxis oftmals scheitert,¹⁴⁷ macht die Durchsetzungsrichtlinie hierzu konkretere Vorgaben. Sanktionen sollen gemäß Art. 13 RL 2014/67/EU im Wege der grenzüberschreitenden Amtshilfe anerkannt und durchgesetzt werden. Dazu sollen die Mitgliedstaaten über das IMI-System die für die Sanktionierung zuständige Behörde benennen, Art. 14 RL 2014/67/EU. Art. 15, 16 RL 2014/67/EU determinieren die Anforderungen an entsprechende Amtshilfeersuchen.

¹³⁶ *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 17.

¹³⁷ Erwägungsgrund 37.

¹³⁸ *Houwerzijl/Wilkinson*, German Law Journal 14 (2013), 1981, 1992.

¹³⁹ *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 162; *Houwerzijl/Wilkinson*, German Law Journal 14 (2013), 1981, 2002; *Houwerzijl*, AuR 2013, 342, 345; *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 212; *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 18.

¹⁴⁰ Kritisch *Heuschmid/Schierle* (Fn. 2), § 5, Rn. 196; *Houwerzijl*, AuR 2013, 342, 344 f.

¹⁴¹ Kritisch *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 20.

¹⁴² *ETUC* (Fn. 154), www.etuc.org (5.1.2016).

¹⁴³ Zu den unterschiedlichen nationalrechtlichen Regelungen vgl. die rechtsvergleichende Studie der EUROFOUND, *Posted Workers in the European Union*, 2010, http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/pubdocs/2010/73/en/2/EF1073EN.pdf (5.1.2016).

¹⁴⁴ *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 171.

¹⁴⁵ *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 1; *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 169; *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 361 f.

¹⁴⁶ *Fornasier/Torga*, EuZA 2013, 356, 365 unter Verweisung auf die baltischen Staaten, die ein solches System etabliert haben.

¹⁴⁷ KOM (2007) 304 endg., S. 10.

Dabei gilt das Vertrauensprinzip, dh. dass der Begründungsaufwand für eine Ablehnung der Beitreibung durch die Behörden des anderen Mitgliedstaats gering gehalten werden soll.¹⁴⁸ Die Beitreibung von Sanktionen darf nach Art. 17 Abs. 2 RL 2014/67/EU abgelehnt werden, wenn die ersuchte Behörde den damit verbundenen Verwaltungsaufwand als unverhältnismäßig einschätzt, die zu erwartende Geldbuße unter 350 Euro liegt oder wenn in Grundrechte und Grundfreiheiten eingegriffen wird.

Damit hängt die grenzüberschreitende Durchsetzung von Sanktionen weiterhin vom Engagement der Mitgliedstaaten ab.¹⁴⁹ Zudem definiert die Durchsetzungsrichtlinie keine konkreten Sanktionen und nimmt in Art. 20 RL 2014/67/EU für die Sanktionierung nur auf die Verletzung der Durchsetzungsrichtlinie, nicht aber der Entsenderichtlinie Bezug (»Verstöße gegen die gemäß *dieser* Richtlinie erlassenen nationalen Bestimmungen«).¹⁵⁰ Womöglich ließe sich der Anwendungsbereich dieser Norm aber teleologisch erweitern, sodass von ihrem Sinn und Zweck auch die Sanktionierung jedweder Verstöße gegen die Entsenderichtlinie erfasst ist. Da aber zumindest der Entsendebegriff in Art. 4 RL 2014/67/EU präzisiert ist, können die Behörden nunmehr zumindest gegen Scheinentsendungen vorgehen,¹⁵¹ und damit einen wichtigen Aspekt der Umgehungsmechanismen ahnden.

2. Eignung der Durchsetzungsrichtlinie zur Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes

Inhaltlich bietet die Durchsetzungsrichtlinie im Ergebnis wenig Neues, sondern gibt vor allem der EuGH-Rechtsprechung einen legislativen Rahmen.¹⁵² Der Umsetzungsbedarf in Deutschland wird dementsprechend als gering bewertet.¹⁵³ Vor allem aus dem Lager der Gewerkschaften sieht sich die Durchsetzungsrichtlinie erheblicher Kritik ausgesetzt. Sie unterlasse nicht nur eine Stärkung der Arbeitnehmerrechte, sondern behindere auch die Mitgliedstaaten, die bessere Rechte und Standards für entsandte Arbeitnehmer durchsetzen wollen.¹⁵⁴

a) Keine Harmonisierung des Arbeitnehmerschutzes

Zwar trifft es zu, dass die Richtlinie die Kernarbeitsbedingungen weiterhin nicht harmonisiert, sondern insofern auf das nationale Recht Bezug nimmt.¹⁵⁵ Zu begrüßen ist aber, dass zumindest die Anforderungen an die Kontrolle und Überwachung der Einhaltung der Mindestar-

beitsbedingungen präzisiert worden sind. Bislang waren die Spielräume der Mitgliedstaaten so weit, dass eine effektive Kontrolle auf unionsrechtlicher Ebene nicht sichergestellt war.

b) Keine Abkehr von der Laval-Rechtsprechung

Ungehört blieb auch die Forderung nach einer Korrektur der EuGH-Rechtsprechung, etwa durch eine Klarstellung, dass die Entsenderichtlinie lediglich einen Mindeststandard etabliere und jedwede Art günstigerer Regelungen, insbesondere auch durch kollektivvertragliche Regelungen nicht tangiere.¹⁵⁶

Die Grundrechtecharta, die in Art. 28 EuGRCh ein Grundrecht auf kollektivarbeitsrechtliche Maßnahmen vermittelt, ist mit dem Vertrag von Lissabon, also erst nach den EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen *Viking* und *Laval* Bestandteil des Primärrechts geworden. Spätestens seitdem steht fest, dass das Streikrecht den Grundfreiheiten nicht untergeordnet ist.¹⁵⁷ Die Durchsetzungsrichtlinie nimmt vor allem administrative Maßnahmen in den Blick und blendet den Einfluss der Gewerkschaften weitgehend aus.¹⁵⁸ Die Sozialpartner werden lediglich zur Kooperation mit den Behörden, zu Dialog und »gegenseitigem Verständnis« aufgefordert;¹⁵⁹ ihre besondere Rolle bei der Sicherung der Arbeitnehmerrechte wird damit zwar angesprochen, findet im Text der Richtlinie aber keinen Niederschlag. Andererseits stellt Art. 1 Abs. 2 RL 2014/67/EU klar, dass die grundrechtlich geschützten kollektivvertraglichen Rechte und Maßnahmen nicht tangiert werden. Eine deutliche Distanzierung

148 Erwägungsgrund 43.

149 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 5; *Schubert/Jerchel* (Fn. 90), S. 46.

150 *Rebhahn* (Fn. 13), RL 96/71/EG Art. 5, Rn. 4.

151 *Deinert* (Fn. 33), § 10, Rn. 30.

152 *Lilie/Wagner* (Fn. 2), S. 162; *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 288.

153 BT-Drs. 18/3520, S. 18. Vgl. auch *Kohte* (Fn. 103), S. 323, der sich vor allem auf die Aspekte des Gesundheitsschutzes entsandter Arbeitnehmer bezieht.

154 *ETUC, Barroso* and MEPs fail to sort out the rights of posted workers, Pressemitteilung vom 16.4.2014, www.etuc.org (17.1.2016).

155 *ETUC* (Fn. 105), S. 14.

156 So *Koberski/Schierle*, RdA 2008, 233, 235; *ETUC* (Fn. 105), S. 22; dies kritisieren auch *Schubert/Jerchel* (Fn. 90), S. 42.

157 *ETUC* (Fn. 50), S. 5; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 469.

158 *Ahlberg/Johansson/Malmberg* (Fn. 13), S. 215.

159 Erwägungsgrund 16.

des Richtliniengebers von der EuGH-Rechtsprechung liegt darin freilich nicht. Es hätte vielmehr einer ausdrücklichen Regelung bedurft, die das Günstigkeitsprinzip der Entsenderichtlinie erweitert.

c) Arbeitsrecht vs. Sozialrecht

Die sozialrechtlichen Voraussetzungen und Folgen der Entsendung bleiben auch in der Durchsetzungsrichtlinie bewusst außen vor.¹⁶⁰ Eine Angleichung des arbeits- und des sozialrechtlichen Entsendebegriffs ist nicht erfolgt, jedoch sind beide Instrumente einander angenähert, indem die Durchsetzungsrichtlinie auf Teile der Entsendedefinition des Sozialrechts Bezug nimmt.

Eine völlige Angleichung ist jedoch auch nicht geboten. Dass beispielsweise das koordinierende Sozialrecht die Maximaldauer der Entsendung klar definiert, ist der eindeutigen Bestimmung des für die soziale Absicherung zuständigen Staates geschuldet. Im Arbeitsrecht würde die Festlegung einer Höchstdauer zwar möglicherweise zu einer eindeutigen Zuordnung des Arbeitnehmers zum Arbeitsmarkt eines bestimmten Mitgliedstaates führen und damit auch Zugang zur Gleichbehandlung bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nach Art. 7 Abs. 1 VO (EU) 492/2011 eröffnen. Indes hat eine weite Fassung des Entsendetatbestands im Arbeitsrecht auch Vorteile, ermöglicht sie doch über die Kernarbeitsbedingungen im Zielstaat hinaus die Anwendung günstigerer Regelungen des Herkunftsstaats, die im Rahmen der VO (EU) 492/2011 nicht vorgesehen ist.

Eine weitere Bezugnahme zwischen arbeits- und Sozialrecht findet sich mit der Entsendebescheinigung A1. Diese kann nunmehr arbeitsrechtliche Wirkung entfalten, zumindest sofern deren Fehlen jetzt als Indiz gegen eine Entsendung iSv. RL 96/71/EG zu werten ist. Im Sozialrecht kommt der Bescheinigung weitergehende Bedeutung zu, ist sie doch gemäß Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 987/2009 verbindlich, d. h. sie muss von den Behörden des Zielstaats anerkannt werden, denen kein eigenes Prüfrecht eingeräumt ist.¹⁶¹ Auch hier wäre eine Angleichung im Arbeitsrecht nicht unbedingt von Vorteil. Denn faktisch eröffnet die Bindungswirkung erhebliches Potenzial, um den Arbeitnehmerschutz zu umgehen, wenn in den Herkunftsstaaten die Voraussetzungen der Entsendung nicht sorgfältig geprüft werden. Dies wird aber wohl im Interesse der Vereinfachung der grenzüberschreitenden Kooperation und des Funktionierens der Sozialrechtskoordination hingenommen.¹⁶² Das koordinierende Sozialrecht

will über Art. 12 VO (EG) 883/2004 lediglich sicherstellen, dass nur ein – aber eben auch mindestens ein – Staat für die soziale Sicherung entsandter Arbeitnehmer zuständig ist¹⁶³ und dass das bisherige Sozialversicherungsstatut während kurzfristiger Arbeitsaufenthalte in anderen Mitgliedstaaten beibehalten wird.¹⁶⁴ Sein Gehalt beschränkt sich auf eine mehrseitige Kollisionsregel und birgt darüber hinaus keine materiell-rechtlich relevanten Regelungen. Die Entsenderichtlinie klärt demgegenüber nicht allein die Frage des anwendbaren Rechts, sondern will sicherstellen, dass entsandte Arbeitnehmer keinen Verlust ihrer arbeitsrechtlichen Standards erleiden oder – falls sie aus einem Staat mit geringen Standards entsandt werden – an den arbeitsrechtlichen Standards des Zielstaates partizipieren können. Mittelbar wird damit auch die Wettbewerbsfähigkeit der am Markt des Zielstaats agierenden Unternehmen geschützt wie auch die Interessen der dort regulär beschäftigten Arbeitnehmer, die keine Gefährdung ihrer Arbeitsplätze durch »billige Konkurrenz« Entsandter zu befürchten haben.

Während die Voraussetzungen für die Beibehaltung des Sozialversicherungsstatus eng definiert sind, die Reichweite des Entsendebegriffs hier also limitiert ist, kann der dem Schutz des Arbeitnehmers dienende Wechsel des arbeitsrechtlichen Statuts bezüglich der Mindestarbeitsbedingungen in einer weitaus größeren Zahl von Fällen eintreten. Die aus den Unterschieden im sozialen Sicherungsniveau resultierenden Wettbewerbsvorteile bleiben dabei bestehen.

V. Fazit

Europarecht war und ist von der Annahme getragen, dass das Wirken des freien Marktes gleichsam automatisch eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen bewirken werde, Art. 151 Abs. 3 AEUV. Im Falle der Entsendung hat sich diese Annahme nicht bestätigt. Dass privatautonome Akteure rechtliche Vorgaben nutzen, um ihre Inte-

160 Erwägungsgrund 13.

161 EuGH, 10.2.2000 – C-202/97 – Slg. 2000, I-883 (*Fitzwilliam*), Rn. 52; EuGH, 30.03.2000 – C-178/97 – Slg. 2000, I-200 (*Banks*), Rn. 40; EuGH, 26.1.2006 – C-2/05, Slg. 2006, I-1081 (*Herbosch Kiere*).

162 *Steinmeyer*, Fn. 60, Rn. 18; zur Problematik auch *Cornelissen*, RdA 1996, 229, 338.

163 Ausführlich zu den Vorgaben des europäischen koordinierenden Sozialrechts *Kruse*, Entsendung von Arbeitnehmern und grenzüberschreitende Tätigkeit Selbständiger nach der VO (EG) Nr. 883/2004, Hamburg 2015.

164 *Schoukens/Pieters* (Fn. 61), S. 148; *Eichenhofer* (Fn. 57), Rn. 149.

ressen auf dem freien Markt durchzusetzen, ist zwar nicht per se zu kritisieren. Bedenklich wird eine solche Praxis aber dann, wenn sie die Position der ohnehin Schwachen gezielt weiter schwächen soll.

Der Durchsetzungsrichtlinie kommt eher symbolische Wirkung zu, eine erhebliche Stärkung der Rechte entsandter Arbeitnehmer geht mit ihr nicht einher. Der Richtliniengeber hat deutlich gemacht, dass der Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie auf originäre Entsendetatbestände zurückgeführt werden soll. Die Vorgaben zur Verwaltungskooperation, Durchsetzung der Arbeitnehmerrechte sowie zur Sanktionierung von Verstößen sind jedoch recht vage formuliert und zudem am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Es steht daher zu befürchten, dass den wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeber im Rahmen ihrer Dienstleistungsfreiheit im Einzelfall weiterhin Vorrang vor den sozialen Interessen der Arbeitnehmer eingeräumt wird. Diesen hätte es eher entsprochen, wenn die einschränkende Auslegung des Art. 3 RL 96/71/EG aufgegeben worden wäre, sodass die Entsenderichtlinie auf die Funktion eines Mindestsicherungsniveaus zurückgeführt würde, das in den Zielstaaten – sei es durch den Gesetzgeber, sei es durch die Sozialpartner – uneingeschränkt günstiger ausgestaltet werden kann. Eigentliches Ziel einer Entsenderegelung muss sein, Ungleichbehandlungen zwischen einheimischen und

entsandten Arbeitnehmern zu vermeiden. Gleiche Arbeitsbedingungen für alle Arbeitnehmer garantieren nicht zuletzt einen fairen Wettbewerb zwischen einheimischen und in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen.¹⁶⁵ Eine Abkehr vom Herkunftslandprinzip wäre nicht als Protektionismus¹⁶⁶ zu verstehen. Die Etablierung sozial – und arbeitsrechtlicher Mindeststandards würde den Markt nur gegenüber solchen Konkurrenten abschotten, die sich diese nicht leisten wollen. Rechtsnormen, die nach einem Ausgleich zwischen den legitimen Interessen des freien Marktes und denen der Arbeitnehmer suchen, dürfen nicht zum Unterlaufen der Arbeitnehmerschutzstandards durch Scheingründungen und Briefkastenfirmen einladen.¹⁶⁷ Dazu fehlte es aber offenbar am gemeinsamen politischen Willen.

¹⁶⁵ *Countouris/Engblom* (Fn. 17), S. 289 f.; im Ergebnis auch *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 628; *Klump*, NJW 2008, 3473, 3476.

¹⁶⁶ So aber *Bayreuther*, NZA 2008, 626, 629; *Fuchs/Marhold* (Fn. 2), S. 546. Vgl. auch *Krebber*, IPrax 2001, 22, 23, der das Anliegen des Arbeitnehmerschutzes für »vorgeschoben« hält und in der Entsenderichtlinie vielmehr ein Mittel zur Neutralisierung »komparativer Wettbewerbsvorteile« sieht. AA. *Deinert*, RdA 1996, 339, 349.

¹⁶⁷ Allgemein zum Dilemma zwischen »protection and protectionism« *Countouris/Engblom*, UCL Labour Rights Institute Working Papers 01/2015.

Der gesetzliche Mindestlohn – Reichweite, Durchsetzung und Auswirkungen¹

Daniel Hlava, LL.M., Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt am Main

I. Einleitung

Selten wurde und wird über ein Gesetz so kontrovers diskutiert wie über das Mindestlohngesetz (MiLoG), welches am 1. Januar 2015 in Kraft trat. Zumindest über das Grundanliegen des Gesetzes, Arbeitnehmer mittels eines branchenübergreifenden Mindestlohns vor unangemessen niedrigen Löhnen zu schützen², scheint inzwischen weitgehend Einigkeit zu bestehen. Gleichwohl bietet die inhaltliche Ausgestaltung im juristischen und gesellschaftlichen Diskurs weiterhin

ausreichend Kontroversen. Dies zeigt auch die Fülle an Publikationen zu Detailfragen des MiLoG, die bislang erschienen sind. Der gesetzliche Anspruch auf den Mindestlohn und

¹ Der Beitrag greift Gedanken auf und führt sie weiter, die vom Autor auf der 5. Assistententagung im Arbeitsrecht im Juli 2015 an der Ruhr-Universität Bochum vorgetragen wurden und unter dem Titel »Anspruch und Wirklichkeit des gesetzlichen Mindestlohns« im Tagungsband von *Husemann/Wietfeld* (Hrsg.), *Zwischen Theorie und Praxis – Herausforderungen des Arbeitsrechts – Dokumentation der 5. Assistententagung im Arbeitsrecht vom 16.–17.07.2015* (Nomos-Verlag, 2015), zur Diskussion gestellt worden sind.

² BT-Drs. 18/1558, S. 2.

damit zusammenhängende Rechte und Pflichten scheinen somit weniger eindeutig und klar geregelt zu sein, wie es ein allgemeiner und flächendeckender Mindest-Anspruch³ auf ein Entgelt iHv. 8,50 Euro je Stunde vermuten lassen würden.

Nachfolgend wird daher zunächst der Blick darauf gerichtet, wie dieser Anspruch rechtlich ausgestaltet ist. Anschließend werden die Instrumente dargestellt, die zur Durchsetzung des MiLoG eingesetzt werden können, mit-hin der Erfüllung des Anspruchs dienen. Den Schwerpunkt bildet die Unternehmerhaftung nach § 13 MiLoG. Sodann wird eine Einschätzung vorgenommen, wie sich das MiLoG bislang in der Praxis bewährt hat. Hierbei wird der Frage nachgegangen, ob sich seine erhofften und befürchteten Effekte bewahrheitet haben.

II. Anspruch auf den Mindestlohn

1. Anspruchsgrundlage

Mit § 1 Abs. 1 MiLoG wurde grundsätzlich für jeden Arbeitnehmer ein Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts geschaffen, das mindestens den Mindestlohn von derzeit 8,50 Euro je Zeitstunde (§ 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG) umfasst. Hiermit korrespondiert die Verpflichtung des Arbeitgebers in § 20 MiLoG, diesen Mindestlohn bis zum Eintritt der Fälligkeit zu bezahlen. Der Gesetzgeber sieht in § 1 Abs. 1 MiLoG »die zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für den Mindestlohn«⁴. Ebenso wird in der überwiegenden Literatur diese Norm als Anspruchsgrundlage der Arbeitnehmer gegen ihre Arbeitgeber gesehen.⁵ § 1 Abs. 1 MiLoG solle damit einen eigenständigen zivilrechtlichen Anspruch statuieren.⁶ Doch bereits die Frage der Anspruchsgrundlage für den Mindestlohn ist nicht unumstritten. So wenden insbesondere *Waltermann* und *Boemke* dagegen ein, dass diese vielmehr in § 611 Abs. 1 BGB zu finden sei.⁷ § 1 Abs. 1 und Abs. 2 MiLoG bestimme (lediglich), dass der vertragliche Entgeltanspruch zumindest in Höhe des Mindestlohns bestehe, also kraft Gesetzes in einem Arbeitsverhältnis stets der Mindestlohn als vertragliches Mindestentgelt geschuldet werde.⁸

Für die Ansicht, dass die §§ 1 Abs. 1, 20 MiLoG gerade keine eigenständige Anspruchsgrundlage schaffen, spricht zunächst, dass sie nur dann Relevanz haben, wenn dem Grunde nach ein Anspruch auf Arbeitsentgelt besteht, also ein Arbeitsverhältnis mit den gegenseitigen Rechten und Pflichten nach § 611 Abs. 1 BGB vorliegt, für das sie nur eine Min-

destlohnhöhe vorgeben.⁹ Dies trifft in der Grundaussage zu. Die §§ 1 Abs. 1, 20 MiLoG nennen ausdrücklich den Arbeitnehmer als Adressaten des Anspruchs und den Arbeitgeber als Verpflichteten. Nach allgemeiner Definition ist jemand als Arbeitnehmer anzusehen, der iSv. § 611 Abs. 1 BGB »aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zu fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist«¹⁰. Es braucht daher eine vertragliche Regelung nach § 611 BGB, um die Arbeitnehmereigenschaft überhaupt erst begründen zu können. Der Mindestlohnanspruch kann daher kaum losgelöst vom allgemeinen Entgeltanspruch nach § 611 Abs. 1 BGB gesehen werden. Der Mindestlohn nach dem MiLoG müsste daher in einen systematischen Zusammenhang mit § 611 BGB als Grundnorm des Arbeitsvertragsrechts gebracht werden. Eine Parallelstruktur wäre hier nicht zweckdienlich und systemfremd.

Würde das MiLoG als eigenständige Anspruchsgrundlage aus dem Arbeitsvertragsrecht ausgeklammert, also quasi ein neues eigenständiges Rechtssystem geschaffen, würde dies auch einige Folgeprobleme mit sich bringen, wie sie zur Frage diskutiert werden, inwieweit der Mindestlohnanspruch auch für Zeiten der Nichtarbeit zu leisten ist. Das MiLoG selbst trifft keine Aussagen dazu.¹¹ Aus Gründen der Rechtssicherheit und der wirksamen Durchsetzung der gesetzgeberischen Ziele liegt daher eine Anknüpfung an § 611 Abs. 1 BGB nahe. Das Ziel, den Arbeitnehmer bei der Erzielung existenzsichernder Löhne zu unterstützen, damit er den Lebensunterhalt für sich und seine Familie bestreiten kann,¹² wird damit am einfachsten erreicht.

3 BT-Drs. 18/1558, S. 2.

4 BT-Drs. 18/1558, S. 34.

5 Vgl. nur *Lakies*, Basiskommentar zum MiLoG, Frankfurt am Main 2015, § 1 Rn. 1; *Franzen*, in: Müller-Glögge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl., München 2015, MiLoG § 1 Rn. 2; *Schubert*, in: Düwell/Schubert (Hrsg.), Mindestlohngesetz Handkommentar, Baden-Baden 2015 (zit.: HK-MiLoG/Bearbeiter), § 20 Rn. 8.

6 *Viethen*, NZA-Beilage 4/2014, 143, 145; sowie *Schubert/Jerchel/Düwell*, Das neue Mindestlohngesetz, Baden-Baden 2015, Rn. 21, die zudem § 20 MiLoG als Teil der Anspruchsgrundlage sehen.

7 *Waltermann*, AuR 2015, 166, 169; *Boemke*, JuS 2015, 385, 387.

8 *Waltermann*, AuR 2015, 166, 169.

9 *Boemke*, JuS 2015, 385, 387.

10 BAG, 3.6.1975 – 1 ABR 98/74 – BAGE 27, 163; S. auch BAG, 15.3.1978 – 5 AZR 819/76 – BAGE 30, 163; BAG, 31.7.2002 – 7 AZR 181/01 – DB 2003, 96; *ErfK/Preis* (Fn. 5), BGB § 611 Rn. 35.

11 Kritisch *Beppler/Hanau*, Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 143 f; *Düwell*, Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 73.

12 BT-Drs. 18/1558, S. 2; *Fischer-Lescano/Preis/Ulber*, Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohns, Baden-Baden 2015, S. 89.

Die §§ 1 Abs. 1, 20 MiLoG stellen demnach eine Untergrenze für die Vergütung dar, die zulässig vereinbart werden kann.¹³ § 3 MiLoG enthält insofern ein gesetzliches Verbot iSv. § 134 BGB.¹⁴ Wird also einzelvertraglich nach § 611 BGB ein Entgelt vereinbart, das unter dem Mindestlohn liegt, ist diese Vergütungsvereinbarung insoweit unwirksam. Damit kann ein Entgeltanspruch nach § 611 Abs. 1 BGB nicht mehr unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns von derzeit 8,50 Euro liegen. Dies gilt grundsätzlich für jeden Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 MiLoG)¹⁵. Verpflichtet sind nach § 20 MiLoG in- und ausländische Arbeitgeber, den Mindestlohn für im Inland beschäftigte Arbeitnehmer zu zahlen.

Damit würde sich die Frage, ob der Mindestlohn auch für Zeiten der Nichtarbeit (z. B. aufgrund von Urlaub, Feiertagen, Krankheit oder Mutterschutz) zu zahlen ist, ebenso nach dem Bestehen des Vergütungsanspruchs nach § 611 BGB richten. In dieser Auslegung kommen die gleichen gesetzlichen Regelungen zur Anwendung wie für das »gewöhnliche« Arbeitsentgelt: § 11 BUrlG, §§ 2 u. 3 EFZG sowie §§ 615 (Annahmeverzug des Arbeitgebers) und 616 BGB (Verhinderung des Arbeitnehmers).¹⁶ Immer dann, wenn die jeweilige Rechtsordnung für Zeiten der Nichtarbeit gleichwohl eine Weiterzahlung der vertraglichen Vergütung vorsieht, muss auch der Mindestlohn als Bestandteil dieser Vergütung berücksichtigt werden.

Der Mindestlohn ist je Zeitstunde (§ 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG) zu zahlen. Da nicht nach der zeitlichen Inanspruchnahme differenziert wird, ist auch für den Bereitschaftsdienst der volle Mindestlohn zu gewähren, während für die Rufbereitschaft kein Mindestlohn anfällt.¹⁷ Ebenso kann auch keine Kürzung erfolgen, wenn ein Arbeitnehmer die »Normalleistung« nicht erreicht.¹⁸

Umstritten ist ferner, welche Leistungen auf den Mindestlohn angerechnet werden können, worauf hier jedoch nicht näher einzugehen ist.¹⁹

2. Fälligkeit

Die Fälligkeit des Mindestlohns richtet sich gem. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MiLoG grundsätzlich danach, was tarif- oder einzelvertraglich geregelt wurde. Sofern keine Vereinbarung existiert, greift § 614 BGB. Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, ist sie nach deren Ablauf zu entrichten (§ 614 S. 2 BGB). Eine monatliche Vergütung wird somit regelmäßig am ersten Tag des Folgemonats der erbrachten

Arbeitsleistung fällig,²⁰ eine wochenweise vereinbarte Vergütung am ersten Tag der Folgeweche usw.

Der Fälligkeitszeitpunkt kann jedoch nicht nach Belieben ausgedehnt werden. Hier setzt § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MiLoG eine Grenze, wonach der Mindestlohn spätestens am letzten Bankarbeitstag des Folgemonats zu zahlen ist. Zu beachten ist, dass es sich einheitlich um den letzten Bankarbeitstag in Frankfurt am Main handelt und hier insofern auch die hessischen Feiertagsregelungen zu berücksichtigen sind.

Die zeitliche Fälligkeitsschwelle im MiLoG dürfte jedoch nur geringe praktische Bedeutung haben, da aufgrund von § 308 Nr. 1 BGB unangemessen lange oder unzureichend bestimmte Zahlungsfristen in Formulararbeitsverträgen unwirksam sind.²¹ Aus diesem Grund werden teilweise Zahlungsfristen in einem Arbeitsverhältnis, die später als der 15. des Folgemonats festgelegt sind, bereits als unzulässig angesehen.²² Ferner sind nach der Einführung von § 308 Nr. 1a BGB solche AGB-Klauseln im Zweifel unwirksam, in denen sich der Arbeitgeber als Verwender der Arbeitsleistung eine Zeit von mehr als 30 Tagen für die Entgeltzahlung lässt.²³ § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MiLoG stellt für die Frage der Fälligkeit von Vergütungen auch keine arbeitsrechtliche Besonderheit iSv. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB dar, die bei der Anwendung des AGB-Rechts angemessen berücksichtigt werden müsste. Die Norm ist im Zusammenhang mit der Unabdingbarkeit und Wirksamkeit des Mindestlohns zu sehen, die weitgehend leerlaufen würde, wenn sich der Fälligkeitszeitpunkt beliebig in die Zukunft verlagern ließe. Das MiLoG gilt nur für den Teil des Arbeitsentgelts iHd. Mindestlohns und kann insofern kein darüber hinausgehendes Leitbild für einen allgemein ange-

13 Boemke, JuS 2015, 385, 388.

14 Ebenso Lakies (Fn. 5), § 3 Rn. 5.

15 Zu den dennoch bestehenden Ausnahmen S. unten II.4.

16 Zutr. Waltermann, AuR 2015, 166, 170.

17 Lakies, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), Arbeitsrecht, Frankfurt 2015, § 9 Rn. 72 f; HK-MiLoG/Düwell (Fn. 5), § 1 Rn. 32 ff.; Schaub/Vogelsang, ArbR-HdB § 66 Rn. 23.

18 Kocher, AuR, 173, 174.

19 Hierzu ua. HK-MiLoG/Düwell (Fn. 5), § 1 Rn. 40 ff.

20 BAG, 3.8.2005 – 10 AZR 559/04 – ZTR 2006, 81.

21 Lakies (Fn. 5), § 2 Rn. 3.

22 LAG Berlin-Brandenburg, 13.9.2013 – 6 Sa 182/13 – juris; Lakies (Fn. 5), § 2 Rn. 3.

23 Lembke, NZA 2015, 70, 76; S. auch HK-MiLoG/Kloppenburger (Fn. 5), § 2 Rn. 12.

messen Fälligkeitszeitpunkt aufstellen. Zudem greift § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MiLoG nur subsidiär ein, wenn eben kein – oftmals nach AGB- oder tarifvertragsrechtlichen Grundsätzen begrenzter – Fälligkeitszeitpunkt vereinbart wurde. Er trifft insofern auch keine Aussage über die Angemessenheit einer Zahlungsfrist iSv. § 308 Abs. 1 Nr. 1 BGB, sondern legt fest, bis wann die Zahlung des Mindestlohns längstens noch zulässig ist.

Schließlich bestehen Sonderregelungen für Arbeitszeitkonten, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen wird.²⁴

3. Unabdingbarkeit

Der Mindestlohn würde seine Wirkungen verfehlen, wenn er dispositiv ausgestaltet wäre. § 3 S. 1 MiLoG regelt daher in aller Deutlichkeit, dass jegliche Vereinbarungen, die den Mindestlohn einschränken oder ausschließen könnten, insoweit unwirksam sind. Gleiches gilt für seine Geltendmachung. Diese wäre z.B. dann eingeschränkt, wenn arbeitsvertragliche Inhalte die Ermittlung des geschuldeten Entgelts erschweren würden bzw. komplizierte Umrechnungen notwendig wären, um den Mindestlohn zu ermitteln.²⁵ Ebenso kann auf den Mindestlohn (außer durch gerichtlichen Vergleich) nicht verzichtet werden. Dieser Zusatz in § 3 S. 2 MiLoG ist § 4 Abs. 4 S. 1 TVG nachempfunden, da die Gefahr gesehen wurde, dass es aufgrund der Asymmetrien im Arbeitsverhältnis anderenfalls schnell zu Verzichtserklärungen kommen könnte.²⁶ Ferner ist die Verwirkung des Mindestlohns ausgeschlossen (§ 3 S. 3 MiLoG), sodass sich in der Praxis komplizierte Prüfungen zu den Zeit- und Umstandsmomenten einer möglichen Verwirkung erübrigen.²⁷

Die Unabdingbarkeit des Mindestlohns ist nicht auf den Niedriglohnbereich beschränkt. Ebenso Arbeitnehmer, die ein Entgelt oberhalb des Mindestlohns erzielen, haben einen unabdingbaren Sockelanspruch in Höhe des Mindestlohns, was insbesondere mit Blick auf arbeits- oder tarifvertragliche Ausschlussfristen relevant ist.²⁸ Solche Ausschlussfristen haben für den Teil des Arbeitsentgelts, der 8,50 Euro umfasst, keine Gültigkeit mehr.²⁹ Darüber hinausgehendes Entgelt unterliegt jedoch weiterhin etwaigen Ausschlussfristen. Da der Mindestlohn nicht abbedungen werden kann, verjährt er erst nach Ablauf der allgemeinen Verjährungsfristen in den §§ 195, 199 ff. BGB.³⁰

§ 3 MiLoG findet jedoch keine Anwendung, wenn ein Branchentarifvertrag einen Mindestlohn vorsieht, der über dem gesetzlichen Mindestlohn liegt (näher unten II.4.b). (2)). Umstritten ist, ob auch die Tarifverträge repräsentativer Tarifvertragsparteien während der Übergangszeit nach § 24 Abs. 1 MiLoG Vorrang gegenüber dem MiLoG haben (s. unten II.4.b).(1)).³¹ Der Wortlaut in der Übergangsregelung spricht hier nur von abweichenden tarifvertraglichen Regelungen, die dem »Mindestlohn« vorgehen, während § 1 Abs. 3 MiLoG deutlicher auf den Vorrang gegenüber dem MiLoG als Gesetz abstellt. Der Wortlaut würde daher eher nahe legen, dass nur der Mindestlohn gegenüber den Tarifverträgen subsidiär ist und die weiteren Bestimmungen des MiLoG unberührt bleiben.³² Es erscheint jedoch fraglich, ob die begriffliche Begrenzung auf den »Mindestlohn« zu diesem Ergebnis führt. So könnte hiergegen eingewandt werden, dass § 3 MiLoG eng mit dem Mindestlohnanspruch zusammenhängt und auch in den Tatbestandsvoraussetzungen auf ihn Bezug nimmt. Haben nun Regelungen Vorrang gegenüber dem gesetzlichen Mindestlohn, könnte dies somit auch gegen die Anwendbarkeit der ihn in Bezug nehmenden Normen wie § 3 MiLoG sprechen.³³ Eindeutiger ist dagegen die Formulierung in § 24 Abs. 2 MiLoG, der eine schrittweise Einführung des Mindestlohns für Zeitungszusteller vorsieht. Der Norm ist deutlich zu entnehmen, dass sich die Ausnahme für Zeitungszusteller nur auf die Höhe des Mindestlohns richtet. Die Unabdingbarkeit nach § 3 MiLoG wird hierdurch nicht tangiert.³⁴

24 Vgl. hierzu *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 869 f.; *ErfK/Franzen* (Fn. 5), MiLoG § 2 Rn. 4.

25 Zutr. *HK-MiLoG/Trümmer* (Fn. 5), § 3 Rn. 13.

26 Vgl. *BT-Drs. 18/2010(neu)*, S. 22; *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1927 f.

27 So bei BAG, 17.10.2013 – 8 AZR 974/12 – NJW 2014, 2461; S. auch *Schubert/Jerchel/Düwell* (Fn. 6), Rn. 109.

28 Näher *Preis/Ulber*, Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz – Der Mindestlohn als unabdingbarer Sockelanspruch, HSI-Schriftenreihe Bd. 12, Frankfurt 2014, S. 36, 44 ff.; S. auch *Däubler*, NJW 2014, 1924, 1928; ferner *Viethen*, NZA-Beilage 4/2014, 143, 145.

29 Ausf. *Preis/Ulber* (Fn. 28), S. 46, 57; eine geltungserhaltende Reduktion für Altverträge dürfte ausscheiden, vgl. hierzu *Schaub/Vogelsang*, *ArbR-HdB* § 66 Rn. 47.

30 Vgl. *Lakies* (Fn. 5), § 3 Rn. 48 ff.

31 Bejahend *Preis/Ulber* (Fn. 28), S. 39; ablehnend *Schubert/Jerchel/Düwell* (Fn. 6), Rn. 108 und *HK-MiLoG/Trümmer* (Fn. 5), § 3 Rn. 43.

32 *Schubert/Jerchel/Düwell* (Fn. 6), Rn. 108.

33 Im Ergebnis ebenso *Preis/Ulber* (Fn. 28), S. 40 f.; ferner *Schaub/Vogelsang*, *ArbR-HdB* § 66 Rn. 46.

34 *HK-MiLoG/Trümmer* (Fn. 5), § 3 Rn. 44.

4. Allgemeiner Mindestlohn mit Ausnahmen

Während § 1 Abs. 1 MiLoG davon spricht, dass »jeder Arbeitnehmer« einen Anspruch auf den Mindestlohn hat und der Gesetzgeber einen flächendeckenden angemessenen Lohn vor Augen hatte,³⁵ zeigt sich die rechtliche Ausgestaltung zurückhaltender. So sieht das MiLoG selbst verschiedene Ausnahmen von diesem Grundsatz vor.

a) Ausgenommene Personengruppen

Welche Personengruppen vom Anwendungsbereich des MiLoG ausgeschlossen sind, ergibt sich aus § 22 MiLoG sowie übergangsweise für eine weitere Gruppe aus § 24 Abs. 2 MiLoG.

(1) Praktikanten

Bei einem (echten) Praktikumsverhältnis handelt es sich bereits per se um kein Arbeitsverhältnis. Da Praktikanten somit bereits nicht vom Arbeitnehmerbegriff erfasst werden, findet das MiLoG auf sie zunächst auch keine Anwendung (§ 22 Abs. 1 S. 1 MiLoG). Der Gesetzgeber erkannte jedoch die Gefahr, dass formal als »Praktikum« deklarierte Beschäftigungen in Wirklichkeit als verdeckte Arbeitsverhältnisse gelebt werden könnten, es sich also um »Scheinpraktika« handelt. Um den Missbrauch des an sich sinnvollen Instruments des Praktikums zu begrenzen,³⁶ hat er daher in § 22 Abs. 1 S. 2 MiLoG die gesetzliche Fiktion aufgenommen, dass Praktikanten³⁷ iSd. § 26 BBiG³⁸ grundsätzlich als Arbeitnehmer gelten, sofern es sich nicht um ein Praktikum nach den Nrn. 1–4 handelt.

Vom Anwendungsbereich des MiLoG sind hiernach Pflichtpraktika ausgenommen, die im Rahmen einer Ausbildung (auch Hoch-/Schulausbildung) durchgeführt werden (Nr. 1), sowie Orientierungspraktika bis zu drei Monaten (Nr. 2) und erstmalige freiwillige ausbildungsbegleitende Praktika ebenfalls bis zu drei Monaten (Nr. 3). Außerdem sind Personen ausgenommen, die an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a SGB III oder einer Berufsausbildungsvorbereitung nach §§ 68–70 BBiG teilnehmen (Nr. 4).³⁹

(2) Minderjährige ohne Berufsausbildung

Eine weitere Ausnahme vom Mindestlohn ergibt sich aus § 22 Abs. 2 MiLoG. Nach dieser etwas unglücklich for-

mulierten Norm gelten Personen iSv. § 2 Abs. 1 u. 2 ArbSchG – demnach Kinder und Jugendliche (wobei eine Beschäftigung nach § 5 Abs. 3 ArbSchG erst ab 13 Jahren erlaubt ist) –, die noch keine Berufsausbildung abgeschlossen haben, nicht als Arbeitnehmer iSd. MiLoG. Auch wenn die jungen Menschen Arbeitnehmer sind, findet das MiLoG somit keine Anwendung. Diese Norm soll nach der Zielsetzung des Gesetzgebers der »nachhaltigen Integration junger Menschen auf den Arbeitsmarkt [dienen]«⁴⁰. Es wurde nämlich befürchtet, dass der Mindestlohn Fehlanreize setzen könnte, indem zugunsten einer Beschäftigung mit Mindestlohnvergütung auf die Aufnahme einer schlechter bezahlten Ausbildung verzichtet wird.⁴¹

Die ökonomische Zielführung sowie die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit dieser Ausnahme werden vielfach in Zweifel gezogen.⁴² So lag im Jahr 2013 das Durchschnittsalter für den Einstieg in eine Berufsausbildung erst bei 20,1 Jahre.⁴³ Zudem trifft die Ausnahme vom Mindestlohn auch Personen, die aufgrund einer Schulausbildung dem Ausbildungsmarkt gar nicht zur Verfügung stehen oder die sich bereits in einer laufenden Ausbildung befinden und lediglich einer Nebentätigkeit nachgehen.⁴⁴ In Anbetracht dessen, dass im Jahr 2012 unter den 15–19 Jährigen mehr als 90 % Schüler, Studenten oder Auszubildende waren,⁴⁵ dürfte gerade dieser Gruppe für Nebenjobs eine Vergütung unter dem Mindestlohn angeboten werden.⁴⁶ *Waltermann* spricht in diesem Zusammenhang von

35 BT-Drs. 18/1558, S. 2.

36 BT-Drs. 18/1558, S. 42.

37 Zur Legaldefinition des Praktikantenbegriffs vgl. § 22 Abs. 1 S. 3 MiLoG.

38 Zum Verhältnis zwischen MiLoG und BBiG, vgl. *Sagan/Witschen*, jM 2014, 372, 378 f.

39 Näher *Ulber*, in: *Fütterer/Pöppers/Stiebert/Traut* (Hrsg.), *Arbeitsrecht – für wen und wofür?*, Dokumentation der 4. Assistententagung im Arbeitsrecht, Baden-Baden 2015, S. 159, 160 ff.

40 BT-Drs. 18/1558, S. 42.

41 Vgl. BT-Drs. 18/1558, S. 42 f.

42 S. nur das Gutachten von *Fischer-Lescano/Preis/Ulber* (Fn. 12), S. 188 ff.; sowie *Waltermann*, AuR 2015, 166, 172; *Brors*, NZA 2014, 938, 941 f.

43 Bundesinstitut für Berufsbildung, Datenreport zum Berufsbildungsbericht 2015, S. 164, unter https://www.bibb.de/dokumente/pdf/bibb_datenreport_2015.pdf (12.1.2016).

44 *Fischer-Lescano/Preis/Ulber* (Fn. 12), S. 189; kritisch auch *Riechert/Nimmerjahn*, MiLoG, München 2015, § 22 Rn. 110 f.

45 *Amlinger/Bispinck/Schulten*, *Jugend ohne Mindestlohn?*, WSI-Report 14.3.2014, S. 7.

46 *Waltermann*, AuR 2015, 166, 172; *Fischer-Lescano/Preis/Ulber* (Fn. 12), S. 189.

»Mini-Mini-Jobs«⁴⁷. Das hat zudem zur Folge, dass sich die Wettbewerbsfähigkeit von volljährigen Arbeitnehmern in einigen Niedriglohnbereichen gegenüber minderjährigen Arbeitnehmern verschlechtert.⁴⁸ Im Übrigen umfasst die Ausnahme nicht nur die Zahlung des Mindestlohns, sondern führt ebenso dazu, dass Jugendliche auch von den weiteren Schutzmechanismen des MiLoG (Unabdingbarkeit, Fälligkeit, Unternehmerhaftung) nicht profitieren können. Unter Berücksichtigung dieser Argumente und insbesondere der Tatsache, dass sich der weitaus größte Teil der minderjährigen Arbeitnehmer nicht in einer Situation befindet, in der die Zahlung des Mindestlohns zu Fehlentscheidungen bei der Aufnahme einer Ausbildung führen könnte, kann die Ausnahme nicht als verfassungs- und europarechtskonform angesehen werden. Die mit § 22 Abs. 2 MiLoG einhergehende Ungleichbehandlung wegen des Alters lässt sich durch den Regelungszweck nicht rechtfertigen.

(3) Auszubildende

Nach § 22 Abs. 3 Alt. 1 MiLoG muss Auszubildenden kein Mindestlohn gezahlt werden. Gleichwohl haben sie zumindest Anspruch auf eine angemessene Vergütung gem. § 17 BBiG. Ferner sind die Fälligkeitsregelungen des § 18 Abs. 2 BBiG auf sie anzuwenden. Ebenso sind dual Studierende im Rahmen ihres Erststudiums nicht vom MiLoG erfasst. Je nach Ausgestaltung des dualen Studiums kann dieser Ausschluss auf § 22 Abs. 3, § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 oder § 22 Abs. 1 S. 3 MiLoG beruhen.⁴⁹

(4) Ehrenamtliche

Ferner sind nach § 22 Abs. 3 Alt. 2 MiLoG ehrenamtlich Tätige vom Anwendungsbereich des MiLoG ausgenommen. Dies dient lediglich der Klarstellung, da eine unentgeltliche ehrenamtliche Tätigkeit ohnehin kein Arbeitsverhältnis begründet.⁵⁰ Der Gesetzgeber geht vom Vorliegen einer ehrenamtlichen Tätigkeit aus, »wenn sie nicht von der Erwartung einer adäquaten finanziellen Gegenleistung, sondern von dem Willen geprägt sei, sich für das Gemeinwohl einzusetzen«⁵¹.

Welche Bedeutung dies für Amateursportler hat, wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren diskutiert. Diese sollten jedenfalls nicht als Arbeitnehmer anzusehen sein, wenn die ehrenamtliche sportliche Betätigung im Vordergrund steht.⁵²

Um den Sportvereinen einen handhabbaren Umgang mit dem MiLoG zu ermöglichen, hatte die Arbeitsministerin *Andrea Nahles* im Februar 2015 sodann »klargestellt«, dass Vertragsamateuren grundsätzlich auch dann kein Mindestlohn bezahlt werden müsse, wenn diese als geringfügig Beschäftigte eine geringe Vergütung für ihre Spieltätigkeit erhalten.⁵³ Hier muss jedoch differenziert werden. Soweit es sich um »echte« Amateursportler handelt, die ehrenamtlich tätig sind, werden sie grundsätzlich nicht vom MiLoG erfasst. Die Gewährung einer finanziellen Aufwandsentschädigung steht dem nicht entgegen.⁵⁴ Wenn ein formal als Amateursportler geltender Spieler jedoch für seine Spieltätigkeit eine – wenn auch nur geringe – Vergütung erhält, worauf ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis zunächst auch hindeuten kann, könnte es sich tatsächlich um einen Arbeitnehmer handeln. Um Missbrauchsmöglichkeiten zu vermeiden, ist der Ausnahmetatbestand in § 22 Abs. 3 Alt. 2 MiLoG eng auszulegen.⁵⁵ Die »Klarstellung« der Arbeitsministerin vermag hieran nichts zu ändern. Ein pauschaler Ausschluss der Arbeitnehmereigenschaft geringfügig beschäftigter Amateursportler ist jedenfalls nicht möglich.

(5) Langzeitarbeitslose

Um den Wiedereinstieg von Langzeitarbeitslosen in das Arbeitsleben zu fördern,⁵⁶ wird diese Gruppe für das erste halbe Jahr der unmittelbar⁵⁷ an die Arbeitslosigkeit anschließenden Beschäftigung ebenfalls vom Mindestlohnanspruch ausgenommen (§ 22 Abs. 4 S. 1 MiLoG). Langzeitarbeitslosigkeit liegt nach § 18 Abs. 1 SGB III bereits vor, sobald jemand mindestens ein Jahr arbeitslos ist. Hiervon waren im Mai 2015 rund 1,04 Mio. Menschen betroffen, was einem Anteil von 37,7% aller Arbeitslosen in Deutschland ent-

47 *Waltermann*, AuR 2015, 166, 172.

48 Ebenso *Fischer-Lescano/Preis/Ulber* (Fn. 12), S. 190.

49 Näher *Koch-Rust/Kolb/Rosentreter*, NZA 2015, 402 ff.

50 BAG, 29.8.2012 – 10 AZR 499/11 – BAGE 143, 77.

51 BT-Drs. 18/2010, S. 15.

52 BT-Drs. 18/2010, S. 15.

53 s. hierzu BMAS, Zukunft der Vertragsamateure im Sport gesichert, unter <http://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2015/zukunft-vertragsamateure-gesichert.html> (12.1.2016).

54 Insoweit zutr. *Greiner*, NZA 2015, 285 f.

55 *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 872.

56 BT-Drs. 18/1558, S. 43.

57 Hierzu HK-MiLoG/*Schubert/Jerchel* (Fn. 5), § 22 Rn. 66.

spricht.⁵⁸ Damit sind von der Ausnahme weit mehr Menschen umfasst, als noch ursprünglich im Referentenentwurf vorgesehen war. Hiernach sollten nämlich nur Langzeitarbeitslose vom MiLoG ausgeschlossen werden, die durch Eingliederungszuschüsse nach dem SGB II, III oder IX gefördert werden, was den Anwendungsbereich der Regelung deutlich reduziert hätte.⁵⁹

An der Regelung wird u. a. kritisiert, dass sie – wie bei der Leiharbeit – missbrauchsanfällig sei, da die zeitlich begrenzte Ausnahme pauschal und unabhängig davon greife, ob es sich um ein unbefristetes oder lediglich um ein befristetes Arbeitsverhältnis handelt.⁶⁰ Dies birgt die Gefahr, dass ein Langzeitarbeitsloser nach Ablauf von sechs Monaten seine Beschäftigung wieder verliert und durch einen neuen Langzeitarbeitslosen ersetzt wird (sog. »Dreh-türeffekt«).⁶¹ Diese mögliche Folge wurde auch vom Gesetzgeber gesehen, weshalb er in § 22 Abs. 4 S. 2 MiLoG eine Berichtspflicht der Bundesregierung über die tatsächliche nachhaltige Integration von Langzeitarbeitslosen zum 1. Juni 2016 aufgenommen hatte.⁶²

(6) Zeitungszusteller

Schließlich wurde den Arbeitgebern von Zeitungszustellern nicht zugemutet, ihren Angestellten den Mindestlohn sogleich in voller Höhe zu gewähren. Als Grund wird hierfür das Funktionieren der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG angeführt, welche insbesondere in ländlichen Regionen durch die mit dem Mindestlohn einhergehenden Mehrkosten beeinträchtigt würde.⁶³ § 24 Abs. 2 MiLoG sieht daher für Personen, die »ausschließlich periodische Zeitungen oder Zeitschriften an Endkunden zustellen« (§ 24 Abs. 2 S. 3 MiLoG)⁶⁴, nur eine schrittweise Annäherung an den Mindestlohn vor. Ab Januar 2018 wird dann auch für Zeitungszusteller der gesetzliche Mindestlohn gelten.

Der Eingriff in die grundrechtlich geschützte Pressefreiheit wird insbesondere von *di Fabio* darin gesehen, dass sich die für den Zeitungsvertrieb wichtige Botenzustellung zumindest in ländlichen Gebieten ggf. nicht mehr rentiere und regionale Presseverlage dadurch in ihrem Leistungsangebot behindert werden könnten.⁶⁵ Ob für die Verlage mit der Zahlung des Mindestlohns für Zeitungsboten tatsächlich deutliche Kostensteigerungen verbunden wären, erscheint jedoch höchst zweifelhaft und wurde auch nicht nachgewiesen.⁶⁶ Unter Berücksichtigung der gestiegenen Vertriebsumsätze, der Lohnentwicklungen und des geringen

Kostenanteils, den die Zustellung ausmacht, lässt sich keine grundsätzliche Unwirtschaftlichkeit der Zustellung durch die Zahlung des Mindestlohns erkennen.⁶⁷ Im Übrigen wird die Pressefreiheit nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern steht nach Art. 5 Abs. 2 GG unter den Schranken allgemeiner Gesetze, wozu nach dem BVerfG auch Vorschriften zur Wahrung der Belange von Arbeitnehmern⁶⁸ und damit auch das MiLoG gehören.⁶⁹ Die verfassungsrechtliche Erforderlichkeit der Ausnahme für Zeitungszusteller ist daher nicht zu erkennen.⁷⁰

b) Ausnahmen durch Tarifvertrag

(1) Begrenzte Tarifdispositivität nach § 24 Abs. 1 MiLoG

Der Gesetzgeber wollte den Tarifvertragsparteien für eine Übergangszeit die Möglichkeit geben, für ihre jeweilige Branche einen Mindestlohn zu vereinbaren, der auch unterhalb des gesetzlichen Mindestlohns liegen kann, um damit auf die Leistungsfähigkeit der Unternehmen eingehen zu können (§ 24 Abs. 1 MiLoG, S. auch den neuen § 24a AEntG).⁷¹ Dieses Privileg genießen jedoch nur repräsentative Tarifver-

58 Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Monatsbericht Mai 2015, S. 14, unter <http://statistik.arbeitsagentur.de/> (12.1.2016).

59 Vgl. *Ulber*, in: Fütterer/Pöppers/Stiebert/Traut (Hrsg.) (Fn. 39), S. 168 f.

60 DGB, Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 37 f; *Ulber*, AuR 2014, S. 404, 407.

61 Ebenso *Fischer-Lescano/Preis/Ulber* (Fn. 12), S. 197 f.; nach Ansicht von *Schubert/Jerchel/Düwell* ist die Ausnahme daher arbeitsplatz- und nicht arbeitnehmerbezogen, vgl. *dies.* (Fn. 6), Rn. 191; siehe hierzu auch die Untersuchung von *Amlinger/Bispinck/Schulten*, Kein Mindestlohn für Langzeitarbeitslose?, WSI-Report 15.6.2014.

62 BT-Drs. 18/1558, S. 43.

63 BT-Drs. 18/2010, S. 25.

64 Werden auch andere Produkte wie Werbeprospekte zugestellt, greift die Ausnahme jedoch nicht, vgl. ArbG Nienburg, 13.8.2015 – 2 Ca 151/15 – juris; *Bayreuther*, NZA 2014, 865, 872; *Ulber*, AuR 2014, 404, 408.

65 *Di Fabio*, Mindestlohn und Pressefreiheit – Zu den Auswirkungen eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns auf den Pressevertrieb deutscher Zeitungshäuser, Bonn 2014, S. 12, 28 ff.

66 Näher *Fischer-Lescano/Preis/Ulber* (Fn. 12), S. 201 f.

67 S. hierzu die näheren Darstellungen bei *Pieroth/Barczak*, Mindestlohnausnahme für Zeitungszusteller? – Ein Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit eines allgemeinen Mindestlohnes am Maßstab der Pressefreiheit, 2014, S. 60 ff., unter http://www.verdi-news.de/download/Gutachten_Lang_Pieroth_Milo_Zusteller.pdf (12.1.2016).

68 BVerfG, 29.4.2003 – 1 BvR 62/99 – NZA 2003, 864.

69 *Pieroth/Barczak* (Fn. 67), S. 83.

70 *Barczak*, RdA 2014, 290, 297; *Fischer-Lescano/Preis/Ulber* (Fn. 12), S. 207; *Sagan/Witschen*, jM 2014, 372, 373; *Zeising/Weigert*, NZA 2015, 15, 21; *Pieroth/Barczak* (Fn. 67), S. 116 f.

71 BT-Drs. 18/1558, S. 43.

tragsparteien, deren Tarifverträge für alle unter seinen Geltungsbereich fallende in- und ausländische Arbeitgeber sowie deren Arbeitnehmer verbindlich gemacht worden sind (§ 24 Abs. 1 S. 1 MiLoG) oder entsprechend aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 11 AEntG (Pflegerbranche) oder § 3a AÜG (Leiharbeit) erlassen wurden. Gemeint sind hiermit Tarifverträge, die im Anwendungsbereich des AEntG liegen sowie die Lohnuntergrenze für Leiharbeiter. Ein durch Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG erstreckter Tarifvertrag fällt nach hM. nicht hierunter, da er nicht von sich aus auch auf ausländische Arbeitsvertragsstatute anwendbar ist.⁷² Etwas anderes könnte nur gelten, wenn allgemeinverbindliche Tarifverträge Eingriffsrecht beinhalten,⁷³ wovon das BAG bislang jedoch nicht ausgeht.⁷⁴

Die Tariföffnungsklausel gilt nach § 24 Abs. 1 MiLoG – wie bei den Zeitungszustellern – noch bis Ende 2017, wobei ab Januar 2017 zumindest ein Entgelt von 8,50 Euro je Zeitzustunde vorzusehen ist. Da die Mindestlohnkommission zum 1.1.2017 die Höhe des Mindestlohns anpassen wird (§ 9 Abs. 1 MiLoG), gilt der neue gesetzliche Mindestlohn erst ab dem Jahr 2018. Theoretisch wäre es auch möglich, dass die betroffenen Arbeitnehmer im Jahr 2017 aufgrund der konkret genannten Höhe in dieser Übergangsregelung (8,50 Euro) ein höheres Mindestentgelt als den Mindestlohn nach § 1 Abs. 2 MiLoG beanspruchen könnten. Dies wäre der Fall, wenn die Mindestlohnkommission zu dem Ergebnis kommen würde, dass der Mindestlohn bspw. auf 8,00 Euro reduziert werden solle, wovon jedoch nicht auszugehen ist. Eine Reduzierung wäre jedoch grundsätzlich möglich, da § 1 Abs. 2 S. 2 iVm. § 9 Abs. 1 MiLoG allgemein die Möglichkeit einräumt, die Höhe des Mindestlohns zu ändern.⁷⁵ Dass der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG die Starthöhe festgesetzt hat, ändert hieran nichts.⁷⁶

(2) Subsidiarität nach § 1 Abs. 3 MiLoG

Eine weitere Ausnahme findet sich in § 1 Abs. 3 MiLoG. Hiernach ist das MiLoG gegenüber den Regelungen des AEntG, des AÜG und der hierzu erlassenen Rechtsverordnungen subsidiär, »soweit die Höhe der auf ihrer Grundlage festgesetzten Branchenmindestlöhne die Höhe des Mindestlohns nicht unterschreitet«. Diese Nachrangigkeit ist dauerhaft und nicht nur temporär für eine Übergangszeit angelegt. Entsprechendes gilt hier gem. § 1 Abs. 3 S. 2 MiLoG auch für nach § 5 TVG allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge iSv. § 4 Abs. 1 Nr. 1 und

§§ 5, 6 Abs. 2 AEntG. Sobald also ein Branchenmindestlohn über (derzeit) 8,50 Euro liegt, findet das MiLoG keine Anwendung.

Da § 1 Abs. 3 MiLoG den sachlichen Geltungsbereich des MiLoG einschränkt, betrifft dies folglich auch § 3 MiLoG. Somit können hier Ausschlussfristen nach § 9 S. 3 HS. 1 AEntG für Branchenmindestlöhne vereinbart werden,⁷⁷ die jedoch nach § 9 S. 3 HS. 2 AEntG nicht kürzer als sechs Monate sein dürfen. Soweit der Mindestlohn nicht unterschritten wird, gilt er somit für die Branchenmindestlöhne auch nicht als »Sockelanspruch«, der wie bei anderen günstigeren Vereinbarungen, stets zu gewähren wäre.⁷⁸ Gleichzeitig hat die Subsidiarität zur Folge, dass auch die personellen Ausnahmen nach §§ 22 u. 24 MiLoG nicht zur Anwendung kommen, da das MiLoG gänzlich nicht anwendbar ist.⁷⁹

III. Durchsetzung des Mindestlohns

Ein Anspruch hat wenig wert, wenn er nicht auch effektiv durchgesetzt werden kann. Um die tatsächliche Anwendung des Mindestlohns zu fördern, stehen innerhalb und außerhalb des MiLoG verschiedene Mechanismen zur Verfügung.⁸⁰

1. Unternehmerhaftung

Eines dieser Durchsetzungsinstrumente, die das MiLoG selbst bereithält, ist die zivilrechtliche Haftung des beauftragenden Unternehmers nach § 13 MiLoG. Diese Norm beinhaltet jedoch keine eigenständige Regelung, sondern verweist auf die Unternehmerhaftung in § 14 AEntG, der entsprechende Anwendung findet.

72 Eingehend HK-MiLoG/Düwell (Fn. 5), § 24 Rn. 8; Sittard, NZA 2014, 951, 954; Schubert/Jerchel/Düwell (Fn. 6), Rn. 202; Lakies (Fn. 5), § 24 Rn. 6; aA. wohl Bayreuther, NZA 2014, 865, 873.

73 So Deinert, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 10 Rn. 33 ff. mwN.

74 Vgl. nur BAG, 09.07.2003 – 10 AZR 593/02 – BB 2004, 1337.

75 Ebenso Sittard, NZA 2014, 951, 953.

76 AA. HK-MiLoG/Heilmann (Fn. 5), § 9 Rn. 8.

77 Preis/Ulber (Fn. 28), S. 37 ff.

78 Preis/Ulber (Fn. 28), S. 41.

79 Vgl. Ulber, in: Fütterer/Pötters/Stiebert/Traut (Fn. 39), S. 169 f.

80 Weitergehend Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719 ff.

a) Hintergrund

Diese Haftungsnorm im AEntG wurde ursprünglich aufgrund der schlechten Erfahrungen in der Baubranche eingeführt, in der versucht wurde, die Vorgaben über Mindestentgelte durch die Beauftragung von Subunternehmern zu umgehen.⁸¹ Mit § 14 AEntG wurde daher eine Haftungsbeziehung vom beauftragenden Unternehmer zum Subunternehmer geschaffen, damit jener bei der Auswahl seiner Subunternehmer größere Sorgfalt walten lässt.⁸² Mit der Ausweitung des AEntG auf eine Vielzahl von Branchen (vgl. § 4 AEntG) wurde diese Haftungsregelung auf einen größeren Bereich erstreckt. Um »die tatsächliche Wirksamkeit des Mindestlohns zu verstärken«⁸³, wollte der Gesetzgeber auch im MiLoG eine Haftung des Auftraggebers von Werk- oder Dienstleistungen normieren. Damit sollte der Unternehmer im eigenen Interesse dazu angehalten werden, dass die Arbeitnehmer seines Sub- und Nachunternehmers den Mindestlohn erhalten.⁸⁴

Das Grundanliegen, Umgehungsstrategien mittels Werkverträgen und der Ausbeutung von Arbeitnehmern Einhalt zu gebieten, kam jedoch nicht erst mit dem AEntG auf, sondern reicht noch weiter bis in die Entstehungsgeschichte des BGB zurück. Ende des 19. Jahrhunderts wurde im Rahmen des Werk- und Dienstvertragsrechts diskutiert, folgende Ergänzung aufzunehmen: »Für die Entrichtung des Lohnes haftet außer dem unmittelbaren Vertragschließenden derjenige, in dessen Nutzen die Arbeitskraft vom Arbeitgeber verwendet ist.«⁸⁵ Diese Regelung wurde bekanntlich nicht in das BGB übernommen. Ein Grund hierfür war die Annahme, dass der heutige § 826 BGB (sittenwidrige vorsätzliche Schädigung) als Haftungsnorm bereits einen ausreichenden Schutz bieten würde, was sich jedoch als Fehleinschätzung herausstellte.⁸⁶

Die Unternehmerhaftung ist in der EU auch keine deutliche Ausnahmeerscheinung. Wie sich 2012 in einer Studie zum Schutz von Arbeitnehmerrechten in Subunternehmen in der EU herausstellte, bestand in acht Mitgliedstaaten (Österreich, Deutschland, Griechenland, Spanien, Finnland, Italien, Niederlande und Norwegen) eine Art Lohnhaftung für die Arbeitnehmer eines Subunternehmers, die sich in ihrer Ausgestaltung jedoch unterschieden.⁸⁷ Zwischenzeitlich hat bspw. auch Frankreich eine Auftraggeberhaftung in Art. L3245-2 seines Arbeitsgesetzbuchs (Code du travail) normiert. Erlangt ein Auftraggeber demnach von einem Kontrollbeamten (Art. L8271-1-2) Kenntnis,

dass ein Vertragspartner den Mindestlohn nicht zahlt, muss er diesen dazu auffordern. Der Auftraggeber hat anschließend der Aufsichtsbehörde die Antwort oder unterbliebene Reaktion des Vertragspartners zu übermitteln. Verstößt er gegen seine Verpflichtungen, haftet er zusammen mit dem Arbeitgeber für die Gehälter. Ebenso sind in Art. 12 DurchsetzungsRL 2014/67/EU zur RL 96/71/EG über die Arbeitnehmerentsendung Vorgaben über eine »Haftung bei Unteraufträgen« enthalten. Von den dort geforderten Maßnahmen kann jedoch teilweise abgewichen werden, wenn es andere angemessene Durchsetzungsmaßnahmen (vgl. Art. 12 Abs. 6 RL 2014/67/EU) gibt.⁸⁸

b) Der beauftragende Unternehmer als Haftungsadressat

(1) Weites Begriffsverständnis im MiLoG

Die Haftung nach § 13 MiLoG iVm. § 14 AEntG richtet sich ausweislich des Wortlauts an Unternehmer, die andere Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragen (§ 14 S. 1 AEntG). Der Begriff »Werk- oder Dienstleistungen« ist zum Schutz der Arbeitnehmer weit auszulegen, wie es auch bereits im AEntG gehandhabt wird.⁸⁹ Damit fallen z. B. auch Werklieferungs- und Geschäftsbesorgungsverträge unter die Norm.⁹⁰ Ein Unternehmer wird nach § 14 Abs. 1 BGB definiert, als eine »natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt«. Unter diesen

⁸¹ Schubert/Jerchel/Düwell (Fn. 6), Rn. 221.

⁸² ErfK/Schlachter (Fn. 5), AEntG § 14 Rn. 1.

⁸³ BT-Drs. 18/1558, S. 40.

⁸⁴ BT-Drs. 18/1558, S. 40; S. auch BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609.

⁸⁵ Kocher, AuR 2015, G 4 mwN.

⁸⁶ Kocher, AuR 2015, G 4.

⁸⁷ Jorens/Peters/Houwerzijl, Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union, Project DG EMPL/B2 – VC/2011/0015, 2012, S. 15 f.

⁸⁸ Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, § 5 Rn. 195; S. auch Rebhahn, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, München 2016 (im Erscheinen), Richtlinie 96/71/EG, Art. 5 Rn. 14 ff.

⁸⁹ Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, Arbeitnehmerentendegesetz, 3. Aufl., München 2011, § 14 Rn. 21; Schubert/Jerchel/Düwell (Fn. 6), Rn. 229.

⁹⁰ Heuschmid/Hlava, NJW 2015, S. 1719, 1720; Schubert/Jerchel/Düwell (Fn. 6), Rn. 229.

Unternehmerbegriff fallen ebenso Kleingewerbetreibende, Handwerker, Landwirte und auch freiberuflich Tätige.⁹¹ Nicht umfasst sind dagegen reine Privatpersonen.⁹²

Umstritten ist insbesondere, ob die Haftung hiernach jeden beauftragenden Unternehmer trifft oder nur Generalunternehmer. Bei einem Generalunternehmer handelt es sich um einen Begriff aus der Baubranche. Gemeint ist ein Bauunternehmer, der ein anderes Unternehmen damit beauftragt, das eigene Bauvorhaben mit durchzuführen.⁹³ Der Wortlaut von § 14 AEntG legt hier zunächst ein weites Verständnis nahe,⁹⁴ was gegen eine Beschränkung auf Generalunternehmer spricht.

Hinsichtlich § 1a AEntG aF., der Vorgängerregelung von § 14 AEntG, entwickelte das BAG jedoch – vermeintlich gestützt auf die Gesetzgebungsmaterialien – die Rechtsauffassung, dass nach Sinn und Zweck der Regelung nur Generalunternehmer betroffen sein sollen und der Unternehmerbegriff daher einschränkend auszulegen sei.⁹⁵ Das Ziel des Gesetzes sei danach, »Bauunternehmer, die sich verpflichtet haben, ein Bauwerk zu errichten, und dies nicht mit eigenen Arbeitskräften erledigen, sondern sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtung eines oder mehrerer Subunternehmen bedienen, als Bürgen haften zu lassen, damit sie letztlich im eigenen Interesse verstärkt darauf achten, daß die Nachunternehmer die nach § 1 AEntG geltenden zwingenden Arbeitsbedingungen einhalten«⁹⁶. Demnach würden nur solche Unternehmer haften, die sich Dritter zur Erfüllung eigener Vertragspflichten bedienen.⁹⁷

Diese Rechtsprechung ist im Kontext einer arbeitsteiligen Wirtschaft zu sehen, wie sie in der Baubranche typisch ist.⁹⁸ Jedenfalls mit der Aufnahme weiterer Branchen in den Anwendungsbereich des AEntG kann sie nicht mehr aufrechterhalten werden.⁹⁹ Gerade im MiLoG, das branchenübergreifende Gültigkeit hat, wäre es nicht sachgerecht, auf ein Abgrenzungsmerkmal abzustellen, das fast nur für die Baubranche typisch ist.¹⁰⁰ Der wirksamen Durchsetzung eines flächendeckenden Mindestlohns würde dies nicht gerecht werden.¹⁰¹ Es ist auch nicht nachvollziehbar, weshalb in anderen Fällen der Auftragsvergabe diese Haftung nicht bestehen soll. In Zeiten zunehmender Spezialisierung und Herauslösung einzelner Aufgaben aus dem Wertschöpfungsprozess, um diese – zusammen mit dem wirtschaftlichen Risiko – an Subunternehmer weiterzugeben, sind auch hier die Auftraggeber in die Verantwortung zu nehmen. Dies war ferner auch mit der Grund für die Schaffung des MiLoG.¹⁰² Nach Sinn und Zweck der Regelung, die gerade die »tatsäch-

liche Wirksamkeit des Mindestlohns (...) verstärken [soll]«¹⁰³, ist nicht nur darauf abzustellen, ob der Unternehmer den Subunternehmer benutzt, um eine eigene Vertragspflicht zu erfüllen.¹⁰⁴ Schließlich ist auch darauf hinzuweisen, dass § 13 MiLoG lediglich eine entsprechende Anwendung von § 14 AEntG vorgibt, sodass für das MiLoG der Unternehmerbegriff durchaus auch abweichend vom AEntG ausgelegt werden könnte, um den Zielen des MiLoG am besten gerecht zu werden.¹⁰⁵

Im Übrigen deutet auch die Gesetzesbegründung zu § 13 MiLoG (hier jedoch noch zur aufgegebenen eigenständigen Regelung) darauf hin, dass nicht nur Generalunternehmer umfasst sein sollten. Dort heißt es, dass »Auftraggeber von Dienst- oder Werkleistungen, insbesondere ein sogenannter Generalunternehmer«¹⁰⁶ haften sollen, also durchaus auch andere Auftraggeber mit einbezogen werden. Dagegen wird als Begründung für einen Verweis auf § 14 AEntG in § 13 MiLoG ausgeführt, dass sich die »dortige Ausgestaltung der Haftung – wie sie insbesondere durch die Rechtsprechung stattgefunden hat – (...) über Jahre bewährt [habe]«¹⁰⁷.

(2) Einschränkung der Unternehmerhaftung

Doch führt das MiLoG damit zu einer unbegrenzten Haftung bei jedweder Beauftragung mit Werk- oder Dienstleistungen?

91 BAG, 16.5.2012 – 10 AZR 190/1 – BAGE 141, 299.

92 Lakies (Fn. 5), § 13 Rn. 14.

93 Vgl. Schubert/Jerchel/Düwell (Fn. 6), Rn. 227.

94 Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1720; Bissels/Falter, DB 2015, 65 f.; vgl. auch Bayreuther, NZA 2015, 961, 963.

95 BAG, 6.11.2002 – 5 AZR 617/01 (A) – BAGE 103, 240; BAG, 16.5.2012 – 10 AZR 190/11 – BAGE 141, 299.

96 St. Rspr., vgl. BAG, 6.11.2002 – 5 AZR 617/01 (A) – BAGE 103, 240.

97 BAG, 28.3.2007 – 10 AZR 76/06 – NZA 2007, 613.

98 Thüsing/Mohr, AEntG Arbeitnehmer-Entsendegesetz, München, § 14 Rn. 12; Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1720.

99 Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1720; ErfK/Schlachter (Fn. 5), AEntG § 14 Rn. 3; Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler (Fn. 89), § 14 Rn. 19; Lakies in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Baden-Baden, Anhang 2 zu § 5 TVG § 14 Rn. 16.

100 Zutr. HK-MiLoG/Reinfelder (Fn. 5), § 13 Rn. 12.

101 Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler (Fn. 89), § 14 Rn. 19; Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1720.

102 HK-MiLoG/Reinfelder (Fn. 5), § 13 Rn. 12.

103 BT-Drs. 18/1558, S. 40.

104 Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1720.

105 Vgl. Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1720.

106 BT-Drs. 18/1558, S. 40.

107 BT-Drs. 18/2010, S. 23.

Auf diese Gefahr wurde auch im Gesetzgebungsverfahren hingewiesen.¹⁰⁸ Zu einer schier uferlosen Haftung durch das MiLoG kann es jedoch nach richtiger Auslegung nicht kommen. Etwas anderes wäre auch verfassungsrechtlich (mit Blick auf die Berufsfreiheit in Art. 12 GG) bedenklich, da der Unternehmer ansonsten für andere Unternehmen haftungsrechtlich einstehen müsste, für deren Lohnausfall er keinerlei (Mit-)Verantwortung trägt. Es ist daher stets die Frage zu stellen, ob der beauftragende Unternehmer eine hinreichende Verantwortung dafür hat, ob den Arbeitnehmern seines Subunternehmers der Mindestlohn gezahlt wird¹⁰⁹ – ein Verhältnis, wofür das BVerfG (und dem folgend *Reinfelder*¹¹⁰) den Begriff der »Verantwortungsbeziehung«¹¹¹ gewählt hat.

Für die Anwendbarkeit von § 13 MiLoG iVm. § 14 AEntG ist also eine hinreichende Verantwortungsbeziehung erforderlich, die auch vor dem Hintergrund beurteilt werden muss, ob eine verschuldensunabhängige Haftung in der jeweiligen Konstellation gerechtfertigt ist.¹¹² Eine solche Verantwortungsbeziehung und die daraus resultierende Unternehmerhaftung liegt damit nicht nur dann vor, wenn Tätigkeiten vergeben werden, die unmittelbar gegenüber einem Kunden geschuldet sind, sondern bereits, wenn sie zum »Tätigkeitsfeld des Unternehmens«¹¹³ gehören, mithin die Fremdvergabe »dem Betriebszweck dient«¹¹⁴. Es geht hierbei um Tätigkeiten, die der Unternehmer sinnvoll durch den Einsatz von eigenem Personal hätte erfüllen können.¹¹⁵ Stattdessen hat er aber die Fremdvergabe gewählt und damit das Risiko geschaffen, dass für eben diese – jedoch auch nur für diese – Tätigkeiten der Mindestlohn nicht gezahlt wird.¹¹⁶ Umfasst sind damit insbesondere Vertragsbeziehungen, die in der Wertschöpfungskette des Unternehmens liegen.¹¹⁷

Konkret bedeutet dies, dass z. B. dann auf einen Bauunternehmer zurückgegriffen werden kann, wenn er die Trockenbauarbeiten an einem Haus an einen Subunternehmer delegiert, aber auch, wenn er seine eigenen Baumaschinen laufend von einer anderen Firma warten und reinigen lässt. Ebenso fällt die Fremdvergabe von Sicherheitsdienstleistungen bei häufigen Veranstaltungen in den Verantwortungsbereich des Veranstalters, der sinnvoll auch eigenes Personal hierfür anstellen könnte. Gleiches gilt für die Reinigung von Hotelzimmern durch Fremdfirmen oder kontinuierliche Industriereinigungen im Produktionsprozess.¹¹⁸ Dem Betriebszweck dient es auch, wenn ein Automobilhersteller seine Zulieferer mit der

Herstellung und Lieferung eines Karosserieteils beauftragt, welches er für seine Produktion bzw. Endmontage benötigt.

Kann vom Auftraggeber jedoch nicht erwartet werden, dass er gewisse Tätigkeiten durch eigene Arbeitnehmer ausführt, liegen sie also nach allgemeinem Verständnis typischerweise nicht in seiner Wertschöpfungskette, dann entsprechen sie typischerweise auch nicht seinem Betriebszweck.¹¹⁹ So geht ein Unternehmer grundsätzlich keine Haftungsverpflichtung ein, wenn er die defekte Kaffeemaschine in der Teeküche seines Betriebs reparieren lässt¹²⁰ oder allgemeine Renovierungsarbeiten in Auftrag gibt. Diese kurzzeitigen Vertragsbeziehungen dienen nicht der Verwirklichung des Betriebszwecks und liegen nicht in der Wertschöpfungskette des Unternehmens.

Nach einer Ankündigung von BMAS und BMF soll die öffentlich-rechtliche Durchsetzung von § 13 MiLoG im Rahmen der Verhängung von Bußgeldern nach § 21 Abs. 2 MiLoG auf Generalunternehmer beschränkt werden.¹²¹ Dies hat jedoch keine unmittelbaren Auswirkungen auf den gleichwohl bestehenden zivilrechtlichen Anspruch aus der weitergehenden Unternehmerhaftung (näher hierzu S. unten, Abschnitt III.2.a).(2)).

108 Vgl. Stellungnahmen von *Düwell*, Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 74; und *Beppler/Hanau*, Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 144.

109 HK-MiLoG/*Reinfelder* (Fn. 5), § 13 Rn. 13; *Heuschmid/Hlava*, NJW 2015, 1719, 1720.

110 HK-MiLoG/*Reinfelder* (Fn. 5), § 13 Rn. 13.

111 Noch zu § 1a AEntG: BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609 mit Bezug auf eine ältere Entscheidung in der es um die Verantwortungsbeziehung zwischen einem früheren Arbeitgeber und dem von der Bundesagentur für Arbeit zu zahlenden Arbeitslosengeld ging, BVerfG, 10.11.1998 – 1 BvR 2296/96, 1 BvR 1081/97 – BVerfGE 99, 202.

112 HK-MiLoG/*Reinfelder* (Fn. 5), § 13 Rn. 13.

113 HK-MiLoG/*Reinfelder* (Fn. 5), § 13 Rn. 13.

114 *Heuschmid/Hlava*, NJW 2015, 1719, 1720.

115 HK-MiLoG/*Reinfelder* (Fn. 5), § 13 Rn. 13.

116 Vgl. BAG, 16.5.2012 – 10 AZR 190/11 – BAGE 141, 299; BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609; S. auch *Heuschmid/Hlava*, NJW 2015, 1719, 1720.

117 *Heuschmid/Hlava*, NJW 2015, 1719, 1720.

118 HK-MiLoG/*Reinfelder* (Fn. 5), § 13 Rn. 14.

119 Vgl. auch HK-MiLoG/*Reinfelder* (Fn. 5), § 13 Rn. 14.

120 Dieses Beispiel wurde im Gesetzgebungsverfahren angeführt, vgl. *Düwell*, Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 74; und *Beppler/Hanau*, Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 144.

121 BMAS, Der Mindestlohn wirkt, S. 10, unter <http://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Meldungen/der-mindestlohn-wirkt.html> (12.1.2016).

c) Gegenstand und Umfang der Haftung

(1) Nettolohnhaftung

Die Haftung des Auftraggebers nach § 13 MiLoG iVm. § 14 S. 1 AEntG umfasst nur die Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns in den Subunternehmen. Darüber hinausgehende Lohnansprüche sind hiervon nicht umfasst.¹²² Der Mindestlohn ist ein Bruttolohn (§ 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG). Nach § 14 S. 2 AEntG ist die Haftungsverantwortung jedoch auf den Nettolohn beschränkt, also auf den Teil des Mindestlohns, der dem Arbeitnehmer nach Abzug von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen verbleibt (dies entspricht je nach Steuerklasse etwa 6,70 Euro je Stunde). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das betroffene Arbeitsverhältnis deutschem Sozialversicherungsrecht unterliegt.¹²³ Findet dagegen ausländisches Sozialversicherungsrecht Anwendung, bleiben entsprechend die hierfür vom Arbeitnehmer zu tragenden Beiträge, nicht jedoch fiktive Beiträge zur deutschen Sozialversicherung, unberücksichtigt.¹²⁴ Findet auf den Arbeitnehmer das Recht eines Staates Anwendung, in dem das soziale Sicherungssystem nicht beitrags- sondern steuerfinanziert ist, sind insofern keine Sozialversicherungsbeiträge abzuziehen.

In der Nettolohnhaftung kommt der besondere Arbeitnehmerschutzgedanke des MiLoG bzw. des AEntG zum Ausdruck. Finanzbehörden und Sozialversicherungsträger profitieren hiervon nicht unmittelbar. Was jedoch Bauunternehmen anbelangt, regelt § 28e Abs. 3a SGB IV eine eigene Generalunternehmerhaftung für die Entrichtung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags in Subunternehmen.¹²⁵

Führt das BAG seine Rechtsprechung zu § 14 AEntG fort, umfasst die Haftung nach § 13 MiLoG zudem nur den Mindestlohnanspruch für tatsächlich geleistete Arbeit, sodass z. B. auch keine Haftung für Verzugszinsen oder Ansprüche auf Entgeltfortzahlung besteht.¹²⁶

(2) Auftragsbezogene Kettenhaftung

Die Haftung bezieht sich nicht nur auf den unmittelbar beauftragten Subunternehmer, sondern erstreckt sich auf alle weiteren (Sub-)Subunternehmer, die wiederum von einem vorangegangenen Glied in der Kette mit Teilleistungen beauftragt wurden. Es handelt sich bei § 13 MiLoG iVm. § 14 AEntG somit um eine Haftung für die gesamte Subunternehmerkette.¹²⁷ Jedoch haftet der Auftraggeber nicht

für jegliche Mindestlohnverpflichtungen des Subunternehmers gegenüber seinen Arbeitnehmern. Die Haftung beschränkt sich auf die mit der Vertragserfüllung im Zusammenhang stehenden Tätigkeiten.¹²⁸ Für eine weitergehende umfassende Haftung, wie sie nach dem Wortlaut von § 14 S. 1 AEntG ebenso denkbar wäre, fehlt es an einer hinreichenden Verantwortungsbeziehung.¹²⁹

(3) Haftungsbegünstigter

Begünstigte der auftragsbezogenen Kettenhaftung sind demnach nicht nur die Arbeitnehmer im ersten Glied der Subunternehmerkette, sondern alle Arbeitnehmer in der nachfolgenden Kette, die mit zumindest noch mittelbar auftragsbezogenen Tätigkeiten betraut sind. Voraussetzung ist hierfür nach § 20 MiLoG, dass sie im Inland beschäftigt sind (Arbeitsortprinzip).¹³⁰ Ferner können nach § 13 MiLoG iVm. § 14 S. 1 AEntG auch Leiharbeiternehmer von der Haftung profitieren, wenn sie von einem Subunternehmer zur Auftragsbefreiung eingesetzt werden und keine branchenbezogene Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG vorrangig greift.¹³¹ Wird Insolvenzgeld gezahlt, geht der Haftungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 13 MiLoG – entgegen der Rechtsprechung des BAG¹³² zu § 1a AEntG aF. – gem. § 169 S. 1 SGB III auf die Bundesagentur für Arbeit (BA) über, da es sich bei der Bürgenhaftung um ein akzessorisches Recht (§ 401 BGB) zum Mindestlohnanspruch handelt.¹³³

122 Oltmanns/Fuhlrott, NZA 2015, 392, 394 f.

123 Lakies (Fn. 5), § 13 Rn. 25.

124 BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 490/10 – BAGE 139, 36.

125 Näher Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1722.

126 BAG, 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 – BAGE 113, 149; BAG, 18.4.2012 – 10 AZR 200/11 – BAGE 141, 129; Riechert/Nimmerjahn (Fn. 44), § 13 Rn. 35; kritisch ua. Boemke, der eine Haftung auch hier für gegeben sieht, vgl. ders., jurisPR-Arbr32/2015, Anm. 3.

127 BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 490/10 – BAGE 139, 36; Ulber, AEntG, § 14 Rn. 18; ErfK/Schlachter (Fn. 5), AEntG § 14 Rn. 4; Lakies (Fn. 5), § 13 Rn. 15.

128 Ebenso Insam/Hinrichs/Tacou, NZA-RR 2014, 569, 572; Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler (Fn. 89), § 14 Rn. 33.

129 HK-MiLoG/Reinfelder (Fn. 5), § 13 Rn. 20.

130 Kittner/Zwanziger/Deinert-Lakies (Fn. 17), § 9 Rn. 39.

131 HK-MiLoG/Reinfelder (Fn. 5), § 13 Rn. 19; aA. Bayreuther, NZA 2015, 961, 965.

132 BAG, 8.12.2010 – 5 AZR 95/10 – BAGE 136, 263.

133 ErfK/Schlachter (Fn. 5), AEntG § 14 Rn. 2; Riechert/Nimmerjahn (Fn. 44), § 13 Rn. 54; Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1720 f.

(4) Bürgenhaftung

Das beauftragende Unternehmen haftet somit unbeschränkt für alle Subunternehmer und zwar nach § 13 MiLoG iVm. § 14 S. 1 AEntG »wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat«. ¹³⁴ Es ist somit das Bürgenrecht in den §§ 765 ff. BGB entsprechend zugrunde zu legen. ¹³⁵ Der Auftraggeber muss demnach für die Mindestlohnverpflichtungen eines Dritten (des Subunternehmers) eintreten (§ 765 Abs. 1 BGB) und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer eines nachgeordneten Subunternehmers die Forderung zunächst gegenüber seinem Vertragsarbeitgeber geltend gemacht hat (Ausschluss der Einrede der Vorausklage nach § 771 BGB). Es handelt sich um eine selbstschuldnerische Bürgschaft, d. h. die Haftungsverpflichtung besteht unabhängig davon, ob dem Auftraggeber eine subjektive Verantwortung für das Fehlverhalten seines Auftragnehmers anzulasten ist. ¹³⁶ Die zunächst noch im Gesetzentwurf zu § 13 MiLoG vorgesehene Exkulpationsmöglichkeit ¹³⁷ wurde später mit Verweis auf die bewährte Praxis im AEntG gestrichen. ¹³⁸

Gegen die Vorgängerregelung in § 1a AEntG wurde noch vorgebracht, dass der Einsatz von Nachunternehmern in der Baubranche oft nicht vermeidbar sei und der Generalunternehmer über keine geeigneten Kontroll- oder Einflussmöglichkeiten verfüge, um die Inanspruchnahme der Bürgenhaftung zu vermeiden. ¹³⁹ Das BVerfG sieht in der Bürgenhaftung zwar eine Berufsausübungsregelung, die insoweit in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Betätigungsfreiheit eingreift, jedoch ist diese gerechtfertigt, um zwingende Arbeitsbedingungen sicherzustellen und damit einem »Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten« entgegen zu wirken. ¹⁴⁰ Zudem hilft sie, Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und dient damit auch der Stärkung der sozialen Sicherungssysteme. ¹⁴¹ Schließlich sei nach Ansicht des BVerfG auch zu berücksichtigen, dass der Unternehmer mit der Fremdvergabe das Risiko selbst geschaffen hat. ¹⁴² Der Gesetzgeber durfte für eine effektive Rechtsdurchsetzung auch davon ausgehen, dass eine Exkulpationsmöglichkeit (als milderer Mittel) nicht die gleiche Wirkung hätte. ¹⁴³ Diese Rechtsprechung lässt sich auf das MiLoG übertragen. ¹⁴⁴ Ferner bestehen auch keine unionsrechtlichen Bedenken gegen die verschuldensunabhängige Haftung. Der EuGH sieht Regelungen zu einem Mindestlohn und die damit zusammenhängende Form seiner

Durchsetzung als Teil des Arbeitnehmerschutzes an, der als zwingender Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. ¹⁴⁵

Da jeder (Sub-)Unternehmer für die Auftragsvergabe an weitere Subunternehmer verantwortlich ist, haften alle (Sub-)Auftraggeber nach § 769 BGB gesamtschuldnerisch für die Nichtzahlung des Mindestlohns in der nachgeordneten Subunternehmerkette. Der Arbeitnehmer hat also grundsätzlich ein Wahlrecht gem. § 421 BGB, gegen wen er seine Mindestlohnforderung geltend macht oder ob er alle in Frage kommenden Bürgen als Gesamtschuldner in Anspruch nimmt. ¹⁴⁶

Der in Anspruch genommene Bürge kann gegenüber dem Arbeitnehmer als Gläubiger alle Einreden geltend machen wie dessen Vertragsarbeitgeber als Hauptschuldner (§ 768 BGB). Hierzu zählt zunächst der Erfüllungseinwand nach § 362 BGB, aber auch die Einrede der Verjährung. ¹⁴⁷ Die Unternehmerhaftung wird auch nicht dadurch aufgehoben, dass der Hauptschuldner insolvent wird. Etwas anderes würde dem Sinn und Zweck der Regelung zuwiderlaufen, da der Arbeitnehmer gerade im Insolvenzfall besonders schutzbedürftig ist und die Haftung nicht davon abhängen kann, ob der Auftragnehmer solvent ist oder nicht. ¹⁴⁸ Das Risiko eines Zahlungsausfalls tragen somit (für den Mindestlohn) die Bürgen, was aufgrund der Verantwortungsbeziehung durch die Fremdvergabe auch gerechtfertigt ist. ¹⁴⁹

¹³⁴ Lakies (Fn. 5), § 13 Rn. 15.

¹³⁵ Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler (Fn. 89), § 14 Rn. 34.

¹³⁶ Thüsing/Mohr (Fn. 98), § 14 Rn. 6.

¹³⁷ BT-Drs. 18/1558, S. 11, 40.

¹³⁸ BT-Drs. 18/2010, S. 23.

¹³⁹ Vgl. Meyer, NZA 1999, 121, 127 f. mwN.; Seifert, SAE 2007, 386, 387 ff.

¹⁴⁰ BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609.

¹⁴¹ BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609.

¹⁴² BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609.

¹⁴³ BVerfG, 20.3.2007 – 1 BvR 1047/05 – NZA 2007, 609, Rn. 47.

¹⁴⁴ Riechert/Nimmerjahn (Fn. 44), § 13 Rn. 11; HK-MiLoG/Reinfelder (Fn. 5), § 13 Rn. 33; kritisch dagegen Kühn/Reich, BB 2014, 2938.

¹⁴⁵ EuGH, 12.10.2004 – C-60/03 – Slg. 2004, I-9553 (Wolff & Müller), Rn. 36; S. auch BAG, 12.1.2005 – 5 AZR 617/01 – BAGE 113, 149..

¹⁴⁶ HK-MiLoG/Reinfelder (Fn. 5), § 13 Rn. 15; Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1721.

¹⁴⁷ HK-MiLoG/Reinfelder (Fn. 5), § 13 Rn. 28.

¹⁴⁸ Bayreuther, NZA 2015, 961, 966.

¹⁴⁹ HK-MiLoG/Reinfelder (Fn. 5), § 13 Rn. 27; aA. Kühn/Reich, BB 2014, 2938, 2939.

Wird auf diese Weise ein anderer Unternehmer als Bürge in Anspruch genommen und erfüllt dieser die Mindestlohnverpflichtung, so geht die Forderung gegen den Hauptschuldner im Wege einer Legalzession nach § 774 Abs. 1 S. 1 BGB auf ihn über. Er kann die Forderung dann gegen den Hauptschuldner geltend machen oder nach § 774 Abs. 2 iVm. § 426 BGB die Mitbürgen in der Subunternehmerkette anteilig in Regress nehmen.¹⁵⁰ Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass der anteilige Mitbürgenausgleich im Innenverhältnis hier nicht greift, sondern derjenige allein einstehen muss, der den Verstoß gegen das MiLoG begangen hat.¹⁵¹ Teilweise wird auch angenommen, dass derjenige allein haftet, der den betroffenen Subunternehmer ausgewählt hat.¹⁵² Diese Rechtsauffassungen können nicht pauschal, aber je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zutreffend sein. Der anteilige Mitbürgenregress nach Kopfteilen ist nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB der Regelfall, allerdings ausdrücklich nur, »soweit nicht ein anderes bestimmt ist«. Ein anderer Verteilungsmaßstab kann sich durch Gesetz, Vertrag oder dem Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen den Gesamtschuldern ergeben.¹⁵³ Sofern über den Mitbürgenausgleich keine konkrete Abrede getroffen wurde, kann dennoch ein Abweichen vom Kopfteilprinzip erforderlich sein. § 254 BGB trifft Aussagen, wie bei einem Mitverschulden zu verfahren ist. Sinn und Zweck der §§ 426 und 254 BGB bestehen darin, den besonderen Interessenlagen im jeweiligen Rechtsverhältnis gerecht zu werden, weshalb auch das »Maß der Mitverantwortlichkeit« bei der Verteilung der Haftungsquote (im Innenverhältnis) zu berücksichtigen ist.¹⁵⁴ Im Einzelfall wäre z. B. dann ggf. vom anteiligen Bürgenausgleich abzuweichen, wenn ein Subunternehmer von Mindestlohnverstößen seines (weiteren) Subunternehmers Kenntnis erlangt und sich dennoch nicht um Abhilfe bemüht. Ebenso trifft denjenigen ein höheres Maß an Verschulden, der seinem Subunternehmer eine Vergütung zahlt, die offensichtlich nicht ausreichend ist, damit dieser seinen Arbeitnehmern den Mindestlohn zahlen kann.

Allgemein ist es aufgrund der Haftungsrisiken ratsam, den Subunternehmer sorgfältig auszuwählen und sich vertragliche Sicherheiten garantieren zu lassen. Dies kann z. B. in Form von Freistellungsvereinbarungen, Sicherheiten in Form von Bankbürgschaften, der Vereinbarung von Nachweispflichten über die Zahlung des Mindestlohns oder Vertragsstrafen geschehen.¹⁵⁵ Sinnvoll wäre auch, einen Zustimmungsvorbehalt für den Einsatz von weiteren Sub-

unternehmern zu verankern, ebenso wie ein Rücktrittsrecht vom Vertrag bei Verstößen gegen das MiLoG.¹⁵⁶

2. Staatliche Kontrolle und Sanktionen

Gerade auch aufgrund der Erfahrungen mit den Mindestlöhnen aus dem AEntG und dem AÜG sowie aus den unterschiedlichsten Umgehungsstrategien in der Praxis zeigt sich, dass der Mindestlohn kein »Selbstläufer« ist und die Compliance der Unternehmen nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann. Das MiLoG sieht daher unterschiedliche Bußgeldtatbestände und Kontrollmechanismen vor, die zusätzlich durch strafrechtliche Sanktionen und sozialrechtliche Instrumente flankiert werden. Hier sollen insbesondere die Bußgeldvorschriften des MiLoG in den Blick genommen werden.

a) Ordnungswidrigkeiten und Kontrolle

(1) Verhängung von Bußgeldern bei MiLoG-Verstößen

§ 21 Abs. 1 MiLoG sieht – angelehnt an § 23 AEntG – neun Tatbestände vor, die eine mit Bußgeldern bewehrte Ordnungswidrigkeit erfüllen. Diese betreffen überwiegend Vorgaben zur Erleichterung der Kontrolle wie von den Dokumentationspflichten, deren Nichtbeachtung ein Bußgeld bis zu 30.000 Euro nach sich ziehen kann (§ 21 Abs. 3 MiLoG).¹⁵⁷ Wird der Mindestlohn nicht oder verspätet¹⁵⁸ gezahlt, liegt nach § 21 Abs. 1 Nr. 9 MiLoG eine Ordnungswidrigkeit vor, die mit einem Bußgeld bis zu 500.000 Euro geahndet werden kann.

Ergänzend zur Unternehmerhaftung drohen nach § 21 Abs. 2 MiLoG Bußgelder, wenn ein Unternehmer einen

150 Vgl. *Lakies* (Fn. 5), § 13 Rn. 16.

151 So wohl *Kittner/Zwanziger/Deinert-Lakies* (Fn. 17), § 9 Rn. 130.

152 *Thüsing/Mohr* (Fn. 98), § 14 Rn. 21.

153 *Looschelders*, in: *Staudinger* (Begr.), BGB, Buch 2, München 2012, BGB § 426 Rn. 49.

154 *Looschelders*, in: *Staudinger* (Fn. 154), BGB § 426 Rn. 49 und insb. Rn. 63 mwN. aus der Rechtsprechung.

155 Weiter *Heuschmid/Hlava*, NJW 2015, 1719, 1721; *Bissels/Falter*, DB 2015, 65, 67 f.; *Oltmanns/Fuhlrott*, NZA 2015, 392, 396 ff.

156 *Oltmanns/Fuhlrott*, NZA 2015, 392, 398; *Gola/Jaspers*, RDV 2015, 113, 114.

157 *Heuschmid/Hlava*, NJW 2015, 1719, 1722 f.

158 Zum (nicht bestehenden) Problem im Falle der Nichtzahlung aufgrund einer Kündigung, die sich später jedoch als rechtswidrig herausstellt, vgl. *Grau/Sittard*, KSzW 2014, 227, 231 ff.

Subunternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen in erheblichem Umfang¹⁵⁹ beauftragt, von dem er weiß oder fahrlässig nicht weiß, dass dieser bei der Auftrags Erfüllung den Mindestlohn nicht oder nicht rechtzeitig zahlt (Nr. 1) oder einen Sub-Subunternehmer¹⁶⁰ einsetzt, der hiergegen verstößt (Nr. 2). Sanktioniert wird danach ein mögliches Auswahlverschulden des Auftraggebers, für den ein Fehlverhalten des Subunternehmers erkennbar war.¹⁶¹ Das Bußgeld kann bis zu 500.000 Euro betragen. Die Sorgfaltspflicht erfordert es daher u. a., Nachweise über die Pflichterfüllung einzuholen und jedenfalls bei konkreten Anhaltspunkten auch noch während der Vertragslaufzeit die Einhaltung zu kontrollieren.¹⁶² Bei der Form der Kontrolle sind datenschutzrechtliche Belange der Arbeitnehmer zu berücksichtigen.¹⁶³

Ferner können nach § 111 SGB IV u. a. Falschmeldungen zur Sozialversicherung im Zusammenhang mit der Nichtzahlung des Mindestlohns mit einem Bußgeld sanktioniert werden.¹⁶⁴

Die staatliche Kontrolle und Verhängung von Bußgeldern nach dem MiLoG erfolgt durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS – § 21 Abs. 4 MiLoG), einer Abteilung der Zollverwaltung.¹⁶⁵ Diese wird hierbei von einer Vielzahl an Behörden unterstützt, wie der BA, den Krankenkassen und Finanzbehörden (s. § 2 Abs. 2 SchwArbG). 2014 hatte die FKS etwa 63.000 Arbeitgeber überprüft und insgesamt rund 137.300 Ermittlungsverfahren eingeleitet, hiervon 2246 wegen der Nichtzahlung eines Mindestlohns.¹⁶⁶ Aufgrund der Nichtgewährung des Branchenmindestlohns nach dem AEntG und Verstößen gegen die Lohnuntergrenze in der Leiharbeit wurden im Jahr 2014 Bußgelder iHv. rund 15,7 Mio. Euro festgesetzt (hiervon entfielen allein 10 Mio. auf die Baubranche).¹⁶⁷ Bezogen auf das MiLoG hatte die FKS im ersten Halbjahr 2015 nach Angaben der Bundesregierung – soweit statistisch erfasst – insgesamt 297 Ermittlungsverfahren eingeleitet, davon 146 wegen des Verdachts der nicht bzw. nicht rechtzeitigen Zahlung des gesetzlichen Mindestlohns und 134 wegen Verstößen gegen die Dokumentationspflichten.¹⁶⁸

(2) Faktische Einschränkung der Kontrollen bei Unternehmerhaftung und Transitfahrten

Eine Ankündigung des BMAS aus Juni 2015 lässt darauf schließen, dass es ein anderes Verständnis vom Unternehmerbegriff nach § 13 MiLoG iVm. § 14 AEntG hat als hier

vertreten wird (s. III.1.b)). Konkret heißt es in der Bestandsaufnahme des BMAS zum MiLoG, dass es zusammen mit dem BMF »gegenüber den Behörden der Zollverwaltung klarstellen [wird], dass sowohl bei der zivilrechtlichen Haftungsfrage als auch bei der Anwendung der Bußgeldvorschriften ein »eingeschränkter« Unternehmerbegriff zugrunde gelegt wird, wie ihn das Bundesarbeitsgericht für die zivilrechtliche Haftung im Arbeitnehmerentsendegesetz entwickelt hat. Dabei übernimmt ein Unternehmen nur die Verantwortung für Beauftragte Unternehmen, wenn eigene vertraglich übernommene Pflichten weitergegeben werden.«¹⁶⁹ Das BMAS geht folglich davon aus, dass es sich bei § 13 MiLoG iVm. § 14 AEntG nur um eine Generalunternehmerhaftung handle. Diese nachträgliche »Klarstellung« ist für die Auslegung der Norm jedoch nur bedingt relevant und kann nicht dazu führen, dass ein kraft Gesetzes bestehender Anspruch eingeschränkt wird. Gleichwohl hat eine daraus resultierende Vorgabe an die Zollverwaltung zur Folge, dass MiLoG-Verstöße beauftragender Unternehmen – soweit es sich nicht um Generalunternehmer handelt – nicht als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Diese Weisung betrifft ausschließlich die Eingriffsverwaltung im Rahmen der Prüfung von § 21 Abs. 2 MiLoG. Dies schränkt die öffentlich-rechtliche Durchsetzbarkeit des MiLoG ein. Die zivilrechtliche Geltendmachung durch Arbeitnehmer bleibt hiervon unbenommen.

Weiterhin ist derzeit umstritten, ob der Mindestlohn auch bei Personen- oder Güterverkehr aus einem EU-Mitgliedstaat oder einem Drittstaat – also bei reinen Transitfahrten im Bundesgebiet – zur Anwendung kommt bzw. ob dies unionsrechtlich zulässig ist.¹⁷⁰ Die

159 Dies ist insbesondere bei einem Auftragsvolumen ab 10.000 Euro der Fall, vgl. ErfK/Schlachter (Fn. 5), AEntG § 23 Rn. 5.

160 Betroffen ist die gesamte Subunternehmerkette, vgl. Bissels/Falter, BB 2015, 373.

161 ErfK/Schlachter (Fn. 5), AEntG § 23 Rn. 5.

162 Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler (Fn. 89), § 23 Rn. 16.

163 S. Gola/Jaspers, RDV 2015, 113, 115.

164 S. Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1723.

165 Ramming, NZA-Beilage 4/2014, 149, 151.

166 BT-Drs. 18/4403, 5 f.

167 Vgl. die Übersicht nach Branchen in BT-Drs. 18/4403, 7

168 BT-Drs. 18/5807, 9, 142.

169 BMAS, Der Mindestlohn wirkt, S. 10, unter <http://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Meldungen/der-mindestlohn-wirkt.html> (12.1.2016).

170 Hierzu Sittard, NZA 2015, S. 78 ff.; Forst, ZESAR 2015, S. 205 ff.; Bissels/Falter/Evers, ArbRAktuell 2015, 4 ff.; Moll/Katendahl, DB 2015, 555 ff.

EU-Kommission sah in der »Anwendung des Mindestlohngesetzes auf alle Verkehrsleistungen, die deutsches Gebiet berühren, eine unverhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit und des freien Warenverkehrs«¹⁷¹. Sie leitete daher ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland ein. Aufgrund der europarechtlichen Bedenken hatte die Bundesregierung bereits im Februar 2015 bis auf weiteres im reinen Transitverkehr die Kontrolle und Ahndung von Verstößen gegen das MiLoG ausgesetzt.¹⁷² Damit bleibt zwar die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns auch im Transitverkehr¹⁷³ bestehen, jedoch führt die Aussetzung der Kontrolle und Sanktionierung faktisch zu einer eingeschränkten Durchsetzbarkeit, wenn sich der Mindestlohnanspruch aufgrund fehlender Dokumentationen des Arbeitgebers ggf. nur schwer nachweisen lässt.

b) Ausschluss von Vergabeverfahren

Verstöße gegen das MiLoG können auch Auswirkungen auf Vergabeverfahren haben. Wurde gegen einen Unternehmer ein Bußgeld nach § 21 MiLoG iHv. mindestens 2.500 Euro festgesetzt, regelt § 19 Abs. 1 MiLoG, dass er bei einer Bewerbung um öffentliche Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsverträge für eine angemessene Zeit von der Vergabe ausgeschlossen werden soll, bis er seine Zuverlässigkeit wieder hergestellt und dies nachgewiesen hat. Angemessen ist regelmäßig ein Zeitraum von bis zu drei Jahren, wobei auch eine Verlängerung möglich ist.¹⁷⁴

Problematisch ist, dass die Ausschlussnorm entgegen ihrem Vorbild in § 21 AEntG keine Möglichkeit enthält, einen Bewerber bei einer zweifelsfreien schwerwiegenden Verfehlung bereits vor Abschluss des Bußgeldverfahrens vom Vergabeverfahren auszuschließen.¹⁷⁵ Dies ist erst nach Erlass des Bußgeldbescheides möglich. Nicht erforderlich ist jedoch, dass der Bescheid bereits rechtskräftig ist, sodass ein Ausschluss auch während eines noch laufenden Anfechtungsverfahrens möglich ist.¹⁷⁶ Wird der Bußgeldbescheid infolgedessen aufgehoben und entfällt demnach der Grund für den Ausschluss des Unternehmens von einem Vergabeverfahren rückwirkend, wirft dies jedoch weitere Fragen auf.¹⁷⁷

c) Straftaten

Mit der Nichtzahlung des Mindestlohns können auch verschiedene Straftaten einhergehen. Zu denken ist insbeson-

dere an § 266a Abs. 1 StGB, der das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen unter Strafe stellt. Zu beachten ist hierbei das Entstehungsprinzip, wonach sich die Beitragsschuld grundsätzlich aus dem geschuldeten und nicht aus dem tatsächlich gezahlten Arbeitsentgelt ergibt.¹⁷⁸ Ferner können u. a. auch ein Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) und Lohnwucher (§ 291 Abs. 1 Nr. 3 StGB) vorliegen.¹⁷⁹

IV. Auswirkungen des Mindestlohns

Von den unter II.4. dargestellten Ausnahmen abgesehen, hat der Gesetzgeber mit dem MiLoG ein Regelwerk geschaffen, das allen inländischen Arbeitnehmern unmissverständlich einen Vergütungsanspruch von wenigstens 8,50 Euro je Stunde zuerkennt. Die erhofften und befürchteten Auswirkungen dieses Anspruchs auf den Arbeitsmarkt, die Sozialversicherungssysteme und die Gesamtgesellschaft wurden insbesondere im Vorfeld und in der Eingangsphase des Gesetzes zT. sehr kontrovers diskutiert. Nachdem das MiLoG nunmehr über ein Jahr in Kraft ist, stellt sich die Frage, ob es den hohen Erwartungen gerecht wurde, die propagierten »Schreckensszenarien« eingetreten sind oder nahezu keinerlei Auswirkungen zu verzeichnen sind. In Ermangelung eingehender empirischer Untersuchungen und in Anbetracht des vergleichsweise kurzen Zeitraums seit Inkrafttreten des MiLoG kann jedoch nur eine vorläufige Einschätzung erfolgen.

1. Mindestlöhne in Europa

Gesetzliche Mindestlöhne sind in Europa keine Seltenheit. Mit Ausnahme von Österreich, Italien, Zypern und den skan-

171 Pressemitteilung IP/15/5003 der EU-Kommission vom 19.5.2015, unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5003_de.htm (12.1.2016).

172 http://www.zoll.de/SharedDocs/Aktuelle_Einzelmeldungen/DE/Fachmeldungen/arbeitsgesetzlicher_mindestlohn_2.html (12.1.2016)

173 Das MiLoG ist hier uneingeschränkt anwendbar, vgl. Schaub/Vogelsang, ArbR-HdB § 66 Rn. 21; aA. Sittard, NZA 2015, 78, 82 sowie Bissels/Falter/Evers, ArbRAktuell 2015, 4 ff.

174 Schubert/Jerchel/Düwell (Fn. 6), Rn. 243; Riechert/Nimmerjahn (Fn. 44), § 19 Rn. 26; S. auch Pötters/Krause, NZA 2015, 398, 401.

175 Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1723; dieser Passus wurde wieder gestrichen, vgl. BT-Drs. 18/2010, S. 24.

176 Vgl. Kittner/Zwanziger/Deinert-Lakies (Fn. 17), § 9 Rn. 175.

177 Zu Rechtsschutz und Schwierigkeiten vgl. Riechert/Nimmerjahn (Fn. 44), § 19 Rn. 47 ff.

178 BSG, 30.8.1994 – 12 RK 59/92 – BSGE 75, 61; Deinert, AiB 2012, 255, 257.

179 Weiter Heuschmid/Hlava, NJW 2015, 1719, 1723 f.; Pötters/Krause, NZA 2015, 398, 401.

dinavischen Ländern (Dänemark, Schweden, Finnland) sieht jede europäische Rechtsordnung einen gesetzlichen Mindestlohn vor.¹⁸⁰ Zum Teil können die Länder auf eine langjährige Erfahrungspraxis zurückblicken. So besteht bspw. in Großbritannien bereits seit 1999 ein gesetzlicher Mindestlohn.¹⁸¹ Im gesamteuropäischen Vergleich liegt Deutschland mit einem Mindestlohn von 8,50 Euro im oberen Bereich. Zum Teil deutlich höhere Mindestlöhne werden dagegen u. a. in Luxemburg (11,12 Euro), Frankreich (9,61 Euro), den Niederlanden (9,21 Euro) und Belgien (9,10 Euro) gewährt.¹⁸²

2. Vom Mindestlohn betroffene Personen

Es existieren keine gesicherten Erkenntnisse, wie viele Arbeitnehmer und Betriebe vom Mindestlohn betroffen sind. Die Zahlen schwanken hier teilweise zwischen 4,6 Mio.¹⁸³ und 5 Mio.¹⁸⁴ Beschäftigten. Teilweise wird von deutlich über 6 Mio. ausgegangen.¹⁸⁵ Die Bundesregierung spricht hingegen von 3,7 Mio. Arbeitnehmern.¹⁸⁶ Insgesamt sollen etwa 12 % der Betriebe in Deutschland betroffen sein.¹⁸⁷

Die Studien stellen hierbei auf die Anzahl der Anspruchsinhaber nach § 1 MiLoG ab. Betrachtet man das gesamte Regelwerk des MiLoG, also auch die Auswirkungen des Verbots von Ausschlussfristen für den Sockelbetrag von 8,50 € nach § 3 MiLoG, sind natürlich deutlich mehr Arbeitnehmer und Betriebe vom MiLoG betroffen. Ferner ist zu berücksichtigen, dass auch Arbeitgeber im Ausland und ausländische Arbeitnehmer im Inland vom MiLoG erfasst sein können.

Im Übrigen soll es nach der Konjunkturprognose des DIW in den 25 am stärksten vom Mindestlohn betroffenen Branchen keine wesentlichen Preiserhöhungen für die Verbraucher gegeben haben, wobei dies in einzelnen Branchen (zB. Taxigewerbe) gleichwohl der Fall war.¹⁸⁸

3. Auswirkungen auf die Entgeltentwicklung

Die Frage, welche direkten Auswirkungen der gesetzliche Mindestlohn auf die Löhne von Arbeitnehmern hat, lässt sich nicht verallgemeinern. Klar ist, dass ein Großteil der Beschäftigten, die bislang weniger als 8,50 Euro je Stunde verdient haben, nun einen Anspruch auf eine höhere Entlohnung haben. Allerdings dürfen hierfür nicht – wie es jedoch in einigen Studien der Fall ist – pauschal alle Arbeitnehmer in den Blick genommen werden, die vor dem Jahr 2015 unterhalb des heutigen Mindestlohns vergütet wurden.

Zu berücksichtigen sind hier die Ausnahmen nach § 22 MiLoG insbesondere für Langzeitarbeitslose und Minderjährige ohne Berufsausbildung sowie die Übergangsregelung nach § 24 Abs. 2 MiLoG für Zeitungszusteller. Überdies gilt der Mindestlohn in den Anfangsjahren nicht für Arbeitnehmer, die unter den Geltungsbereich eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags fallen (§ 24 Abs. 1 MiLoG).

Die Tarifabschlüsse liegen in den meisten Branchen deutlich über dem Mindestlohn. So liegen 94 % der Tarifabschlüsse über dem derzeitigen Mindestlohn von 8,50 Euro und 83 % oberhalb von 10 Euro.¹⁸⁹ Von den 6 % der Vergütungsgruppen, die unter dem Mindestlohn liegen, beruhen zwei Drittel auf allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen zu Branchenmindestlöhnen und der Rest auf älteren Tarifverträgen, die bereits seit längerer Zeit nicht mehr neu verhandelt wurden.¹⁹⁰ Letztere verloren mit der Einführung des MiLoG insoweit ihre Gültigkeit (§ 3 MiLoG). Allgemein existierten im Januar 2015 insbesondere in folgenden Branchen Tarifgruppen unterhalb von 8,50 Euro: Floristik, Friseurhandwerk, Gebäudereinigung, Landwirtschaft und Gartenbau.¹⁹¹

Bezogen auf die Branchenmindestlöhne nach dem AEntG, die in der Übergangszeit auch unterhalb von 8,50 Euro dem MiLoG vorgehen, zeigt sich, dass Anfang 2015 für 18 Wirtschaftszweige mit insgesamt rund 4,6 Mio. Beschäftigten spezifische Mindestlöhne bestanden.¹⁹² All-

180 S. Übersicht des WSI-Tarifarchivs unter http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_43610.htm (12.1.2016).

181 Zu den Erfahrungen aus Großbritannien vgl. *Bosch/Jaehrling/Weinkopf*, Gesetzlicher Mindestlohn in der Praxis – Bedingungen für eine erfolgreiche Umsetzung, WISO direkt 6/2015.

182 WSI-Mindestlohn Datenbank, Stand Januar 2015, S. 9 unter http://www.boeckler.de/pdf/ta_mldb_v0115.pdf (12.1.2016).

183 *Lesch/Mayer/Schmid*, IW policy paper 4/2014, S. 2.

184 *Knabe/Schöb/Thum*, Der flächendeckende Mindestlohn, Diskussionsbeiträge Economics 4/2014, Freie Universität Berlin, S. 25.

185 Nachweise bei *Bosch/Weinkopf*, Zur Einführung des gesetzlichen Mindestlohns von 8,50 € in Deutschland, HBS-Arbeitspapier Nr. 304, S. 46.

186 Vgl. Bundesregierung unter <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/04/2015-04-09-mindestlohn-100-tage.html> (12.1.2016).

187 *Bellmann/Bossler/Gerner/Hübner*, IAB-Kurzbericht 6/2015, S. 1.

188 Hierzu Interview mit dem DIW-Institutspräsident *Fratzcher* unter <http://www.wiwo.de/politik/deutschland/mindestlohn-ueberraschung-bei-der-konjunkturprognose/11523840.html> (12.1.2016).

189 *Bispinck/WSI-Tarifarchiv*, WSI Niedriglohn-Monitoring 2015, Elemente qualitativer Tarifpolitik Nr. 80, S. 1.

190 *Bispinck/WSI-Tarifarchiv*, WSI Niedriglohn-Monitoring 2015, S. 3 ff.; Böckler-Impuls 8/2015, S. 2.

191 Tabelle bei *Bispinck/WSI-Tarifarchiv*, WSI Niedriglohn-Monitoring 2015, S. 6.

192 *Bispinck/WSI-Tarifarchiv*, WSI Niedriglohn-Monitoring 2015, S. 8, 10.

gemein lassen sich folgende Branchen identifizieren, die – übergangsweise – vom MiLoG abweichende, niedrigere Löhne zahlen:¹⁹³ Friseurhandwerk, Fleischindustrie sowie Land- und Forstwirtschaft, Gartenbau. Weiterhin zeigt sich eine Fortschreibung der unterschiedlichen Entlohnung in den alten und neuen Bundesländern. So erhalten Arbeitnehmer in Ostdeutschland zusätzlich in den Bereichen Wäsche-reisdienstleistungen, in der Textil- und Bekleidungsindustrie sowie in Leih-/Zeitarbeitsunternehmen weniger als den gesetzlichen Mindestlohn. Langfristig wird der Mindestlohn damit aber auch zu einer partiellen Angleichung wenigstens eines Grundlohns im gesamten Bundesgebiet führen.

Bezogen auf die Gesamtheit der Arbeitnehmer – tarifgebunden und tarifungebunden – war jedenfalls im Jahr 2010 davon auszugehen, dass zwischen 11,4 % und ca. 15 % weniger als den Mindestlohn verdienten, was für den Gesetzgeber auch Anlass war, das MiLoG zu konzipieren.¹⁹⁴ Die Deutsche Bundesbank stellte in ihrem Monatsbericht August 2015 fest, dass es im ersten Quartal 2015 erstmals seit zwei Jahren wieder einen »positiven Lohndrift« gegeben habe, der v.a. Geringqualifizierten und Beschäftigten in Niedriglohnbereichen zugutekam und wesentlich auf die Einführung des Mindestlohns zurückgeführt werden könne.¹⁹⁵

Im Übrigen hat sich gezeigt, dass im Februar 2015 im Vergleich zum Vormonat die Zahl der Arbeitnehmer, die zusätzlich zu ihrem Arbeitsentgelt aufstockende SGB II-Leistungen in Anspruch nehmen mussten, um 55.000 gesunken ist und damit deutlich mehr als üblich.¹⁹⁶ Dass gerade diese Gruppe von der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns besonders profitieren kann, zeigt eine Studie des IAB. Demnach verdienten im Jahr 2013 etwa 68 % der sog. »Aufstocker« weniger als 8,50 Euro; der Stundenlohn betrug durchschnittlich 5,50 Euro.¹⁹⁷

4. Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt

a) Arbeitslosenzahlen

Ein häufig gegen den Mindestlohn vorgebrachtes Argument war und ist, dass dieser zu einer erhöhten Arbeitslosigkeit führen würde. Anlass zu diesen Befürchtungen boten insbesondere verschiedene Studien, die sich im Vorfeld mit den Auswirkungen des MiLoG befassten. Das Institut für Wirtschaftsforschung (IFO) an der Universität München errechnete bspw. im Jahr 2014, dass die Einführung eines Mindestlohns iHv. 8,50 Euro zu einem Verlust von über 900.000

Arbeitsplätzen führen würde, einschließlich des Verlusts von 660.000 geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen.¹⁹⁸

Die Arbeitsmarktzahlen zeigen hier jedoch ein ganz anderes Bild. Nach den offiziellen Statistiken der BA waren im Juni 2015 rund 122.000 (4 %) weniger Arbeitslose gemeldet, als im Vorjahr. Jedenfalls für April 2015 konnte zudem im Vergleich zum Vorjahr bereits eine Zunahme sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungen um 521.000 festgestellt werden.¹⁹⁹ Dieser Trend setzte sich auch zum Jahresende noch fort.²⁰⁰ Es ist demnach nicht feststellbar, dass der Mindestlohn bislang zu einem deutlichen Rückgang der Erwerbstätigkeit geführt habe. Ebenso konstatierte das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung (DIW) in Berlin mit Blick auf seine Konjunkturprognose, dass bislang keine negativen Beschäftigungseffekte aufgrund des Mindestlohns erkennbar seien.²⁰¹ Ferner kommt auch die neuere empirische Mindestlohnforschung in den USA und Großbritannien zu dem Ergebnis, dass Mindestlöhne allgemein beschäftigungsneutral seien.²⁰²

b) Rückgang geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse

Gleichwohl kann nicht übersehen werden, dass die Anzahl an geringfügigen Beschäftigungen tatsächlich merklich zurückgegangen ist. Jedenfalls die Zahl derjenigen, die ausschließlich geringfügig beschäftigt sind, ist im März 2015

193 Vgl. WSI, PM vom 8.1.2015, S. 8, unter http://www.boeckler.de/pdf/pm_ta_2015_01_08.pdf (12.1.2016).

194 BT-Drs. 18/1558, S. 27.

195 Deutsche Bundesbank, Monatsbericht August 2015, S. 58 f.

196 BMAS, Der Mindestlohn wirkt, Juni 2015, S. 2, unter <http://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Meldungen/der-mindestlohn-wirkt.html> (12.1.2016).

197 Bruckmeier/Eggs/Sperber/Trappmann/Walwei, Arbeitsmarktsituation von Aufstockern, IAB-Kurzbericht 19/2015, S. 4.

198 Knabe/Schöb/Thum, Der flächendeckende Mindestlohn, Diskussionsbeiträge Economics 4/2014, S. 34.

199 BA, Der Arbeits – und Ausbildungsmarkt in Deutschland – Monatsbericht Juni 2015, S. 13 f., unter <http://statistik.arbeitsagentur.de/Statistischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Monatsbericht-Arbeits-Ausbildungsmarkt-Deutschland/Monatsberichte/Generische-Publikationen/Monatsbericht-201506.pdf> (12.1.2016).

200 BA, Der Arbeits – und Ausbildungsmarkt in Deutschland – Monatsbericht Dezember und Jahr 2015, S. 12, 19, unter <http://statistik.arbeitsagentur.de/Statistischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Monatsbericht-Arbeits-Ausbildungsmarkt-Deutschland/Monatsberichte/Generische-Publikationen/Monatsbericht-201512.pdf> (12.1.2016).

201 Siehe hierzu das Interview mit dem DIW-Institutspräsident Fratzscher unter <http://www.wiwo.de/politik/deutschland/mindestlohn-ueberraschung-bei-der-konjunkturprognose/11523840.html> (12.1.2016)

202 s. die Stellungnahme von Bosch in Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 66 f. mwN.

im Vergleich zum Vorjahr um 188.000 auf 4,84 Mio. zurückgegangen (entspricht 3,7 %), ein Rückgang, den die BA auf den Mindestlohn zurückführt.²⁰³ Dieser Trend setzte sich auch im Juli 2015 noch fort (190.000 bzw. 3,7 % weniger als im Vorjahr).²⁰⁴ Inwieweit die aufgegebenen Minijobs in sozialversicherungspflichtige Beschäftigung mündeten oder zu Arbeitslosigkeit führten, lässt sich nicht zuverlässig feststellen. Es hat sich jedoch gezeigt, dass in Branchen mit einem typischerweise hohen Anteil an Minijobbern die Anzahl sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse im ersten Quartal 2015 angestiegen ist (im Handel um 60.000 und im Gastgewerbe um 50.000).²⁰⁵

c) Schattenwirtschaft

Schließlich könnte der Mindestlohn zu einem Anstieg der Schwarzarbeit führen. Hierzu hatte das Institut für angewandte Wirtschaftsforschung (IAW) an der Universität Tübingen für das Jahr 2015 prognostiziert, dass die Schattenwirtschaft im Vergleich zu 2014 insgesamt konstant bleiben werde.²⁰⁶ Da jedoch die Schattenwirtschaft in Deutschland seit 2003 nahezu durchgängig zurückging und auch in anderen OECD-Ländern ein Rückgang erwartet werde,²⁰⁷ wäre eine Stagnierung eher negativ zu sehen. Die Wissenschaftler nehmen an, dass der Mindestlohn und die höheren Sozialversicherungsbeiträge die Schattenwirtschaft um 1,5 Mrd. Euro erhöhe.²⁰⁸ Das methodische Vorgehen der Studie wird jedoch angezweifelt. So liege der Studie ein Modell zugrunde, wonach höhere Lohnkosten stets zu mehr Schwarzarbeit führten.²⁰⁹ Letztlich ist festzuhalten, dass sich verlässliche Angaben über die Höhe der Schwarzarbeit der Natur der Sache nach nicht seriös ermitteln lassen. Die Auswirkungen des Mindestlohns auf die Schattenwirtschaft dürften aber ohnehin nur marginal sein.²¹⁰

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das MiLoG seinem Anspruch, einen flächendeckenden Mindestlohn zu schaffen, aufgrund der Ausnahmen nicht gänzlich gerecht wird.

Es bietet jedoch einer Vielzahl von Arbeitnehmern einen angemesseneren Lohn und hat zugleich allenfalls geringe Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt. Hervorzuheben ist hier jedoch der Rückgang an Minijobs. Dieser ist gerade vor dem Hintergrund der gleichzeitigen Zunahme sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse in Niedriglohnbereichen nicht negativ zu bewerten. In Anbetracht der gesamtgesellschaftlichen Vorteile, die mit dem MiLoG einhergehen (u. a. auch die Entlastung der Sozialsysteme), kann der Mindestlohn bislang insgesamt als erfolgreich beurteilt werden. Im Übrigen genießt er auch einen großen Rückhalt in der breiten Bevölkerung. So ergab eine im Februar 2015 durchgeführte Umfrage, dass 86 % der Deutschen den Mindestlohn befürworten.²¹¹

Für die tatsächliche Durchsetzung des Mindestlohnanspruchs stehen verschiedene Mechanismen zur Verfügung. Insbesondere die Unternehmerhaftung und drohende Bußgelder setzen hier sinnvoll an. Gleichwohl bieten noch bestehende Rechtsunsicherheiten Türen für Umgehungsstrategien, die von der Rechtsprechung zu schließen sein werden. Insbesondere wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass der Unternehmerbegriff nach § 13 MiLoG iVm. § 14 AEntG weiter reicht, als es in der früheren Rechtsprechung des BAG zum AEntG der Fall war.

203 BA, Monatsbericht Juni 2015, S. 10; ebenso Deutsche Bundesbank, Monatsbericht August 2015, S. 55.

204 BA, Monatsbericht September 2015, S. 10.

205 Vgl. BMAS, Der Mindestlohn wirkt, Juni 2015, S. 1 f, unter <http://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Meldungen/der-mindestlohn-wirkt.html> (12.1.2016).

206 Schneider/Boockmann, Die Größe der Schattenwirtschaft – Methodik und Berechnungen für das Jahr 2015, S. 21.

207 Schneider/Boockmann (Fn. 206), S. 23.

208 Schneider/Boockmann (Fn. 206), S. 25.

209 Ver.di Wirtschaftspolitik, Mindestlohn-Schwarzarbeit?, unter <http://wipo.verdi.de/portal/wipo/publikationen/++co++3d8b0118-adfd-11e4-962f-52540059119e> (12.1.2016).

210 Ebenso Ver.di Wirtschaftspolitik, Mindestlohn-Schwarzarbeit? (Fn. 209).

211 Erstellt im Auftrag des DGB: Infratest dimap, Bewertung des gesetzlichen Mindestlohns, unter <http://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/umfragen/aktuell/86-prozent-der-deutschen-haelt-einfuehrung-des-gesetzlichen-mindestlohn-fuer-richtig/> (12.1.2016).

Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats – Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht Band 1 – Eigenheiten und Zukunft von Sozialpolitik und Sozialrecht

Herausgegeben von Peter Masuch/Wolfgang Spellbrink/
Ulrich Becker/Stephan Leibfried, 2014, Erich Schmidt Verlag,
Berlin, 823 S. (ISBN 978-3-503-15669-6), 168 €

»Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats« ist ein zweibändiges Werk mit zusammen 1636 Seiten und 70 Beiträgen aus Rechtswissenschaft, Geschichtswissenschaft, Politikwissenschaften, Soziologie, Ökonomie, Sozialphilosophie, Gesundheits- und Pflegewissenschaften. Hier wird der 2014 erschienene Band 1 »Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht – Eigenheiten und Zukunft von Sozialpolitik und Sozialrecht« besprochen. Band 2 »Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung – Richterliche Wissensgewinnung und Wissenschaft« ist 2015 erschienen. Herausgeber sind *Peter Masuch*, Präsident des Bundessozialgerichts (BSG), *Wolfgang Spellbrink*, Richter am BSG und Honorarprofessor der Universität Kassel, *Ulrich Becker*, Direktor am *Max-Planck*-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik und Honorarprofessor der Universität München und *Stephan Leibfried*, SOCIUM Bremen und Sprecher des DFG-Sonderforschungsbereichs »Staatlichkeit im Wandel«.

Anspruch des Gesamtwerks ist, so die Herausgeber im Vorwort, »eine breite Bilanz zu unserem Sozialstaat und seiner rechtsstaatlichen Sicherung (...), (...) die zudem rechtlich, sozialpolitisch, ökonomisch und historisch weit ausgreift«. Die Relevanz wird untermauert durch den Hinweis, dass in Deutschland für Sozialpolitik bald ein Drittel des Bruttoinlandsprodukts umgesetzt und mehr als die Hälfte des gesamtstaatlichen Haushalts eingesetzt wird. Fast alle zentralen sozialpolitischen Konflikte, so die Herausgeber, erreichen immer wieder das BSG, so dass die Sozialgerichtsbarkeit ein Interesse an der Analyse nicht nur der rechtlichen Konflikte, sondern auch ihrer sozialen Natur, ihrer Reichweite und ihrer Folgen haben muss. Dem stellen sie gegenüber, dass dem deutschen Wissenschaftssystem die Selbstverständlichkeit, sich mit »dem Sozialen« und seinen institutionellen Ausformungen zu befassen, verloren gegangen ist. Sie konstatieren einen Rückzug der Forschung zu Sozialstaat und Sozialrecht in Volkswirt-

schaft, Historik, Rechtswissenschaft, Soziologie, Politikwissenschaft und Sozialethik.

Aufbau und Inhalt

Die Denkschrift hat drei Hauptteile. »Sozialpolitische und historische Grundlagen: das Besondere des deutschen Sozialstaats« (1–309) setzt ein mit drei einführenden Beiträgen (3–71), gefolgt von neun Beiträgen zu geschichtlichen Grundentscheidungen (72–201) und historischen Querschnitten (202–263). Drei weitere Beiträge behandeln dann spezifisch Sozialgerichtsbarkeit und Verrechtlichung des Sozialstaats (264–311). Der zweite Hauptteil »Sozialrechtliche Grundlagen: Das Besondere der rechtlichen Ausformung des Sozialstaats« (312–497) umfasst acht rechtswissenschaftliche Beiträge zu Grundsatz- und Querschnittfragen des Sozialrechts. Im dritten Hauptteil »Herausforderungen des Sozialstaats« (498–775) befassen sich drei Beiträge mit »Internationalisierung und Europäisierung« (498–557), vier mit »Familie, Gender und Zivilgesellschaft« (558–629), vier mit »Bildung, Migration und Arbeitsmarkt – soziale Polarisierung« (630–709) und drei mit »Demographische Entwicklung und zukünftige Finanzierung« (710–775).

Der zweite Band ergänzt die sozialwissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Grundsatzbeiträge der Denkschrift mit einer Gliederung nach sozialen Risiken und Problemlagen (Alterssicherung und Erwerbsminderung, Pflege, Gesundheit, Arbeitsmarktpolitik, Armut und Unterversorgung, Unterhaltsverband, Behinderung und Rehabilitation, Strukturprobleme der Finanzierung sozialer Sicherheit).

Im Gesamtensemble lässt sich das BSG mit 27 rechtswissenschaftlichen Beiträgen und 43 Beiträgen der Nachbarwissenschaften feiern. Das ist bemerkenswert, wenn man die sonst üblichen monodisziplinären Festschriften kennt.

Historische Grundlagen

Kaufmann (21–45) zieht die Linie von *Hegel*, *Lorenz von Stein* und *Laverne-Pegülhen* im 19. Jahrhundert über *Heller* und *Heimann* in der Weimarer Republik bis in die Bundesrepublik zu *Müller-Armack* und *Zacher* und liefert damit einen unverzichtbaren ideengeschichtlichen Einstieg. *Florian Tennstedt* (Universität Kassel) beleuchtet die erste Aus-

formung der Sozialgesetzgebung in der Bismarckzeit (72–92) und zeigt differenziert die unterschiedlichen Wurzeln der drei klassischen Sozialversicherungszweige auf, die keineswegs aus einem Guss sind. *Ulrike Haerendel* (Ev. Akademie Tutzing) betrachtet die Weiterentwicklung des Sozialstaats im Kaiserreich und in der Weimarer Republik (93–117) mit der Entwicklung zur RVO und darüber hinaus, dem Schutz der Arbeiterinnen und Arbeiter, der Entwicklung der Fürsorge vor allem in der Weimarer Republik und schließlich der Arbeitslosenversicherung. *Marc von Miquel* (Dokumentations- und Forschungsstelle der Sozialversicherungsträger Bochum) beschreibt den »völkischen« Wohlfahrtsstaat in der NS-Zeit (119–138), mit wohl begründeter begrifflicher Differenzierung. Er zeigt die Breite nationalsozialistischer Eingriffe in Form und Inhalt der sozialen Sicherung und schlägt den Bogen bis zu den jüngsten Konflikten in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung um die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Rentenversicherung (136–138).

Hans-Günter Hockerts (Universität München) thematisiert die sozialstaatlichen Grundentscheidungen in der frühen Bundesrepublik (139–159). Er diskutiert den Sozialstaat als rechtlichen und politischen Leitbegriff (142 f.), der die arbeitsrechtliche Regulierung ausdrücklich einschließt, während Definitionen des »welfare state« das Arbeitsrecht eher ausgeklammert haben. Hier gerät die 1954 eingeführte Sozialgerichtsbarkeit in den Blick (150–152), bei deren Entstehung auch eine gemeinsame Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit zur Diskussion gestanden hatte. *Christiane Kuller* (Universität Erfurt) und *Wilfried Süß* (Zentrum für zeithistorische Forschung Potsdam) fassen in einem Beitrag den »entfalteten Sozialstaat« (ab 1966) und die Wiedervereinigung zusammen (161–179). Hier werden die Verbindungslinien zu Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen vor allem im Hinblick auf Arbeitsmarkt und Tarifbindung in den frühen 1990er Jahren ausgeführt (178). Ein eigener Beitrag zu den Eigenheiten der sozialen Sicherung in der DDR und ihrer Transformation ist in der Denkschrift nicht vorhanden, entsprechend rücken der spezifische Beitrag der Sozialgerichtsbarkeit zur Bewältigung des Übergangs nach 1990, insbesondere in ihrem Aufbau in den neuen Ländern und im Rentenrecht, nicht in den Blick.

Gabriele Metzler (Humboldt Universität Berlin) betrachtet die lange Geschichte der wissenschaftlichen Politikberatung in der Sozialpolitik von *Machiavelli* bis *Hartz* und *Rürup* und setzt sie in Verbindung zum Konzept der Wis-

sensgesellschaft (203–219). Geschildert werden die »großen« Beiräte und Kommissionen, weniger die übergreifenden Strukturen und »epistemischen Gemeinschaften«, wie sie *Britta Rehder* für das Arbeitsrecht erforscht hat¹.

Wolfgang Ayaß (Universität Kassel) stellt als Wege zur Sozialgerichtsbarkeit Schiedsgerichte und Reichsversicherungsamt bis 1945 vor (265–282). Dabei wird wiederum die Vielfalt der anfänglichen Entwicklungen deutlich, die später in der Sozialgerichtsbarkeit zusammengeführt wurden, ein Prozess, den *Ayaß* im Wesentlichen mit der RVO vollzogen sieht (276–278). *Ayaß* beleuchtet detailliert Verfahrensordnungen, zeigt rechtssoziologische Beobachtungen ebenso wie Einzelfälle aus der frühen Rechtsprechung und stellt handelnde Personen vor. *Andreas Voßkuhle* und *Johannes Gerberding* untersuchen das Bundessozialgericht unter dem Grundgesetz (283–295). Sie schildern dazu die Entstehung von Art. 95 Abs. 1 GG und die Kontroversen um eine Zusammenfassung oder Trennung von Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (289 f.), die verfassungsrechtliche Garantie des BSG und die Offenheit des Grundgesetzes für die Gestaltung des Instanzenzuges und des Unterbaus der Gerichtsbarkeit.

Sozialpolitikforschung

Die mit der Denkschrift zu fördernde Anschlussfähigkeit beginnt in der Terminologie. Im Vorwort wird ausgeführt, dass beim »Sozialstaat« – im Gegensatz zum angloamerikanischen »Wohlfahrtsstaat« (»welfare state«) – der Rechtsstaat und »das Soziale« zusammengedacht werden (X), *Kaufmann* expliziert dies (781). *Leibfried* bestätigt im Beitrag »Der Wohlfahrtsstaat: Ursprünge, Entwicklungen, Herausforderungen.« (3–20) die Differenzierung (7), benutzt die Termini dann im Weiteren aber überwiegend synonym, um in die vergleichende Sozialstaatsforschung, vor allem im Anschluss an *Esping-Andersen*, einzuführen und einige Reformtrends zu benennen. *Herbert Obinger* (Universität Bremen) zeigt Deutschland im Vergleich zentraler Sozialstaatsindikatoren (47–70), zu denen hier Sozialausgaben und Finanzierung, Lohnersatzraten, Regulierungsdichte, Einkommensungleichheit und Arbeitsmarktfaktoren gehö-

¹ *Rehder*, Rechtsprechung als Politik – Der Beitrag des Bundesarbeitsgerichts zur Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland, Frankfurt a. M. 2011.

ren. Im Ergebnis sieht er den »mittleren Weg« Deutschlands durch die Daten bestätigt.

Die Sozialstaatsentwicklung im vereinten Deutschland von 1990 bis 2014 wird von *Frank Nullmeier* (Universität Bremen) politikwissenschaftlich behandelt und periodisiert (181–199). Bei der Beschreibung der »Agendapolitik« von 1999 bis 2007 werden die Hartz-Gesetze behandelt (185–189). Deren spezifische Herausforderung der sozialen Rechtsstaatlichkeit, wie sie in der Klageflut bei den Sozialgerichten zum SGB II seit 2005 und den BVerfG-Entscheidungen zu den Arbeitsgemeinschaften (2007) und zum Existenzminimum (2010) zum Ausdruck kam, wird nicht vertieft. Ein Blick auf Leistungen und Limitationen ausgeprägten Rechtsschutzes bei der Bewältigung von Reformen wäre für Geschichts- und Politikwissenschaften gleichermaßen interessant. Ein Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht leuchtet in der jüngsten Vergangenheit auf, wo *Nullmeier* aufzeigt, dass der Mindestlohn sowohl als Stopp weiterer Flexibilisierungsbestrebungen am Arbeitsmarkt wie auch als zwingendes Element einer konsequent zu Ende geführten Agendapolitik gedeutet werden kann (199).

Eine weitere Deutung zur jüngeren Vergangenheit der deutschen Sozialpolitik gibt *Manfred G. Schmidt* (Universität Heidelberg) mit der Leitfrage, ob sich das Land noch immer auf dem »mittleren Weg« befinde (221–240). Er sieht seit den 1990er Jahren insgesamt größere Spannungen zwischen Wirtschafts- und Sozialpolitik (228), fragmentiertere Arbeitsbeziehungen (232) und eine größere Bandbreite sozialpolitischer Pfade (233). Im internationalen Vergleich der Entwicklungen und Daten sieht *Schmidt* ein liberaleres Schweden, eine sozialere USA – und in der Mitte: Deutschland (234–240). *Peter Starke* (Syddansk Universitet Odense) untersucht den Beitrag des deutschen Sozialstaats zu Krisen und Krisenbewältigung (241–262) an Hand von Ölkrise, Wiedervereinigung, Finanz- und Eurokrise, insbesondere das Verhältnis von aktiver Arbeitsmarktpolitik, Konjunkturstabilisierung und Sparmaßnahmen. Für die letzte Finanzkrise wird insbesondere der Beitrag der Kurzarbeit zur Krisenbewältigung hervorgehoben (257–259).

Ebenfalls mit dem »mittleren Weg« befasst sich *Olaf Groh-Samberg* (Universität Bremen), der die wachsenden nationalen sozialen Ungleichheiten im internationalen Vergleich behandelt (683–709). Er relativiert diese an Hand von Daten, die zeigen, dass die Einkommensungleichheit in Deutschland zwar im internationalen Vergleich moderat

geblieben, aber besonders stark angestiegen ist (692 f.). Als sehr problematisch sieht er die Verfestigung von Armutslagen (697 ff.) und die niedrige und noch weiter sinkende soziale Mobilität in Deutschland an (705). *Groh-Samberg* schließt mit der beunruhigenden Feststellung, dass in Deutschland heute zunehmende Marktungleichheiten kompatibel sind mit quasi-ständischen Schließungsmechanismen (707). Sind das Gefahren und Not für den oder durch den beschworenen »mittleren Weg«? Die Beiträge zu Armut und Unterversorgung im zweiten Band (*Lenze, Hauser, Hanesch, Knickrehm*) sind dazu in Bezug zu setzen.

Den Arbeitsmarkt betrachten *Bernhard Ebbinghaus* und *Timo Weishaupt* (Universität Mannheim). Sie stellen die deutsche Aktivierungspolitik, vor allem durch die Hartz-Gesetze, in den internationalen Vergleich und sehen auch deren problematische Effekte durch Prekarisierung, die nicht zwingende Begleiterscheinung eines hohen Beschäftigungsniveaus sein muss, wie Nachbarländer zeigen (678). Ausbaufähige Fortschritte sehen sie beim aktiven Altern, der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Nachholbedarf bei sozial ausgerichteten Bildungsinvestitionen (681 f.). *Marius R. Busemeyer* (Universität Konstanz) versucht den Ansatz vom »Sozialinvestitionsstaat« zu operationalisieren (631–649). Ob man dabei wirklich zwischen »alten« und »neuen«, »investiven« und »konsumtiven« Ausgaben mit den erhofften Effekten differenzieren kann, bedarf weiterer Diskussion, bei der etwa die Wirklichkeit der Leistungen nach SGB II und SGB III genauer angesehen werden muss. Hierzu sind die Beiträge zur Arbeitsmarktpolitik im zweiten Band (*Hänlein, Sell, Ludwig-Mayerhofer, Roos*) ein guter Anknüpfungspunkt.

Zusammen mit dem Arbeitsmarkt ist der Familienverband die gesellschaftliche Struktur, auf der und an der Sozialrecht und Sozialpolitik ansetzen. *Elisabeth Beck-Gernsheim* (Universität München) befasst sich mit der Vielfalt und Konkurrenz der Familienformen, Leitbilder und Ansprüche (559–577). Sie beklagt die Komplexität des familienbezogenen Unterhalts-, Sozial- und Steuerrechts und fordert wirksame Hilfe, für die Familien sowie einen familienbezogenen Umbau der Arbeitswelt (577). *Gösta Esping-Andersen* (Universität Pompeu Fabra Barcelona) fragt »Will strong families return?« und kommt durch internationalen Vergleich ebenfalls zur Kritik am deutschen Sonderweg der Familienförderung und zur Bedeutung von »mother-friendly labor market policies« (592). *Ilona Ostner* (Universität Göttingen) vertieft diese Überlegungen im Hinblick auf

Grenzen der Individualisierung und neuere Entwicklungen in der sozialen Sicherung von Frauen (597–614). Sie erkennt eine Konvergenz der Familienpolitiken in der EU (602) und betrachtet die Widersprüche im Hinblick auf Individualisierung der Arbeitsmarkt-beteiligung und Familialisierung der haushaltsbezogenen Fürsorge, in Deutschland gerade durch das SGB II (607 ff.). Hier knüpfen die Beiträge zum Unterhaltsverband im zweiten Band (*Schuler-Harms, Meier-Gräwe, Huinink, Peter Becker*) an.

Sozialrecht und Sozialpolitik im europäischen und internationalen Kontext

Thorsten Kingreen (Universität Regensburg) behandelt Epochen der Europäisierung des Sozialrechts (313–331). Er sieht seit 1957 die Sozialpolitik zunächst als Annex des Binnenmarkts, seit 1992, vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, die Entwicklung sozialer Bürgerrechte. Dieser verfolge aber keine sozialpolitische, sondern eine integrationspolitische Agenda (326), bei der soziales Recht im Zweifel zurücktrete. Seit 2008 sieht *Kingreen* eine Europäisierung der Sozialstaatlichkeit und hält einen europäischen New Deal für angezeigt. Die Union werde nicht umhin kommen, sich vom Binnenmarktparadigma zu lösen und zu einer teileuropäischen Sozialpolitik zu kommen (330 f.). *Eberhard Eichenhofer* (Universität Jena) (516–538) betont noch stärker die Angewiesenheit des Binnenmarktes auf Sozialpolitik (524), sieht die aktivierende Sozialpolitik schon als Vorschein der EU-Sozialpolitik (526 f.) und behandelt mit Blick auf EU und ILO das Verhältnis von Wirtschafts- und Sozialpolitik. Wirtschaftsregulierung und Sozialgestaltung, so *Eichenhofer*, seien nur begrifflich, nicht in der Sache zu trennen (532). Entsprechend sieht er die deutschen Diskussionen über den Normvorrang an der Wirklichkeit scheitern (533).

Florian Rödl (Universität Frankfurt am Main) betrachtet die dialektische Entwicklung des Sozialen im Prozess der europäischen Integration dezidiert unter Einschluss der kollektiven Arbeitsbeziehungen (539–556). *Rödl* reflektiert unterschiedliche Blickwinkel der Sozialrechts- und der Arbeitsrechtswissenschaft und stellt der Fortschrittsgeschichte vom sozialen Europa skeptische Analysen vor allem aus den Sozialwissenschaften gegenüber. Für die kollektiven Arbeitsbeziehungen sieht er eine Verfallsgeschichte, die mit kompetitiver Deregulierung für den

Binnenmarkt beginnt und sich mit dem Einfluss der Euro-Krisenpolitik auf die Lohnfindung von Mitgliedstaaten zu Lasten der mitgliedstaatlichen Tarifsyste-me fortsetzt. Inso-wweit zeigen die Beiträge von *Kingreen, Eichenhofer* und *Rödl* divergente Einschätzungen auch für die Zukunft des Sozialen in Deutschland.

In diesem Kontext steht auch der einzige sozialphilosophische Beitrag der Denkschrift, in dem sich *Stefan Gosepath* (Freie Universität Berlin) und *Christian Schemmel* (University of Manchester) damit befassen, ob der Anspruch auf Gerechtigkeit transnationalisierbar ist (499–515). Sie stellen zunächst partikularistische und kosmopolitische Gerechtigkeitskonzeptionen gegenüber und schlagen dann als vermittelnden Ansatz den Bezug auf soziale Menschenrechte vor. Der Beitrag bezieht sich zwar mit dem Sozialpakt auf eine Rechtsnorm, vertieft jedoch nicht die neueren rechtswissenschaftlichen Diskussionen zu seiner Bedeutung². Echo der traditionellen Abstinenz ist allerdings die Aussage, »aus juristischer Sicht« besäßen die sozialen Menschenrechte nicht denselben völkerrechtlichen Rang wie liberale Freiheitsrechte und politische Teilnahmerechte (512).

Ulrich Becker stellt das deutsche Sozialrecht und seine Sozialrechtswissenschaft in den internationalen Vergleich (463–495). Er betont die grundsätzliche Verortung im öffentlichen Recht, zugleich aber den positiven Effekt der Einbindung zugleich in die privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Forschung und Lehre (465 f.). Damit ergibt sich eine internationale Sonderstellung, da das Sozialrecht in anderen Wissenschaftskulturen entweder strikter dem Arbeitsrecht verbunden oder aber kaum eigenständig sichtbar ist (467 ff.). Mit den gängigen Rastern der Sozialpolitikforschung ist der Vergleich der Sozialrechtsordnungen nur bedingt kompatibel (482 f.). *Becker* stellt den Bezug zwischen der im internationalen Vergleich besonderen eigenständigen deutschen Sozialgerichtsbarkeit und der Ausprägung der Sozialrechtswissenschaft her (485 ff.) und zeigt, dass das Sozialrecht in Deutschland besonders eng mit Verwaltungs- und Verfassungsrecht verschränkt ist (489). Übergreifende Ansätze sieht er in der wachsenden Bedeutung des Europäischen Unionsrechts und der sozialen Rechte, namentlich der ILO-Konventionen, in der Rechtsvergleichung und in der interdisziplinären Forschung, für die es organisatorischer Grundlagen bedarf (494).

² *Eichenhofer*, Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht, Tübingen 2012. Banafsche/Platzer (Hrsg.), Soziale Menschenrechte und Arbeit, Baden-Baden 2015.

Steffen Mau (Universität Bremen) behandelt Migration und Wohlfahrtsstaat (651–665). Dabei wird zunächst die Einbeziehung von Bürgerinnen und Bürgern der EU thematisiert, ohne aber auf das Unionsrecht oder die Rechtsprechung von EuGH oder BSG näher einzugehen. Die Forderung nach Übertragbarkeit von Ansprüchen, die durch Beiträge in nationale Sozialversicherungssysteme entstanden sind (657), rennt dabei seit langem geöffnete Türen ein. Richtig beobachtet wird die mehrfache Abstufung der Inklusion Zugewanderter. Deutschland wird im internationalen Vergleich als restriktiv im Zugang zur sozialen Sicherung eingeordnet (659). Zu Recht wird auf die Probleme des Vergleichs von Ländern mit sehr unterschiedlicher Migrationsgeschichte und Migrationsbevölkerung hingewiesen (660). Wäre die Denkschrift heute konzipiert worden, so hätte es wohl einen korrespondierenden rechtswissenschaftlichen Beitrag gegeben³.

Sozialrecht und Sozialpolitik im Kontext von Rechtsordnung und Ökonomie

Auf den Sozialstaat als Verfassungsbegriff bezieht sich der Beitrag »Grundgesetzliche Vorgaben für das Sozialrecht und ihre verfassungstheoretische Reflexion« von *Hans Michael Heinig* (Universität Göttingen) (333–350). Er bekennt sich zu einem »pragmatischen Sozialstaatsverständnis«, das zusammengefasst den Staat zu sozialer Aktivität verpflichte, vom Gesetzgeber auszufüllen sei und daher nur modifizierender Posten im Rahmen von Abwägung und Auslegung sei (336). Bei der Suche nach einer inhaltlichen Bestimmung stellt sich *Heinig* mit *Forsthoff* gegen *Abendroth* und auch gegen *Zacher* (340). Er lehnt jede Form des Egalitarismus ab (342 f.). Schließlich gelangt er zu einer Konkretisierung des Verfassungsgebotes sozialer Staatlichkeit über die Grundrechte (345). Dies sollen jedoch nur »freiheitsfunktionale soziale Minima« sein (346). Die sozialstaatliche Interpretation der Grundrechte wird also eingeschränkt, der allgemeine Gleichheitssatz, die besonderen Gleichheitssätze oder das Bekenntnis zu den Menschenrechten (Art. 1 Abs. 2 GG), das die sozialen Menschenrechte einschließt, werden nicht als relevante grundgesetzliche Vorgaben für das Sozialrecht angenommen. *Heinig* behauptet die Verfassungswidrigkeit des Gemeinsamen Bundesausschusses, der als Nicht-Sozialversicherung nicht unter Art. 87 Abs. 2 GG falle (348), ohne auf die Rechtsprechung des BSG und die Funktionen des G-BA einzugehen.

Schließlich wird ein stärkerer grundrechtlicher Schutz vor Sozialversicherungsbeiträgen gefordert (350).

Mit der auch von *Eichenhofer* und *Kingreen* im Kontext des Europäischen Verfassungsverbundes und von *Gosepath* und *Schemmel* sozialphilosophisch vertretenen Aufwertung der sozialen Grund- und Menschenrechte stimmt dieser Ansatz nicht überein. Während das Europarecht in drei Beiträgen behandelt werden konnte, war nur ein Beitrag für das Verfassungsrecht etwas knapp kalkuliert, zumal sich gerade in der Rechtswissenschaft die Erkenntnis oft erst aus der Kontroverse ergibt.

Christian Rolfs (Universität Köln) behandelt »Sozialrecht und Privatrecht« (405–421). Zunächst sieht er, im Ansatz ähnlich wie *Heinig*, einen Vorrang privatrechtlicher Risikotragung und damit Schranken der Sozialversicherung, die er auch auf die Bürgerversicherung bezieht (407–409). Kritisch setzt sich *Rolfs* aber mit Ideen zur Umstellung der Alterssicherung auf Kapitaldeckung auseinander (413–416) und zeigt somit eine legitime Funktion der umlagefinanzierten Sozialversicherung. Abstimmungsprobleme zwischen Sozialrecht und Privatrecht zeigt er am Beispiel der Schnittstelle zwischen privatem Schadensersatz und Sozialversicherung (§ 116 SGB X) (416–421). *Rolfs* konstatiert, Sozialrecht und Privatrecht hätten sich entfremdet (421). Potenziale der sozialstaatlich gebotenen Wiederannäherung, etwa durch die soziale Indienstnahme der Privatversicherung⁴, das Verbraucherschutzrecht⁵ und die noch nicht abgerissene Verbindung zum Arbeitsrecht⁶, hätten durchaus Gegenstand eines weiteren Beitrags sein können.

Die ökonomischen Beiträge befassen sich mit der Finanzierung der sozialen Sicherung. *Axel Börsch-Supan* (Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik) untersucht den Reformprozess der Altersvorsorge (711–728). Er hält die den Rentenanstieg dämpfenden Faktoren noch für unzureichend (718). Der Gefahr der Altersarmut solle nicht in der Rentenversicherung, sondern durch Vermeidung von Unterqualifikation begegnet werden. Das Renteneintrittsalter solle dynamisiert angehoben und flexibilisiert werden (723). Die *Riester-Rente* bewertet er insgesamt

³ Vgl. *Janda*, Migranten im Sozialstaat, Tübingen 2012.

⁴ Vgl. *Wallrabenstein*, Versicherung im Sozialstaat, Tübingen 2009.

⁵ Vgl. Igl (Hrsg.), Verbraucherschutz im Sozialrecht, Münster 2011.

⁶ Vgl. *Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie – Arbeits- und Sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf, Baden-Baden 2013.

positiv, Schwächen durch bessere Information ausgleichbar (727). Ergänzende und zum Teil dezidiert widersprechende Positionen finden sich in den Beiträgen des zweiten Bandes zu Alterssicherung und Erwerbsminderung (*Butzer, Schmähl, Bode, Oppermann*).

Zur Finanzierung von Pflege und Gesundheit schreibt *Friedrich Breyer* (Universität Konstanz), der die Ausgabenentwicklung vor allem unter demografischen Gesichtspunkten betrachtet (729-749). Er sieht weder in Bürgerversicherung noch in Kopfpauschale eine nachhaltige Lösung (743 f.) und befürwortet auch nicht die Privatisierung der Krankenkassen (745). Kostendämpfung sieht er nur durch einen Kassenwettbewerb mit höheren Zusatzbeiträgen und expliziter Rationierung, wobei er die »Nikolaus«-Rechtsprechung des BVerfG für überzogen restriktiv hält (746). Eine private Pflege-Zusatzversicherung hält er nur für sinnvoll, wenn sie obligatorisch ist (748). Die Diskussion wird im zweiten Band durch die Beiträge zu Pflege (*Igl, Rothgang, Görres, Schütze*) und Gesundheit (*Huster, Wasem/Staudt, Badura, Hauck*) kontrovers fortgesetzt.

Schließlich fragen *Wolfgang Buchholz* und *Wolfgang Wiegard* (Universität Regensburg) insgesamt nach der Finanzierung des deutschen Sozialstaats in der Zukunft (751–774). Sie führen aus, dass in Deutschland die Steuerfinanzierung in den letzten Jahren zugenommen und die Beitragsfinanzierung abgenommen habe. Dieser Trend spiegle ein höheres Gewicht der Umverteilung und führe dazu, dass sich sozialstaatliche Aktivitäten auf Grundsicherung verlagerten, während sich das Äquivalenzprinzip auf Privatvorsorge verlagere (761). Um die Akzeptanz des Alterssicherungssystems zu erhalten, schlagen sie eine mischfinanzierte Basisrente vor (769 f.). Die Bürgerversicherung lehnen sie ab, da sie nicht hinreichend zwischen allokativen und distributiven Zielen unterscheidet (771), so dass sie einen stärkeren Sozialausgleich durch Steuermittel befürworten. Wie zuvor *Rolfs* konzedieren *Buchholz/Wiegard* schließlich einen Vertrauensverlust in kapitalgedeckte Systeme durch die Finanzkrise und niedrige Zinsen, aus dem eine wachsende Bereitschaft zur Finanzierung umlagefinanzierter Sozialversicherung folgen könnte. Zum Verhältnis der Belastung von Arbeits-einkommen und Kapitaleinkommen und zum Grundeinkommen als möglicher Alternative sind die Beiträge des zweiten Bandes zur Finanzierung sozialer Sicherheit (*Axer, Opielka, Wagner, Mecke*) heranzuziehen.

Alle fünf zuletzt referierten Beiträge äußern sich skeptisch oder ablehnend zu einem Ausbau vorrangigen sozi-

alen Schutzes in einer Bürgerversicherung. Das korrespondiert mit eher deskriptiven Aussagen, die im Ausbau von Grundsicherungsfunktionen einen bestimmenden Trend sehen. Damit muss man sich auseinandersetzen, auch wenn man diese Entwicklung verfassungsrechtlich und ökonomisch nicht geboten und politisch nicht wünschenswert findet. Band 2 differenziert das Meinungsspektrum aus (*Schmähl, Bode, Axer, Wagner*), für weitere Positionen bietet die Denkschrift Material und Reibungsfläche⁷.

Soziales Verwaltungs- und Verfahrensrecht

Mehrere Beiträge verknüpfen das Sozialrecht mit dem verwaltungsrechtlichen Diskurs. *Stephan Rixen* (Universität Bayreuth) verbindet Sozialrecht mit allgemeinem Verwaltungsrecht (351–367). Dabei geht er auch intensiv auf die Rechtsprechung des BSG und auf Quellen anderer Disziplinen, vor allem aus der Verwaltungswissenschaft, ein. Zu seinen zentralen Themen gehört an Hand der Reflexion über den Verwaltungsakt, Verwaltungsrechtsverhältnis und Verwaltungsvertrag die Kommunikation zwischen Staat und Bürgerinnen und Bürgern im Verfahren (355–360). *Rixen* reflektiert zudem über das Verhältnis von Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften (360 ff.), plädiert dabei für ein selbstbewussteres Auftreten der Wissenschaft, ohne jedoch deren rechtsdogmatischen Anspruch aufzugeben, konkrete Problemlösungen zu bieten. *Hartmut Bauer* (Universität Potsdam) und *Kai-Holmger Kretschmer* befassen sich vertieft mit sozialrechtlichen Vereinbarungen, vor allem im SGB II. Die Eingliederungsvereinbarungen mit den Leistungsberechtigten und die Zielvereinbarungen mit den Jobcentern werden unter breiter Einbeziehung von Literatur und Rechtsprechung analysiert, wobei auch Differenzierungen in der Rechtsprechung aufgegriffen werden (382 ff., 402). *Friedhelm Hase* (Universität Bremen) schreibt über das Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens (423–436). Hier geht es um den sozialen Bezugsrahmen des bei der Entscheidungsfindung benötigten Erfahrungswissens. *Hase* zeigt auf, dass viele Begriffe des Sozialrechts an Wissensgrundlagen und Gerechtigkeitsvorstellungen des Erwerbsarbeitssektors anknüpfen (428). Für die Verweise

⁷ Vgl. auch *Bieback*, Sozial- und verfassungsrechtliche Aspekte der Bürgerversicherung, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, dazu *Welts*, SR 2014, 121 ff.

auf medizinische Standards wird der Bezug zur Evidenzbasierten Medizin erläutert (429–434). Hier wird auch die Bedeutung des Gemeinsamen Bundesausschusses als Instrument des Managements von Sachwissen für die Sozialversicherung verdeutlicht (434). Insgesamt bieten gerade diese drei Beiträge guten Einblick in zentrale relevante »Baustellen« des modernen Sozialrechts. Es ist schade, dass ihnen keine Beiträge aus der Organisations-, Wissens- und Medizinsoziologie des Sozialstaats korrespondieren.

Nur *Helmut K. Anheier* (Hertie School of Governance/Universität Heidelberg) fragt, welche Rolle die Zivilgesellschaft für die Sozialpolitik spielen kann (615–628). Er definiert sie als Sphäre zwischen Markt und Staat (618 f.) und benennt Selbstverwaltung, Gemeinwirtschaft und Subsidiarität als Strukturprinzipien der Zivilgesellschaft und kommt dann auf die Rolle der freien Wohlfahrtspflege zu sprechen (623 f.). Deren neuere Entwicklung zwischen Verstaatlichung und Sozialwirtschaft wird jedoch mit dem Stichwort des »New Public Management Szenario« nur angedeutet.

Peter Masuch und *Wolfgang Spellbrink* schreiben über Stand und Perspektiven des Gerichtsverfahrens nach dem Sozialgerichtsgesetz (437–461). Sie stellen die Sozialgerichtsbarkeit als »soziales und politisches Faktum mit einem eigenen spezifischen Gewicht« (438) und einer spezifischen Rechtskultur (439) vor. Zu dieser gehören insbesondere die Nichtförmlichkeit des Verfahrens, das geringe Kostenrisiko durch Gerichtskostenfreiheit, Prozesskostenhilfe und die Möglichkeit der Verbands- und Selbstvertretung, die Amtsermittlung mit dem spezifischen Instrument des klägerseitig angeregten Gutachtens (§ 109 SGG), die Beteiligung ehrenamtlicher Richterinnen und Richter und das Wiederaufgreifen des Verfahrens (§ 44 SGB X). Kritisch setzen sie sich mit Reformen und Vorschlägen wie einer sozialrechtlichen Verbandsklage (448), der Präklusion (§ 106a SGG) (451) und der Mediation (457) auseinander und stellen ihnen tradierte Instrumente gleicher Zielrichtung gegenüber. *Masuch* und *Spellbrink* beziehen sich auf Ergebnisse der Rechtssoziologie und regen zugleich neue Forschung an.

Die Brücke zwischen Sozialstaatsforschung und Rechtssoziologie schlägt *Berthold Vogel* (SOFI Göttingen/Universität Kassel), der die Bedeutung eines verrechtlichten Sozialsystems für die gesellschaftliche Entwicklung der Bundesrepublik reflektiert (297–309). *Vogel* konstatiert, dass das Sozialsystem ein Ort der Mobilitätsermöglichung und politischer und rechtlicher Konflikte ist, die eine prekäre Balance der Befriedigung und Enttäuschung gesellschaftlicher Erwartungen

herstellen, welche in der sozialwissenschaftlichen Literatur nur eine untergeordnete Rolle spielt. Entsprechend müsse Forschung stärker die Verwaltungs- und Regierungskunst und die Personen und Akteure, die Sozialsysteme mit Leben füllen, beachten (303). Der Zuwachs an rechtlicher Regulierung, an Gesetzgebung und Gerichtsverfahren sorgt, so *Vogel*, nicht für soziale Erstarrung, sondern bringt Bewegung ins soziale Geschehen. Die Fragen nach der Rechtsverwirklichung, nach den Orten der Kommunalität und der Gewährleistung öffentlicher Güter sind zentrale Anknüpfungspunkte einer gesellschaftstheoretisch informierten und empirisch aussagefähigen Sozialstaatsforschung (308). Sozialrecht und Sozialgerichtsbarkeit werden eine entscheidende Rolle bei der Bewältigung gesellschaftlicher Zukunftsfragen spielen, zu ihrer Unterstützung bedürfen sie des Zusammenspiels von Recht und Soziologie (309). Kaufmann knüpft am Ende der Denkschrift an *Vogel* und *Hase* an und unterstützt die Forderung nach einer konflikttheoretischen und wissenssoziologischen Perspektive auf Sozialpolitik und Sozialrecht und die stärkere Berücksichtigung der handelnden Akteure.

Was fehlt?

Auch das stärkste Grundlagenwerk muss noch zwischen zwei Buchdeckel passen. Herausgeber müssen eine Auswahl treffen. Vieles ergänzt der zweite Band. Gleichwohl soll noch auf vier Bereiche hingewiesen werden:

1. Anknüpfend an *Vogel* bedarf es einer stärkeren Untersuchung der Personen und Akteure in den konkreten Interaktionen des Sozialrechts und der Sozialpolitik. Das beginnt mit den Sozialbürgerinnen und Sozialbürgern in ihren Rollen als Nutzer sozialer Dienste, Versicherte, Kläger, als Steuer- und Beitragszahler, setzt sich fort bei den Diensten, Einrichtungen und Behörden und ihren Beschäftigten und reicht zu den Gerichten, ihrem Personal und den zu Rechtsvertretung und Rechtsberatung berufenen Personen. Sozialpolitik und Sozialrecht agieren mit einer Vielzahl von Annahmen über Personen und Institutionen. Um diese nicht allzu weltfremd zu konstruieren – vom homo oeconomicus bis zur stets rechtstreuen Behörde – bedarf es empirischer Evidenz.

2. Wenn der Sozialstaat aus Arbeit finanziert wird und auf regulierten Arbeitsbeziehungen aufbaut und wenn Sozial- und Arbeitsrecht noch gemeinsame Wurzeln und Gegen-

stände haben, dann muss auch die Sozialstaatsforschung darauf eingehen. Wandelt sich die Arbeitswelt, wandeln sich auch die inhaltlichen und organisatorischen Anforderungen an soziale Sicherheit. Auch die internationale Einbettung, sei es durch EU-Recht, soziale Menschenrechte oder ILO-Normen, spricht dafür, über das enge Verständnis des »welfare state« hinauszugehen.⁸

3. Sozialpolitik und Sozialrecht haben überragende Bedeutung für die Gestaltung des Gesundheitswesens und den Umgang mit Krankheit, Pflegebedürftigkeit und Behinderung. Erst Band 2 bringt dazu zwölf Beiträge in den Abteilungen Pflege, Gesundheit sowie Behinderung und Rehabilitation (*Welti, Wacker, Greß, Coseriu*). Dort kommen auch die Gesundheitswissenschaften (*Badura*) und Pflegewissenschaften (*Görres*) zu Wort sowie eine Gesundheitsökonomie, der es nicht nur um die Kosten, sondern auch um den Nutzen von sozialer Gesundheitsversorgung geht (*Greß*).

4. Sozialpolitik und Sozialrecht regulieren in Deutschland einen nicht unerheblichen Wirtschaftssektor, die Gesundheits- und Sozialwirtschaft, der Arztpraxen, Krankenhäuser, Pflegeheime und -dienste, Kindertagesstätten, Werkstätten, Assistenzdienste, Kindertageseinrichtungen, Berufsbildungswerke und vieles mehr umfasst. Das Sozialrecht ist, mit dem Wort von *Rixen*, das öffentliche Wirtschaftsrecht – zugleich ein erheblicher Teil des Berufsrechts – dieses Sektors.

Wie geht es weiter?

Die forschungspolitische Initiative der Denkschrift ist inzwischen weitergeführt worden. Die Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (BBAW) hat am 26.11.2015 ein Papier herausgegeben: »Zur Entwicklung von Forschung und Lehre zur Sozialpolitik an Universitäten in der Bundesrepublik«.

Es nimmt Bezug auf die in den Vorworten zur Denkschrift und zu Band 2 ausgeführte Zustandsbeschreibung und vertieft sie. Es konstatiert das Fehlen unabhängiger großer sozialpolitischer Forschungsinstitute, die das Thema in seiner ganzen Breite und Tiefe erfassen. Die Ausbildung an den Universitäten für das Leitungspersonal des Sozialstaats wird als defizitär beschrieben. Als Folge wird eine »Sozialpolitik im Blindflug« befürchtet, bei der sich die am Sozialstaat Beteiligten auf Forschungen zu Teilbereichen

und Instrumenten beschränken, die Wechselwirkungen, gesellschaftlichen Auswirkungen und historischen Trends ausblenden, so dass in der Öffentlichkeit und jenseits der Fachpolitiken zuviel Unverständnis über den Sozialstaat besteht. Die deutsche Anschlussfähigkeit an die internationale Forschung sei nur noch punktuell gegeben. So wird gefragt: »Können und wollen wir uns einen solchen Verfall sozialpolitischen Wissens in Deutschland weiter leisten?«

Hier wird auf Art. 91b Abs. 1 S. 1 und 2 GG verwiesen, die seit Ende 2014 lauten: »Bund und Länder können auf Grund von Vereinbarungen in Fällen überregionaler Bedeutung bei der Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre zusammenwirken. Vereinbarungen, die im Schwerpunkt Hochschulen betreffen, bedürfen der Zustimmung aller Länder.«

Konkret wird angeraten die bereits bestehenden Kerne der sozialpolitischen Forschung als regionale Forschungsverbünde auszubauen. Das Papier nennt hier Berlin, Süddeutschland, Nordrhein-Westfalen, Bremen und Kassel. Weiterhin werden vorgeschlagen die Förderung von mindestens 20 Stiftungsprofessuren, ein Grundlagenforschungsförderschwerpunkt zum Sozialstaat beim BMBF und damit verbunden mehr forschungsfundierte Master-Studiengänge.

Mahnend – aber wohl nicht übertrieben – schließt das Papier: »Das Zeitfenster für diese Option wird sich in etwa zehn Jahren schließen, weil dann die innerdeutschen Nachwuchsquellen für Professuren quer durch die fünf zentralen Disziplinen zur Gänze versiegt sein dürften. Ist der Generationsfaden erst einmal gerissen, wird es mindestens zwei Generationen dauern, eine entsprechende Forschungseinbettung neu zu schaffen.«

Schluss

Mit der Denkschrift und dem zweiten Band »Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung« wurde ein Gerichtsjubiläum zum Anlass für die interdisziplinäre Bestandsaufnahme und Begegnung in einem relevanten Forschungsgebiet auf hohem Niveau. Zugleich sind die beiden Bände ein Manifest für eine stabile Verankerung dieser für die Gesellschaft und für die Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung notwendigen Forschung.

⁸ Vgl. auch *Bieback*, VSSR 2015, 107 f.

Ganz aktuell sollte die Denkschrift den Weg zum Einstieg in den jeweiligen Forschungsstand der Nachbardisziplinen verkürzen und die Aufmerksamkeit für deren Erkenntnisse wieder stärker zum fachlichen Standard machen.

Würden einzelne Beiträge der Denkschrift keinen Widerspruch oder den Wunsch nach Ergänzung hervorrufen, wäre

es kein wissenschaftliches Werk in einer (noch) lebendigen Fachgemeinschaft. Und man kann hoffen, dass die Dialektik der Wissenschaft auch in diesem Fall unwiderstehlich ist: Was man an Erkenntnissen findet, macht neugierig auf mehr. Und was fehlt, belegt den Bedarf nach weiterer Forschung.

Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel

Zusammenfassungen

Janda: Die Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer

SR SR 1/2016, p. 1–17

Fast zwanzig Jahre nach der Entsenderichtlinie reagiert die Europäische Union mit der Durchsetzungsrichtlinie auf die Erkenntnis, dass die das Entsenderecht Anreize zur Umgehung des Arbeitnehmerschutzes bietet. Der Beitrag gibt einen Überblick über die aktuelle Rechtslage unter Einschluss der Rechtsprechung und hinterfragt, ob die Durchsetzungsrichtlinie zur Vermeidung von Sozialdumping taugt.

Hlava: Der gesetzliche Mindestlohn – Reichweite, Durchsetzung und Auswirkungen

SR SR 1/2016, p. 17–35

Nach gut einem Jahr der Geltung des gesetzlichen Mindestlohns gibt der Verfasser einen Überblick zu den grundsätzlichen Rechtsfragen und aktuellen Praxisproblemen. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf den Durchsetzungsmechanismen. Einbezogen werden erste empirische Erkenntnisse zu den Auswirkungen auf Arbeitsmarkt, Lohnentwicklung und sozialrechtliche Folgen.

Abstracts

Janda: Enforcement of the rights of posted workers

SR SR 1/2016, p. 1–17

Almost twenty years after the entering into force of the Posted Workers Directive, the EU reacted on incentives from the legal regime to circumvent the standards for protecting employees' rights. The article gives an overview on the existing legal framework, including the case law, and scrutinises the concept of the Enforcement Directive regarding the prevention of social dumping.

Hlava: The law on minimum wage – Scope, enforcement and consequences

SR SR 1/2016, p. 17–35

The author gives an overview on the general questions and the current practical legal aspects of the minimum wage law in Germany after one year of application. He focuses particularly on enforcement problems. He further deals with some initial empirical research on the consequences of the introduction of the minimum wage on the labour market, on the development of wages and on the consequences in the field of social law.

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

Abhandlungen

- *Markus Roth: Geldpolitik und Betriebsrentenrecht*
- *Reingard Zimmer: Sozialstandards und CETA/TTIP*
- *Felipe Temming: Systemverschiebungen durch den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff*

Rezensionsaufsätze

- *Gabriele Buchholtz, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge (Ulrike Wendeling-Schröder)*
- *Marcus Bieder, Kompensatorische Vertragsgestaltung im Arbeits- und Wirtschaftsrecht (Martina Benecke)*