

Preis, Ulrich; Ulber, Daniel

Working Paper

Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns

Arbeitspapier, No. 305

Provided in Cooperation with:

The Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Preis, Ulrich; Ulber, Daniel (2014) : Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, Arbeitspapier, No. 305, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/116762>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Arbeitspapier **305**

305

Ulrich Preis | Daniel Ulber
**Die Verfassungsmäßigkeit
des allgemeinen
gesetzlichen Mindestlohns**

Arbeitspapier 305

Ulrich Preis/Daniel Ulber

**Die Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen
gesetzlichen Mindestlohns**

Prof. Dr. Dr. h. c. Ulrich Preis, Geschäftsführender Direktor des Instituts für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Universität zu Köln

Dr. Daniel Ulber, Akademischer Rat, Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Universität Köln

Impressum

Herausgeber: Hans-Böckler-Stiftung
Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des DGB
Hans-Böckler-Straße 39
40476 Düsseldorf
Telefon (02 11) 77 78-153
Fax (02 11) 77 78-4153
E-Mail: Michael-Guggemos@boeckler.de

Redaktion: Michael Guggemos, Sprecher der Geschäftsführung der
Hans-Böckler-Stiftung

Best.-Nr.: 11305

Produktion: Setzkasten GmbH, Düsseldorf

Düsseldorf, September 2014

€ 25,00

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| 1. Abschnitt: Einführung und Aufgabenstellung | 9 |
| A. Aufgabenstellung | 9 |
| B. Relevante Regelungen des Mindestlohngesetzes (MiLoG) im Regierungsentwurfs für ein Tarifautonomiestärkungsgesetz | 9 |
| I. 8,50 € Stundenlohn ab dem 1.1.2015..... | 9 |
| II. Verhältnis zu bestehenden Tarifverträgen | 10 |
| III. Verhältnis zu bestehenden Mindestlohnregelungen | 11 |
| IV. Festlegung und Anpassung des Mindestlohns | 11 |
| 2. Abschnitt: Der Mindestlohn im System des Arbeitsrechts..... | 13 |
| A. Historische Entwicklung und wirtschaftlicher Kontext | 13 |
| I. Entwicklung der Regulierung der Arbeitsbedingungen in Deutschland..... | 13 |
| II. Die Nachkriegszeit | 14 |
| III. Die „Krise“ der Tarifautonomie..... | 15 |
| IV. Der europäische Einigungsprozess | 16 |
| V. Reaktionen des Gesetzgebers | 16 |
| VI. Einordnung in den internationalen Kontext..... | 17 |
| B. Funktion des Arbeitsrechts im Allgemeinen | 18 |
| C. Gegenwärtiges System der Mindestlöhne in Deutschland..... | 20 |
| I. Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) | 20 |
| II. Erstreckung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)..... | 21 |
| III. § 3a AÜG Lohnuntergrenze in der Leiharbeit | 24 |
| IV. MiArbG..... | 25 |
| V. § 19 HAG..... | 25 |
| VI. § 17 BBiG..... | 26 |
| D. Regelungsproblem..... | 26 |
| I. Tariflose Zonen..... | 26 |
| II. Flickenteppich mit Löchern..... | 27 |
| III. Lösung durch ergänzenden gesetzlichen Mindestlohn | 28 |
| 3. Abschnitt. Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindest- lohns nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes (MiLoG) | 29 |
| A. Ziele eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns | 29 |
| I. Kompensation struktureller Unterlegenheit des Arbeitnehmers | 29 |
| II. Verringerung staatlicher Transferleistungen | 30 |
| III. Stabilisierung des Sozialversicherungssystems | 32 |

| | |
|--|-----------|
| 1. Verbesserte Altersversorgung für die Arbeitnehmer im Niedriglohnsektor | 32 |
| 2. Verbesserung der Situation von Erwerbstätigen mit Kleinstrenten | 32 |
| IV. Schutz der deutschen Wirtschaft im europäischen Wettbewerb | 32 |
| V. Stabilisierung des Tarifvertragssystems | 33 |
| VI. Existenzsichernde und jedenfalls nicht unangemessene Löhne | 34 |
| B. Vereinbarkeit des gesetzlichen Mindestlohns mit der Koalitionsfreiheit | |
| Art. 9 Abs. 3 GG | 34 |
| I. Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG | 34 |
| 1. Rechtsprechung des BVerfG | 35 |
| a) Der weite Schutzbereich | 35 |
| b) Weiter Schutzbereich bei ausgeweiteten Rechtfertigungstatbeständen | 36 |
| 2. Einschränkende Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG | 37 |
| a) Entstehungsgeschichte | 37 |
| aa) Vom Kaiserreich zur Weimarer Reichsverfassung | 37 |
| bb) Die Weimarer Reichsverfassung | 38 |
| cc) Die NS-Zeit | 39 |
| dd) Die Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg | 39 |
| ee) Die weitere Entwicklung | 40 |
| b) Systematik | 41 |
| c) Funktion der Tarifautonomie | 42 |
| aa) Tarifautonomie als Kompensation struktureller Unterlegenheit des Arbeitnehmers | 42 |
| bb) Fehlender Widerspruch zwischen Tarifautonomie und staatlicher Mindestnormsetzung | 44 |
| II. Qualifizierung staatlicher Mindestnormen als Ausgestaltung oder Eingriff? | 44 |
| III. Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG | 46 |
| 1. Wirkungsweise des Gesetzes | 46 |
| a) Bestehende Tarifverträge | 46 |
| b) Zukünftige Tarifverträge | 47 |
| 2. Intensität des etwaigen Eingriffs | 47 |
| a) Fehlender Eingriff bei fehlenden Tarifverträgen | 47 |
| b) Abreiz vom Eintritt in Gewerkschaften | 48 |
| c) Vorläufig lediglich Mindestentgelt und kein Tarifgitter | 48 |
| d) Kein Koalitions Wettbewerb | 50 |
| e) Unterschiede zwischen Hochlohn- und Niedriglohnbranchen | 50 |
| f) Hohe Eingriffsqualität wegen Eingriffs in die „Hausgüter der Tarifautonomie“ | 50 |
| g) Auswirkungen von staatlichen Entgeltregelungen auf die Tarifautonomie .. | 51 |
| h) Mindestlöhne im Lichte der Rechtsprechung des EuGH | 52 |
| i) Gesamtbetrachtung | 52 |
| 3. Fazit | 52 |
| IV. Rechtfertigung | 53 |

| | |
|--|----|
| 1. Kontrollmaßstab des BVerfG | 54 |
| a) Einschätzungsprärogative / Ermessensspielraum bei wirtschafts- politischer Normsetzung | 54 |
| b) Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf dem Gebiet der Wirtschafts-, Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik | 55 |
| aa) Geeignetheit | 55 |
| bb) Erforderlichkeit | 56 |
| cc) Angemessenheit | 56 |
| (1) Gewichtigkeit der einschlägigen Rechtfertigungstatbestände | 57 |
| (2) Die Gewichtung der entgegenstehenden Interessen | 57 |
| 2. Rechtfertigungsgründe im Einzelnen | 58 |
| a) Schutz der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme | 58 |
| aa) Legitimes Ziel | 58 |
| (2) Erhöhung der Wahrscheinlichkeit auskömmlicher Altersrenten | 59 |
| (3) Verringerung unmittelbarer und verzögerter Sozialtransferleistungen | 59 |
| (4) Verteilungsgerechtigkeit mit Blick auf die Beiträge im Arbeitgeberlager | 59 |
| bb) Zwischenergebnis | 60 |
| b) Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie | 60 |
| aa) Legitimes Ziel | 60 |
| (1) Anreize zur tarifautonomen Regulierung der Arbeitsbedingungen | 61 |
| (2) Stärkung der Arbeitgeberverbände | 62 |
| bb) Zwischenergebnis | 62 |
| c) Bekämpfung des Lohnkostenwettbewerbs zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit | 62 |
| aa) Legitimes Ziel | 63 |
| bb) Zwischenergebnis | 63 |
| d) Kompensation struktureller Unterlegenheit der AN | 63 |
| aa) Schutzpflicht aus Art 12 Abs. 1 GG | 64 |
| bb) Kein Schutz vor der Tarifautonomie sondern vor defizitärem Schutz trotz Tarifautonomie | 64 |
| cc) Zwischenergebnis | 65 |
| e) Sozialstaatsprinzip | 65 |
| f) Zusammenfassung | 65 |
| 3. Verhältnismäßigkeit | 66 |
| a) Geeignetheit | 66 |
| aa) Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme | 67 |
| (1) Eignung das Beitragsaufkommen zu erhöhen | 67 |
| (2) Eignung zur Erhöhung der Wahrscheinlichkeit auskömmlicher Altersrenten | 69 |
| (3) Verringerung unmittelbarer und verzögerter Sozialtransferleistungen | 70 |
| (4) Verteilungsgerechtigkeit bei der Beitragslast | 71 |

| | |
|--|----|
| (5) Zusammenfassung | 71 |
| bb) Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie | 72 |
| (1) Arbeitgeberverbände | 73 |
| (2) Stärkung der Tarifautonomie | 73 |
| (3) Fazit | 75 |
| cc) Bekämpfung von Lohnkostenwettbewerb zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit | 75 |
| dd) Kompensation der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer | 76 |
| ee) Sozialstaatsprinzip | 77 |
| (1) Abweichende Bewertung für Teilzeitbeschäftigte? | 77 |
| (2) Stellungnahme | 77 |
| (3) Ergebnis | 78 |
| ff) Zwischenergebnis | 78 |
| b) Erforderlichkeit | 79 |
| aa) Mildere Mittel | 79 |
| (a) Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen | 79 |
| (b) Ausweitung der Allgemeinverbindlicherklärung | 80 |
| (c) Ausweitung der tarifgestützten Mindestlöhne nach dem AEntG | 80 |
| (d) Tarifdispositiver Mindestlohn | 82 |
| (e) Soziale Transferleistungen | 83 |
| bb) Bewertung | 84 |
| c) Angemessenheit | 85 |
| aa) Gewicht der mit dem Gesetz verfolgten rechtfertigenden Ziele | 85 |
| bb) Gewicht des betroffenen Rechtsguts | 86 |
| cc) Gewicht des konkreten Eingriffs | 87 |
| (a) Geringe Reichweite des Mindestlohns | 87 |
| (b) Schonende Ausgestaltung des Mindestlohns | 87 |
| (c) Weiterer Rückgang des Anwendungsbereichs gegenüber Tarifverträgen nach der Übergangsphase | 88 |
| (d) Hauptanwendungsgebiet: „Weiße Flecken“ der Tariflandschaft | 88 |
| (e) Ergebnis | 89 |
| V. Abwägung und Ergebnis | 89 |
| C. Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestlohnes mit Art. 12 Abs. 1 GG 93 | |
| I. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG | 93 |
| II. Eingriff oder Ausgestaltung? | 94 |
| III. Ausgestaltung der Vertragsfreiheit durch den Mindestlohn | 95 |
| 1. Kontrollmaßstab | 95 |
| 2. Der gesetzliche Mindestlohn als zulässige Ausgestaltung der Vertragsfreiheit | 97 |
| a) Regelungsbedürftigkeit | 97 |
| b) Geeignetheit | 97 |

| | |
|---|------------|
| aa) Kompensation struktureller Unterlegenheit | 98 |
| bb) Verringerung von Lohnkostenwettbewerb..... | 98 |
| c) Erforderlichkeit | 99 |
| d) Angemessenheit des vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenausgleichs | 100 |
| aa) Gewicht der Gründe für die getroffene Regelung | 100 |
| bb) Gewicht der betroffenen Interessen | 100 |
| cc) Abwägung..... | 101 |
| d) Ergebnis | 102 |
| 3. Kein Gebot einer Differenzierung nach Branche oder in der Höhe..... | 102 |
| a) Unterschiedliche Eingriffsintensität in verschiedenen Wirtschaftszweigen? | 102 |
| b) Befugnis zur pauschalierenden Festsetzung für alle Branchen | 103 |
| aa) Befugnis zur Typisierung..... | 103 |
| bb) Keine Unterschreitung für die einzelnen Branchen..... | 103 |
| cc) Keine Differenzierung bei der Mindesthöhe ab 2017..... | 104 |
| c) Fazit: Keine weitere Differenzierung erforderlich | 105 |
| 4. Ergebnis..... | 106 |
| D. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Ausnahmen zum allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn | 106 |
| I. Kontrollmaßstab | 107 |
| 1. Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG..... | 107 |
| 2. Altersbezogene Ausnahmen und das Verbot der Altersdiskriminierung (Art. 21 GrCH)..... | 109 |
| 3. Fazit 111 | |
| II. Jugendliche unter 18 Jahren bzw. Altersgrenze für den Mindestlohn | 111 |
| III. Ausnahmen für Rentner? | 113 |
| aa) Einordnung des Problems..... | 114 |
| bb) Sachliches Differenzierungskriterium | 114 |
| cc) Ergebnis..... | 115 |
| IV. Ausnahmen für Auszubildende und Praktikanten | 115 |
| V. Ausnahmen für einzelne Arbeitnehmergruppen (Saisonbeschäftigte, Erntehelfer, Taxifahrer)? | 116 |
| VI. Ausnahmen für Teilzeitbeschäftigte und Minijobber? | 116 |
| VII. Ehrenamtlich Tätige, freiwilliges soziales Jahr, Bundesfreiwilligendienst | 117 |
| VIII. Langzeitarbeitslose..... | 118 |
| IX. Ausnahmen für besondere Arbeitnehmergruppen am Beispiel der Zeitungszusteller | 119 |
| 1. Wesentlicher Inhalt des Gutachtens von di Fabio | 119 |
| 2. Problemstellung..... | 119 |
| 3. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn..... | 120 |

| | |
|--|-----|
| a) Eröffnung des Schutzbereichs | 120 |
| aa) Auffassung di Fabios | 120 |
| bb) Stellungnahme..... | 120 |
| b) Eingriff in die Pressefreiheit..... | 121 |
| aa) Verteuerung der Zustellung..... | 121 |
| bb) Stellungnahme..... | 121 |
| c) Rechtfertigung..... | 122 |
| aa) Legitimes Ziel, Geeignetheit und Erforderlichkeit..... | 123 |
| bb) Angemessenheit | 123 |
| (1) Gewicht der mit dem Gesetz verfolgten Ziele..... | 123 |
| (2) Gewicht des betroffenen Rechtsguts..... | 123 |
| (3) Gewicht der konkreten Eingriffs | 124 |
| (4) Abwägung..... | 125 |
| d) Fazit..... | 126 |
| 4. Ergebnis..... | 126 |
| 4. Abschnitt: Gesamtergebnis | 127 |
| Über die Hans-Böckler-Stiftung | 139 |

1. Abschnitt: Einführung und Aufgabenstellung

A. Aufgabenstellung

Die Gutachter sind durch die Hans-Böckler-Stiftung gebeten worden, die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung eines allgemeinen Mindestlohnes zu beurteilen. Die **Bundesregierung** hat einen **Geszentwurf zur Stärkung der Tarifautonomie vorgelegt („Tarifautonomiestärkungsgesetz“)**. Dieses Artikelgesetz enthält neben Änderungen des Tarifvertragsgesetzes (TVG) und des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG) zur Reform der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen Änderungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG). Das bedeutungslose Mindestarbeitsbedingengesetz (MiArbG) wird aufgehoben. An dessen Stelle soll ein neues Mindestlohngesetz (E-MiLoG) treten.

Im Folgenden werden zunächst (nachfolgend unter B.) die für dieses Gutachten relevanten Regelungen des Gesetzesentwurfes skizziert. Im 2. Abschnitt wird das System der Mindestlohnrechtsetzung in Deutschland dargestellt, um das Regelungsproblem klar herauszuarbeiten. Im 3. Abschnitt, der im Mittelpunkt des Gutachtens steht, werden die Kernvorschriften des E-MiLoG auf ihre Verfassungskonformität hin überprüft. Im 3. Abschnitt unter B. wird die Vereinbarkeit des gesetzlichen Mindestlohnes mit der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) und unter C. mit der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG untersucht. Schließlich wird unter D. die Verfassungskonformität möglicher Ausnahmen von den Regelungen des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns begutachtet. Dabei wird insbesondere der Frage nachgegangen, ob eine Ausnahme für den Bereich der Pressezusteller erforderlich ist.

B. Relevante Regelungen des Mindestlohngesetzes (MiLoG) im Regierungsentwurfs für ein Tarifautonomiestärkungsgesetz

I. 8,50 € Stundenlohn ab dem 1.1.2015

Nach § 1 Abs. 1 des Entwurfes des Gesetzes zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (E-MiLoG) soll jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts haben, das mindestens die Höhe des Mindestlohns hat. Dessen Höhe soll nach § 1 Abs. 2 S. 1 E-MiLoG ab dem 1. Januar 2015 8,50 € je Zeitsunde betragen.

Dabei ist bereits an dieser Stelle darauf zu verweisen, dass die Annahme, die Arbeitgeber, die gegenwärtig nach Stücklohn vergüten – so offenbar teilweise bei den Zei-

tungszustellern – müssten ihre Vergütung auf Stundenlohn umstellen,¹ nicht richtig ist.² Vielmehr löst der auf Zeitstunden bezogene Mindestlohn lediglich die Notwendigkeit einer Erfassung der Arbeitszeit aus. Der Mindestlohn verlangt nicht, dass vom Stücklohngrundsatz abgewichen wird. Der Stücklohn wird lediglich auf die Arbeitszeit umgerechnet. Ergibt sich dabei ein Stundenlohn von unter 8,50 €, löst das Gesetz einen ergänzenden Entgeltanspruch aus. Insofern ist die Annahme, unter Geltung des Mindestlohns sei eine Stücklohnvergütung nicht mehr möglich oder zulässig, unzutreffend. Vielmehr erhöht sich nur ggf. die Stundenentlohnung.

II. Verhältnis zu bestehenden Tarifverträgen

Der Entwurf des Mindestlohngesetz (E-MiLoG) sieht in § 24 vor, dass vom Mindestlohn noch maximal zwei Jahre bis zum 31.12.2016 durch Tarifverträge abgewichen werden kann, die von repräsentativen Tarifpartnern geschlossen wurden und die für alle unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitgeber mit Sitz im In- und Ausland sowie deren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verbindlich gemacht worden sind. Aus dieser Formulierung folgt, dass diese Übergangsregelung nur für die auf der Grundlage der nunmehr erweiterten Möglichkeiten des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes festgesetzten Mindestlöhne gelten. Durch einen neuen § 7a AEntG schafft der Gesetzgeber eine Möglichkeit, auf sämtliche Branchen (§ 4 Abs. 2 E-AEntG) Tarifverträge nach dem AEntG zu erstrecken. Überdies wird in § 24 Satz 2 E-MiLoG klargestellt, dass diese Regelung entsprechend für die Pflegebranche (§ 11 AEntG) und die Leiharbeit (§ 3a AÜG) gilt. Damit werden die Tarifvertragsabschlüsse, die nach Maßgabe des AEntG geschlossen werden, bis 31.12.2016 privilegiert. Die Vorschrift bietet einen Anreiz, auch für neue Branchen allgemeinverbindliche Regelungen zu treffen. Dieser Anreiz besteht darin, dass bis zum 31.12.2016 für alte, aber auch für neue Tarifverträge vom Mindestlohn 8,50 € abgewichen werden kann. Das gilt auch für Branchen, die bislang keine allgemeinverbindlichen Tarifverträge haben und bis zum 31.12.2016 noch Niedriglöhne unter 8,50 € für nötig halten. Insofern können die Sozialpartner in den jeweiligen Branchen den Übergang selbst organisieren. Kurz gefasst wird im AEntG eine Übergangsregelung geschaffen, die bis zum 31.12.2016 Branchenmindestlöhne unterhalb des allgemeinen Mindestlohns für erforderliche Anpassungsprozesse zulässt.

Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn ist kein Wirksamkeitshindernis für abweichende Tarifverträge, sondern eine (subsidiäre) Anspruchsgrundlage. Ansonsten würden Tarifverträge mit fest vereinbarten Lohnzuwächsen unwirksam, obwohl später der Tariflohn über den Mindestlohn steigt. Das wäre erkennbar unsinnig. Soweit § 3 E-MiLoG hier unklar formuliert ist, wäre eine Klarstellung im Gesetzgebungsverfahren wünschenswert. Aus Sinn und Zweck der Regelung ergibt sich die hier vertretene In-

1 *Di Fabio*, Mindestlohn und Pressefreiheit, Rechtsgutachten, 2014, S. 12.

2 Klarstellend in der Begründung des Gesetzentwurfs zur Stärkung der Tarifautonomie zu § 1 MiLoG, S. 40.

terpretation aber ohnehin. Die Arbeitnehmer haben aber – wie bislang³ – einen neben den Ansprüchen aus den Tarifverträgen stehenden eigenständigen Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn. Dieser ist also nicht tarifdispositiv.

III. Verhältnis zu bestehenden Mindestlohnregelungen

Wegen der verschiedenen Systeme zur Einführung von Lohnuntergrenzen muss das Verhältnis des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns zu bestehenden Tarifverträgen und zu den weiteren Instrumenten zur Einführung von Lohnuntergrenzen geklärt werden. Dabei ist davon auszugehen, dass diese Systeme auch neben einem gesetzlichen Mindestlohn weiterbestehen können. Dementsprechend soll nach dem Tarifautonomiestärkungsgesetz durch § 4 Abs. 2 E-AEntG das Arbeitnehmer-Entsendegesetz auf alle Branchen ausgeweitet werden. Es ist erforderlich, den Geltungsbereich des Mindestlohnes und der nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz geltenden Rechtsverordnungen so auszugestalten, dass sich diese nicht überschneiden. § 1 Abs. 3 E-MiLoG formuliert dies etwas unklar, verfolgt aber dieses Ziel.

Auf diesem Weg lässt der Mindestlohn den Tarifpartnern in den jeweiligen Branchen die Möglichkeit, vorrangig die Entgeltstrukturen selbst zu gestalten und legt lediglich eine zwingende, nicht unterschreitbare Lohngrenze fest.

IV. Festlegung und Anpassung des Mindestlohns

Die Höhe des Mindestlohns wird auf Vorschlag einer ständigen Kommission der Tarifpartner (Mindestlohnkommission) erstmals zum 1.1.2018 durch Rechtsverordnung der Bundesregierung (§ 11 E-MiLoG) angepasst.

Die Mindestlohnkommission soll aus einem Vorsitzenden, sechs weiteren stimmberechtigten Mitgliedern und zwei nicht stimmberechtigten Mitgliedern aus den Kreisen der Wissenschaft bestehen. Für die stimmberechtigten Mitglieder haben die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Vorschlagsrecht, wobei die vorgeschlagenen Personen aus den Vereinigungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern stammen müssen (§ 5 Abs. 1 E-MiLoG). Den Vorsitzenden der Kommission beruft das Bundesministerium für Arbeit und Soziales auf gemeinsamen Vorschlag der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer (§ 6 Abs. 1 E-MiLoG).

Das Gesetz regelt des Weiteren das Verfahren, in dem die Kommission – erstmals mit Wirkung zum 1.1.2018 – den Mindestlohn anpassen soll (§ 9 Abs. 1 E-MiLoG). Die Bundesregierung kann, aber muss nicht den von der Kommission vorgeschlagenen Mindestlohn durch Rechtsverordnung verbindlich machen (§ 11 E-MiLoG).

³ BAG 18.4.2012, NZA 2013, 386 ff.

2. Abschnitt: Der Mindestlohn im System des Arbeitsrechts

Die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns erfordert zunächst eine Einordnung von Mindestlöhnen in das System des deutschen Arbeitsrechts. Denn die Legitimation und die Auswirkungen eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns lassen sich nur vor dem Hintergrund der bereits bestehenden rechtlichen Instrumente zur Regulierung des Arbeitsentgelts durch den Staat oder mit staatlicher Flankierung richtig einordnen. Man kann – mit dem Mut zur Vereinfachung – das gesamte Arbeitsrecht als ein Recht zur Schaffung und Absicherung von Mindestarbeitsbedingungen bezeichnen. Das Arbeitsrecht kompensiert die Disparität auf dem Arbeitsmarkt zugunsten der strukturell unterlegenen Arbeitnehmerschaft. Mindestlöhne erfahren ihre Rechtfertigung aus dem engen Bezug zu den Grundanliegen arbeitsrechtlicher Regulierung überhaupt. Der Weg zur Absicherung der abhängig Beschäftigten durch Mindestarbeitsbedingungen, die wechselvolle Erstarkung und Schwächung der Gewerkschaften sowie die Struktur des bisherigen deutschen Mindestlohnregimes bedürfen der historischen Einordnung, um die Entwicklung bis zur Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes zum 1.1.2015 durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz zu verstehen und verfassungsrechtlich bewerten zu können.

A. Historische Entwicklung und wirtschaftlicher Kontext

In Deutschland hat ein gesetzlicher Mindestlohn – anders als in den meisten Staaten Europas⁴ – keine Tradition. Der Grund hierfür lag und liegt in einer sich durchaus selbstbewusst kollektiv organisierenden Arbeitnehmerschaft. Im 19. Jahrhundert gelang es, erste Tarifabschlüsse auch ohne staatliche Flankierung zu schließen. Staatliche Mindestentgeltregelungen – soweit vorhanden – waren vor diesem Hintergrund eher als systemimmanente Ergänzung und Hilfe für das Tarifvertragssystem konzipiert. Das zeigt ganz besonders die bereits zur Weimarer Zeit bekannte Allgemeinverbindlicherklärung.⁵

I. Entwicklung der Regulierung der Arbeitsbedingungen in Deutschland

Gewerkschaften wehren sich traditionell gegen staatliche Interventionen im Bereich der Tarifautonomie. Das ist historisch verständlich, da gesetzliche Maßnahmen zunächst von obrigkeitlicher Regulierung und unverhohlener Skepsis gegenüber tarifautonomen Bestrebungen geprägt waren. Tarifautonomie wurde nicht mit dem Staat, sondern gegen den Staat erkämpft.⁶

4 Siehe hierzu noch 2. Abschnitt A.VI. S. 10.

5 Vgl. zur Geschichte der AVE Däubler/Lakies, TVG, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 6.

6 Vgl. hierzu Kittner, Arbeitskampf, Geschichte – Recht – Gegenwart, 2005, S. 239 ff.

Gewerkschaften wurden in Deutschland sowohl zur Kaiserzeit als auch während des Dritten Reiches bekämpft. In der Weimarer Zeit gab es ein Zwangsschlichtungssystem, das im Laufe der Zeit nahezu ausschließlich zu Lasten der Arbeitnehmerseite genutzt wurde.⁷ Während der Zeit des Nationalsozialismus war die Tarifautonomie durch eine vollständige staatliche Steuerung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen abgelöst. Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg kontrollierten und steuerten die Alliierten die Lohnpolitik.

Bei dieser Ausgangslage hatten die Gewerkschaften – anders als die Arbeitgeberverbände – verständlicherweise kein Interesse an staatlicher Regulierung im Bereich des Koalitions- und Tarifrechts, weil gesetzliche Maßnahmen vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung als Potentiale zur Repression und einseitiger Parteinahme für die Arbeitgeberseite betrachtet wurden. Jedenfalls hatten staatliche Interventionen im Bereich der Lohnfindung vom Ende der 20er Jahre an⁸ bis nach dem Zweiten Weltkrieg hauptsächlich zu Lasten der Arbeitnehmerseite stattgefunden.

II. Die Nachkriegszeit

Nach dem Zweiten Weltkrieg galt es, den Alliierten Bereiche staatlicher und wirtschaftlicher Autonomie abzurufen. Dies suchte man unter anderem mit dem Tarifvertragsrecht zu verwirklichen, dessen Wurzeln in die Weimarer Republik zurückreichen.⁹ Diese „staatsferne“ Form der Regulierung erschien als taugliches „Angebot“ zur Rückgewinnung ökonomischer Autonomie.¹⁰

Parallel dazu gaben sich einige Bundesländer erste Verfassungen. Einige dieser Verfassungen sehen bis heute Befugnisse und Regelungspflichten vor, die sehr detailliert sind und bis hin zu der Verpflichtung reichen, einen gesetzlichen Mindestlohn einzuführen.¹¹ Dass angesichts dieses historischen Kontextes der Wille des Verfassungsgebers gewesen sein soll, den Tarifvertragsparteien eine exklusive Gestaltung der Löhne zuzubilligen und den Gesetzgeber kraft Verfassung von der Regulierung in diesem Bereich auszuschließen, ist eher fernliegend.¹² Dass das Tarifvertragssystem als solches verfassungsrechtlichen Schutz genießt, steht auf einem anderen Blatt. Das Verfahren der Tarifnormsetzung einerseits, welches zur Entstehung von Tarifverträgen führt, und das staatliche Recht andererseits, das die Regelungsgegenstände von Tarifverträgen betrifft, sind zwei unabhängige voneinander zu betrachtende Umstände.

Zweifelsohne wollte man nach dem Zweiten Weltkrieg den Gewerkschaften einen besonderen Schutz zuteil werden lassen, weil die historische Erfahrung gezeigt hatte,

7 Nörr, ZfA 1986, 403 (424); vgl. hierzu auch Englberger, Tarifautonomie im Deutschen Reich (1995), S. 143.

8 Kittner, Arbeitskampf, Geschichte – Recht – Gegenwart, 2005, S. 487 ff.

9 Vgl. dazu ausführlich Herschel, ZfA 1986, 183 ff.

10 Vgl. dazu ausführlich Herschel, ZfA 1986, 183 (185 ff.).

11 Art. 169 Abs. 1 und 2 der Verfassung des Freistaats Bayern.

12 Vgl. dazu ausführlich unten 3. Abschnitt B. I. 2., S. 34 ff.

dass es ein Wesensmerkmal undemokratischer Staaten ist, ihre Bildung und Betätigung zu behindern.¹³ Auch sollte vor dem Hintergrund der negativen Erfahrungen von Zwangsschlichtungen und staatlichen Lohnobergrenzen dafür gesorgt werden, dass Gewerkschaften und Arbeitgeber frei über die Entgelte verhandeln und sich einigen konnten.

III. Die „Krise“ der Tarifautonomie

Es ist ein besonderes historisches Glück für die Bundesrepublik Deutschland, dass die weitere wirtschaftliche und soziale Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg („Wirtschaftswunder“) bis zum Beginn der 1980er Jahre staatliche Mindestlohngesetzgebung schlicht als überflüssig hat erscheinen lassen. Die Gewerkschaften hatten in einer durch Großindustrien geprägten Wirtschaft einen hohen Organisationsgrad. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände hatten teils bestimmenden Einfluss auf die Rechtsetzung. Arbeitnehmerschutzrecht wurde vom Staat häufig auf Vorschlag und in Einvernehmen mit den Sozialpartnern implementiert. Die Allgemeinverbindlicherklärung gemäß § 5 TVG von Tarifverträgen erwies sich dabei als taugliches Instrument, unerwünschten Lohnkostenwettbewerb durch nicht tarifgebundene Arbeitgeber zumindest einzuschränken.

Das hat sich – insbesondere nach der Wiedervereinigung – verändert.¹⁴ Die Tarifbindung nahm ab oder entwickelte sich in den neuen Bundesländern erst gar nicht. Die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände verloren Mitglieder. Der Gesetzgeber legt in der Begründung des Tarifautonomiestärkungsgesetzes Zahlen des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) zugrunde, nach denen die Tarifbindung zwischen 1998 und 2012 bezogen auf alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von 74 % auf nur noch 58 % zurückgegangen ist.¹⁵ Im Jahre 2012 arbeiteten nur noch 50 % der Beschäftigten in einem Betrieb mit Bindung an einen Flächentarifvertrag.¹⁶ Hinzu kommen 8 % der Beschäftigten, für die immerhin ein Firmentarifvertrag gilt. Gleichzeitig werden auch die Arbeitgeberverbände immer schwächer. Der Konkurrenzdruck durch nicht tarifgebundene Unternehmen verschärft den Lohnkostenwettbewerb, Mitgliedschaften ohne Tarifbindung im Arbeitgeberverband (OT-Mitgliedschaften) nehmen zu.

Als sich nach der deutschen Wiedervereinigung die wirtschaftliche Lage verschlechterte, wurde die fehlende Leistungsfähigkeit der Tarifautonomie offenkundig.¹⁷ In wirtschaftlich schwachen Regionen, in den auch die Koalitionen schwach organisiert

13 Dieser Gesichtspunkt spielt heute in der Diskussion in Deutschland keine große Rolle mehr. Vgl. dazu: *Farthmann/Coen* in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Staatsrechts (1994), § 19, Rn. 12.

14 Vgl. zu der Entwicklung *Preis/Ulber*, FS Kempfen (2013), S. 15 (18 ff.); *Däubler/Däubler*, TVG, 3. Aufl. 2012, Einl. Rn. 53.

15 Das IAB legt diesen Zahlen die Bindung des Arbeitgebers an Tarifverträge zugrunde und rechnet auf dieser Basis hoch, vgl. IAB 3.6.2013 „Tarifbindung der Beschäftigten“.

16 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 30 f.

17 Vgl. hierzu auch *Nielebock*, FS Kempfen (2012), S. 181 (182 ff.).

waren, gelang es ihnen nicht mehr, auskömmliche Mindestarbeitsbedingungen zu sichern.¹⁸ Ein signifikantes Beispiel dafür ist die bedenkliche Entwicklung der tarifvertraglichen Regulierung der Leiharbeit.¹⁹ Im Ergebnis besteht ein stark ausgeweiteter Niedriglohnsektor.²⁰

IV. Der europäische Einigungsprozess

Gleichzeitig verschärfte sich durch den europäischen Einigungsprozess der Lohnkostenwettbewerb²¹. Die Freizügigkeit im europäischen Binnenmarkt führte dazu, dass Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union begannen, ihre Dienstleistungen in Deutschland zu erbringen und dazu ihre niedriger entlohnten Arbeitnehmer zu entsenden. Dem versuchte die Entsenderichtlinie 96/71/EG²² zu begegnen, die den Zielen des fairen Wettbewerbs und des Schutzes der entsandten Arbeitnehmer diene. Durch die zunehmende Öffnung des Binnenmarktes und die Aufnahme von Mitgliedsstaaten, deren Arbeitsmärkte ein sehr niedriges Entlohnungsniveau aufweisen, hat sich der Druck auf die Sozialstandards und damit auf die tarifautonome Marktregulierung in Deutschland deutlich erhöht.²³ So kam es zu einem grenzüberschreitenden Lohnkostenwettbewerb, der realistischere durch Absenkung der Löhne in Deutschland allein nicht zu gewinnen gewesen wäre.

V. Reaktionen des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber hat hierauf zunächst im Jahre 1996, also noch vor dem europäischen Gesetzgeber, mit dem Arbeitnehmerentsendegesetz²⁴ mit immer weiter reichenden sektoralen Mindestlöhnen, im Jahre 2009 mit einer Reform des Mindestarbeitsbedingengesetzes²⁵ und im Jahre 2011 mit dem Mindestlohn in der Leiharbeit²⁶ reagiert.

Diese Maßnahmen haben allesamt das Grundproblem nicht zu lösen vermocht, dass es nach wie vor eine Vielzahl tariffreier Zonen gibt und in vielen Sektoren die Tarifvertragsparteien nicht in der Lage sind, Entgeltstrukturen zu gewährleisten, die auskömmliche Löhne bei Vollzeitarbeit ermöglichen.

18 Ebenso Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

19 Vgl. dazu *Buschmann*, FS Richardi (2007), S. 93 ff.; *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1044).

20 *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1042).

21 *Preis/Ulber*, FS Kempen (2013), S. 15 (22); Anders als der Begriff „Lohndumping“ beschreibt er das Problem umfassender, weil er auch die Arbeitgeberseite in den Blick nimmt.

22 ABl. EG Nr. L18 v. 21.1.1997, S. 1ff.; hierzu ausf. *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts, 2006, S. 53ff.

23 *Preis/Ulber*, FS Kempen, S. 15 (21 f.); *Kempen*, FS Däubler (1999), S. 503 f.; *Nielebock*, FS Kempen (2012), S. 181 (184).

24 Vgl. zur Entstehungsgeschichte Däubler/*Lakies*, TVG, 3. Aufl. 2012, Anh. 1 zu § 5 TVG, § 1 AEntG Rn. 12 ff.

25 Änderungsgesetz vom 22.4.2009 (BGBl. I S. 818); vgl. zur Entstehungsgeschichte *Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler*, Arbeitnehmerentsendegesetz – Mindestarbeitsbedingengesetz, 3. Aufl. 2011, Einl. Rn. 1 ff.

26 Gesetz vom 28.4.2011 (BGBl. I, S. 642, vgl. zur Entstehungsgeschichte *Ulber/Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, § 3a AÜG Rn. 1 ff.

Vor diesem Hintergrund hat sich der Gesetzgeber nunmehr zum Handeln entschlossen und will das System um einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn ergänzen und gleichzeitig das Arbeitnehmerentendegesetz auf alle Branchen ausweiten. Das Konzept des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns wird daher vom Gesetzgeber mit Recht in einem „Tarifautonomiestärkungsgesetz“ in einem Gesamtpaket zusammengefasst, das alle diese Instrumente, aufeinander abgestimmt, neu fasst.²⁷

VI. Einordnung in den internationalen Kontext

Aus internationaler Sicht ist Deutschland ein eher atypischer Fall, weil es gegenwärtig keinen gesetzlichen Mindestlohn gibt.²⁸ In 21 von 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union gibt es Mindestlöhne. Laut Angaben der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) gibt es in insgesamt über 100 Staaten gesetzliche Mindestlöhne.²⁹ In den Staaten der Europäischen Union gibt es fünf Staaten mit Mindestlöhnen, die zum Teil deutlich über dem in Deutschland angestrebten Niveau von 8,50 € pro Stunde liegen. Dazu gehören Luxemburg, Frankreich, die Niederlande, Belgien und Irland, die Mindestlöhne von 8,65 € (Irland) bis zu 11,10 € (Luxemburg) vorsehen.³⁰ Etwas unter dem in Deutschland angestrebten Niveau liegt der Mindestlohn in Großbritannien, der gegenwärtig etwa bei 7,43 € pro Stunde liegt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass dieser niedrigere Betrag aus der starken Abwertung des britischen Pfunds seit 2007 resultiert.³¹ In einer weiteren Gruppe von Staaten der Europäischen Union gibt es Mindestlöhne, die deutlich unter dem in Deutschland angestrebten Niveau von 8,50 € liegen. So sehen etwa Slowenien (4,56 €), Malta (4,15 €), Spanien (3,91 €), Griechenland (3,35 €), Portugal (2,92 €), Polen (2,31 €), Kroatien (2,30 €), Estland (2,13 €), die Slowakei (2,02 €), Ungarn (1,97), Tschechien (1,95 €), Lettland (1,93 €), Litauen (1,76 €), Rumänien (1,14 €), Bulgarien (1,04 €), deutlich geringere Mindestlöhne vor.³²

Außerhalb von Europa gibt es in einer Vielzahl anderer Industrienationen Mindestlöhne, die allerdings aufgrund schwankender Wechselkurse nur teilweise präzise umrechenbar sind. Aber immerhin lässt sich eine Tendenz aus den folgenden Zahlen ableiten: So liegt der Mindestlohn in Australien bei umgerechnet 11,88 €, in Neuseeland bei 8,48 €, in Kanada bei 7,44 € und in Japan ab dem 1.1.2015 bei 5,89 €. Auch in den USA (5,46 €), Korea (3,58 €) und der Türkei (2,17 €) gibt es allgemeine gesetzliche Mindestlöhne.³³ Dabei ist zu beachten, dass die absoluten Werte nicht geeignet sind, die Kaufkraft im jeweiligen Land widerzuspiegeln. Immerhin zeigt sich aber bei dieser Betrachtungsweise, dass sowohl in Staaten mit ausgeprägt durchsetzungsstarken

27 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 1.

28 *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1046).

29 ILO Global Wage Report 2012/2013.

30 *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2014, 132 (133).

31 *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2014, 132 (133).

32 *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2014, 132 (133).

33 *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2014, 132 (133).

Sozialpartnern, wie etwa Frankreich und Spanien,³⁴ als auch in Staaten, denen ein kollektives Interessenvertretungssystem eher fremd ist, wie etwa den USA, allgemeine gesetzliche Mindestlöhne existieren. Offenbar ist also – jedenfalls im internationalen Kontext – ein Mindestlohn kein Zeichen für ein bestimmtes System, in dem Arbeitsbeziehungen reguliert werden, oder für eine bestimmte Form, in der das nationale Arbeitsrecht insgesamt reguliert wird. Irland und Frankreich dürften in dieser Hinsicht durchaus unterschiedlich sein, gleichwohl bewegen sich die Mindestlöhne in beiden Staaten über 8,50 €. Zu beachten ist, dass derzeit niedrigere Mindestlöhne zum Teil erheblich steigen. So betrug die Erhöhungsrage in Rumänien im Jahr 2013 über 20 %. Gleichwohl zeigt sich, dass eher moderate Anpassungen der gesetzlichen Mindestlöhne vorgenommen werden. Insbesondere in Ländern mit vergleichsweise hohen Mindestlöhnen ist die Dynamik überaus begrenzt. Im Übrigen lässt sich verzeichnen, dass die Anpassungen stark konjunkturorientiert erfolgen.³⁵

B. Funktion des Arbeitsrechts im Allgemeinen

Eine verfassungsrechtliche Bewertung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns muss die Funktion des Arbeitnehmerschutzes im Gesamtsystem des Arbeitsrechts berücksichtigen und die Frage beantworten, wie sich der Mindestlohn in dieses System einfügt. Arbeitsrecht dient dem Schutz des Arbeitnehmers. Es soll die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers³⁶ bei Begründung, Vollzug und Beendigung des Arbeitsverhältnisses teilweise kompensieren. Sein großer, leider zerstückelter Normenbestand dient primär einem Ziel: dem Schutz der Arbeitnehmer.³⁷ Das gilt insbesondere für das Individualarbeitsrecht sowie den sozialen und technischen Arbeitsschutz. Mindestnormen werden überdies in öffentlich-rechtlicher Normsetzung geschaffen. Das kollektive Arbeitsrecht geht in seiner historischen Entwicklung von dem Grundverständnis aus, dass nur durch eine Gruppenrepräsentation der Arbeitnehmerschaft, sei es auf der Ebene von Betrieb oder Unternehmen (Betriebsverfassung), sei es in den Aufsichtsgremien der Kapitalgesellschaft (Unternehmensmitbestimmung) oder in der Interessenvertretung zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Koalitionsrecht, Tarifvertragsrecht und Arbeitskampfrecht), das Arbeitsleben sinnvoll und sozial ausgewogen gestaltet werden kann. Das kollektive Arbeitsrecht soll damit ebenso die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerschaft kompensieren.³⁸ Das Arbeitsvertragsrecht bzw. das Individualarbeitsrecht fußt auf dem Prinzip der Privat-

34 Jedenfalls bis zu den durch die Europäische Union erzwungenen Reformen, vgl. dazu *Waas*, FS Kempen (2013), S. 38 (52 f.).

35 *Schulten*, WSI-Mitteilungen 2014, 132 (136).

36 BAG 16.3.1994, NZA 1994, 937 (940); BAG 25.4.2007, NZA 2007, 853 (854); BAG 6.9.1995, NZA 1996, 437 (439); *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht (1992), S. 184 ff.; *ders.*, RdA 1997, 65 (77); *Gamillscheg*, RdA 2005, 79 (81); *ders.*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 3 ff.; *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (1993), S. 87 ff.; *Zachert*, FS Richardi, S. 1111 (1113); zweifelnd *Picker*, RdA 2014, 25 (26).

37 Vgl. *Preis*, Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht, 4. Aufl. 2012, S. 1.

38 *Preis*, Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, S. 1.

autonomie, das allerdings durch mannigfache zwingende Rechtsregeln durchbrochen wird. Das Arbeitsschutzrecht, das den technischen und den sozialen Arbeitsschutz zum Gegenstand hat, ist öffentlich-rechtlich konzipiert. Das kollektive Arbeitsrecht ist ein Zwitter zwischen möglichst dem Gedanken der Privatautonomie verpflichteter Konfliktlösung einerseits und staatlich sanktionierter Zwangsordnung andererseits. Verfassungsrechtlicher Ausdruck des Autonomiegedankens ist die Gewährleistung der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 GG. Die staatlich flankierte Zwangsordnung spiegelt sich in der zwingenden Wirkung der Tarifverträge (§ 4 TVG) und Betriebsvereinbarungen (§ 77 Abs. 4 BetrVG) wider.

Diese typisierende Vielfalt arbeitsrechtlicher Regulierung wird vielfach undifferenziert kritisiert als ein Zuviel des Arbeitnehmerschutzes, der den Arbeitnehmern selbst schade. Dafür gibt es keinen validen Beleg. Vielmehr zeigt die Arbeitsrechtsgeschichte der jüngeren Zeit, dass immer wieder Löcher in das Schutzsystem gerissen werden, sei es durch wirtschaftliche Entwicklungen, Umgehungsstrategien, veraltete Gesetze oder auch gesetzliche Fehlentscheidungen. Mit Recht entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, dass der Gesetzgeber berechtigt, wenn nicht gar verpflichtet ist, arbeitsrechtliche Regelungen zu schaffen und damit seiner staatlichen Schutzpflicht für die strukturell unterlegene Partei des Arbeitsvertrags, den Arbeitnehmer, nachzukommen.³⁹

Das Arbeitsrecht fokussiert sich nicht allein auf die Vertragsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern versucht, sich ganzheitlich der vielfältigen Risiken anzunehmen, die sich für Menschen ergeben, die fremder Leitungsmacht unterliegen. Leitbild bleibt dabei der unbefristete Vollzeitvertrag.⁴⁰ Das bedeutet nicht, dass das Arbeitsrecht nicht vielfältigsten Flexibilisierungsmöglichkeiten offen gegenüber steht. Aber im Kern setzt es bereits durch seine Existenz Handlungsgrenzen für Arbeitgeber ebenso wie für die Sozialpartner, die sich traditionell innerhalb der Grenzen des zwingenden Gesetzesrechts bewegen, wenn sie Normsetzung betreiben.⁴¹

Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn ergänzt das bestehende System des Arbeitsrechts und setzt dafür in seiner Schutzwirkung an verschiedenen Stellen an. Er beschränkt sich nicht darauf, kurzfristig das Ziel existenzsichernder Löhne zu erreichen, sondern intendiert auch Effekte auf die Sozialversicherungssysteme, sowohl bezüglich der Betragsstabilität als auch im Hinblick auf die individuellen Leistungsansprüche.⁴²

39 Siehe zur Störung der Vertragsparität: BVerfG 7. 2. 1990 BVerfGE 81, 242 und zum Kündigungsschutz BVerfG 27. 1. 1998, BVerfGE 97, 169.

40 Vgl. dazu *Waltermann*, NZA 2010, 860.

41 Zur Sonderkonstellation des tarifdispositiven Gesetzesrechts vgl. *Bock*, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie (2005); *Buschmann*, FS Richardi (2007), S. 93 ff.; *Schlachter/Klauk*, AuR 2010, 354 ff.; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (2010); *Waltermann*, FS Bepler (2012), S. 569 ff.

42 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 1.

C. Gegenwärtiges System der Mindestlöhne in Deutschland

Bislang gibt es in der Bundesrepublik Deutschland keinen *allgemeinen gesetzlichen* Mindestlohn im Sinne einer stundenbezogenen Lohnuntergrenze. Gleichwohl besteht eine Vielzahl von Instrumenten, die in bestimmten Bereichen *Mindestentgelte* vorschreiben. Um Wirkungsweise und Hintergründe der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns verstehen zu können, ist es sinnvoll, die bisherigen Instrumentarien zur Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen im nationalen Arbeitsrecht einzuordnen. Im Einzelnen:

I. Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG)

Das älteste Instrument zur Festlegung von brancheneinheitlichen Mindestarbeitsbedingungen ist die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) nach § 5 TVG.⁴³ Sie ermächtigt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) bei bestehendem öffentlichen Interesse⁴⁴ einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich zu erklären (§ 5 Abs. 1 TVG). Rechtsfolge ist, dass der Tarifvertrag mit allen seinen Arbeitsbedingungen in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfasst (§ 5 Abs. 4 TVG). Wird das Arbeitsverhältnis neben den Normen des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags noch von einem anderen Tarifvertrag erfasst, ist die hierdurch entstehende Tarifkonkurrenz nach dem Spezialitätsprinzip aufzulösen.⁴⁵ Der allgemeinverbindliche Tarifvertrag kann also durch andere Tarifverträge, die für das jeweilige Arbeitsverhältnis gelten, verdrängt werden.⁴⁶

Das Verfahren für eine AVE sieht verschiedene Voraussetzungen vor, die allerdings nach dem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD und dem vorliegenden Entwurf für ein Tarifautonomiestärkungsgesetz nunmehr modifiziert werden sollen.⁴⁷

Kernelemente der AVE nach (noch) geltendem Recht sind, ohne dass hier auf die Einzelheiten eingegangen werden kann:

1. Das in § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG erforderliche Mindestquorum erlaubt die AVE nur, wenn die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50% der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer beschäftigen. Dieses hohe Quorum führt dazu, dass in tariflich nicht geregelten Bereichen und (bislang) in Branchen mit einer Tarifbindung von unter 50 % keine AVE nach § 5 TVG möglich war.

43 Vgl. hierzu zuletzt *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe 2014, S. 2 ff.; *Seifert*, FS Kempfen, S. 196 (203).

44 Vgl. dazu ausführlich *Däubler/Lakies*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 93 ff.

45 BAG 15.11.2006, NZA 2007, 448.

46 *Däubler/Lakies*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 TVG Rn. 166 ff.

47 Vgl. zu den Einzelheiten und zur Zulässigkeit *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe 2014, S. 2 ff.

2. Einvernehmen des Tarifausschusses: Der Ausschuss ist bislang paritätisch mit je drei Vertretern der Spitzenorganisationen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern besetzt (§ 5 Abs. 1 TVG) und muss die AVE mit einer Mehrheit befürworten. Die Folge ist eine Veto-Position der Arbeitgeberseite, die die praktische Tauglichkeit des Instrumentes stark eingeschränkt hat.⁴⁸
3. Antragstellung durch eine Tarifvertragspartei.
4. Die AVE erfolgt als Rechtsakt *sui generis*⁴⁹ durch das BMAS.

Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen wurde durch das BVerfG bestätigt.⁵⁰ Das Tarifautonomiestärkungsgesetz verzichtet nunmehr auf das 50%-Quorum.⁵¹ Stattdessen wird das öffentliche Interesse neu definiert. Schließlich soll künftig ein gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien erforderlich sein (bisher genügte der Antrag einer Tarifpartei).⁵² Der sog. Tarifausschuss, der mit je drei Vertretern der Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer besetzt ist, soll, trotz der zum Teil massiv geäußerten Kritik, bestehen bleiben.

II. Erstreckung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)

Den Herausforderungen, die sich dem Gesetzgeber durch die Freiheit des europäischen Binnenmarktes einerseits und die zunehmenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten in der Bauindustrie andererseits stellten, versuchte er mit dem, in seiner ursprünglichen Fassung am 1.3.1996 in Kraft getretenen, Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)⁵³ zu begegnen. Das Gesetz eröffnete die Möglichkeit, bestimmte in Deutschland geltende Mindestarbeitsbedingungen auch auf von ausländischen Arbeitgebern nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Durch die europäische Integration, aber auch durch die Werkvertragsabkommen mit den Staaten Mittel- und Osteuropas sowie der Türkei,⁵⁴ sind in Deutschland zunehmend Dienstleistungen durch ausländische Arbeitgeber erbracht worden, die zu diesem Zweck in Deutschland mit ihren im Ausland angestellten Arbeitnehmern tätig wurden. Wegen der im Vergleich deutlich geringeren Löhne im Ausland und der hohen Lohnkostenintensivität der Baubranche stieg die Arbeitslosigkeit unter deutschen Bauarbeitnehmern massiv an. Gleichzeitig gerieten deutsche Bauunternehmen in große wirtschaftliche Schwierigkeiten.⁵⁵

Die Reaktion war die Einführung des AEntG, das der Entsenderichtlinie (96/71/EG) vorgriff. In seiner ursprünglichen Fassung setzte es eine Allgemeinverbindlicherklä-

48 Vgl. dazu *Ulber*, AEntG, 2009, Einl. Rn. 16.

49 BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322 (338); vgl. dazu ausführlich *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 8 ff.

50 BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322.

51 Vgl. hierzu *Greiner/Preis/Hanau*, SR Sonderausgabe 2014, S. 2 ff.

52 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 1.

53 BGBl. 1996, I – 227.

54 Vgl. dazu *Däubler/Lakies*, TVG, 3. Aufl. 2012, Anh. 2 zu § 5 TVG, § 1 AEntG Rn. 15.

55 Vgl. dazu *Däubler/Lakies*, TVG, 3. Aufl. 2012, Anh. 2 zu § 5 TVG, § 1 AEntG Rn. 15 ff.

zung eines Tarifvertrags mit Mindestentgelten nach § 5 TVG voraus, der dann nach § 1 Abs. 1 AEntG auch auf Arbeitsverhältnisse nach Deutschland entsandter Arbeitnehmer erstreckt wurde. In der Folge kam es in der Bauindustrie zu Tarifvertragsverhandlungen, in denen die Sozialpartner in der Bauwirtschaft sich auf einen Tarifvertrag mit einem Mindeststundenentgelt von 18,60 DM einigten. Nachdem die Tarifvertragsparteien einvernehmlich die Allgemeinverbindlicherklärung beantragt hatten, blockierte die Arbeitgeberseite im Tarifausschuss – auf der die Bauindustrie nicht vertreten war – die Allgemeinverbindlicherklärung.⁵⁶ Man verlangte einen niedrigeren Abschluss. Daraufhin schlossen die Sozialpartner einen neuen Tarifvertrag, der Mindestentgelte in Höhe von 17,00 DM für die alten und 15,60 DM für die neuen Bundesländer festlegte. Selbst dieser Antrag scheiterte zunächst und ihm wurde später nur befristet bis zum 31.5.1997 ohne Nachwirkung stattgegeben.⁵⁷

Bemerkenswert an diesem Pilotverfahren war, dass die Arbeitgeberbank im Tarifausschuss mit ihrer faktischen Veto-Position die vitalen Eigeninteressen eines Mitglied-Arbeitgeberverbandes missachtete, der nämlich zum Schutze seiner Mitglieder und der deutschen Bauwirtschaft den Mindestlohn dringend befürwortete.⁵⁸ In Ansehung dieses Falles kam es zur Novellierung des AEntG durch das „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“ vom 19.12.1998⁵⁹, in Kraft getreten am 1.1.1999.⁶⁰ Dabei wurde § 1 Abs. 3a AEntG eingeführt, der die Möglichkeit vorsah, dass der bloße Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung ausreiche, um per Rechtsverordnung zu bestimmen, dass die Rechtsnormen dieses Tarifvertrags auf alle unter den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fallenden und nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 3a S. 1) und ebenso auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im Geltungsbereich der Rechtsverordnung beschäftigten Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 3a S. 3 AEntG) Anwendung finden. Dabei konnte die Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Tarifausschusses und bei Zustimmung nur einer Tarifvertragspartei erlassen werden.⁶¹ Damit hatte das AEntG nicht mehr nur die Funktion, die Allgemeinverbindlicherklärung auch auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken, sondern auch den Zweck, die Arbeitsverhältnisse der bei in Deutschland ansässigen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer zu erfassen.

Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen zur Sicherung eines branchenbezogenen Mindestlohnes wurde durch das BVerfG bestätigt.⁶²

Das AEntG ist in der Folge mehrfach novelliert worden. Dabei ist es um eine Vielzahl von Branchen erweitert worden. Zunächst wurde durch das Erste Gesetz zur Ände-

56 Nielebock, FS Kempen (2013), S. 181.

57 Büdenbender, RdA 2000, 193 (194).

58 Vgl. hierzu auch Seifert, FS Kempen (2013), S. 196.

59 BGBl. 1998, I-3843 ff., 3851.

60 Büdenbender, RdA 2000, 193.

61 Vgl. dazu Büdenbender, RdA 2000, 193 (195).

62 BVerfG 18.7.2000, NZA 2000, 948.

zung des AEntG vom 25.4.2007⁶³, in Kraft getreten am 1.7.2007, das Gebäudereinigerhandwerk einbezogen, wobei der Begriff später durch den der Gebäudereinigung ersetzt wurde⁶⁴, und später – mit einer bemerkenswerten Folgeentwicklung⁶⁵ – durch das Zweite Gesetz zur Änderung des AEntG vom 21.12.2007⁶⁶, in Kraft getreten am 28.12.2007, die Briefdienstleistungen. Schließlich entschloss sich die Große Koalition im Jahr 2008 zu einer umfassenden Neuregelung.⁶⁷ Diese beinhaltete unter anderem die Aufnahme von Branchen, in denen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite übereinstimmend verlangten, in das Gesetz aufgenommen zu werden. Nach dem politischen Kompromiss sollte Voraussetzung für die Aufnahme in das Gesetz sein, dass in diesen Branchen eine Tarifbindung von über 50 % bestand. Das Vorhaben führte 2009 zu einer Neufassung des AEntG durch das „Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen“ (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 20.4.2009, in Kraft getreten am 24.4.2009.⁶⁸

Dabei wurde das AEntG auf weitere Branchen erstreckt. Ihr Katalog findet sich nunmehr in § 4 AEntG. Damit waren Mindestlohnrechtsverordnungen nach dem AEntG nunmehr zusätzlich für die Sicherheitsdienstleistungen (§ 4 Abs. 1 Nr. 4), Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken (§ 4 Abs. 1 Nr. 5), Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft (§ 4 Abs. 1 Nr. 6), der Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst (§ 4 Abs. 1 Nr. 7) und Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen (§ 4 Abs. 1 Nr. 8) möglich. Daneben wurde vor dem Hintergrund der starken Stellung der Kirchen in der Pflegebranche ein besonderes Verfahren implementiert, um auch dort einen Mindestlohn per Rechtsverordnung festlegen zu können.⁶⁹

Die letzte Reform brachte eine Vielzahl von Klarstellungen, die verfassungsrechtliche und europarechtliche Einwände ausräumen sowie einige Streitfragen über seine Anwendung beseitigen sollte.⁷⁰ So wurde in § 7 Abs. 1 AEntG vorgesehen, dass ein gemeinsamer Antrag der Tarifvertragsparteien erforderlich ist, sodass davon ausgegangen werden kann, dass die Regelungen einer Rechtsverordnung von beiden Tarifvertragsparteien als angemessen angesehen werden.⁷¹

Ferner wurde das Verfahren zum Erlass der Rechtsverordnung klarer gefasst, sodass nunmehr nicht mehr vertreten werden kann, dafür sei das 50%-Quorum aus § 5 Abs. 1 TVG einzuhalten. Diese Auffassung war zuvor aufgrund des Wortlautes des AEntG zumin-

63 BGBl. 2007, I-576 ff.

64 *Ulber*, AEntG, 2009, § 4 Rn. 16.

65 Vgl. dazu *Greiner*, BB 2008, 840 ff.

66 BGBl. 2007, I-3140.

67 Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren *Sansone/Ulber*, AuR 2008, 125.

68 BGBl 2009, I-799.

69 Vgl. dazu *Ulber*, AEntG, § 1 Rn. 2.

70 Vgl. dazu ausführlich *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 423 ff.

71 Vgl. dazu *Thüsing/Bayreuther*, § 7 AEntG Rn. 6.

dest vertretbar.⁷² Nunmehr erklärt das AEntG § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG für entsprechend anwendbar (§ 7 Abs. 1 S. 2 AEntG) und nimmt auf verschiedene Regelungen in § 5 TVG Bezug. Eine Bezugnahme auf das Quorum fehlt im Gesetz. Darüber hinaus wurde die im Gesetzgebungsverfahren politisch vorausgesetzte Mindesttarifbindung von 50 % nicht in das Gesetz aufgenommen.⁷³

Durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz soll das AEntG auf alle Branchen ausgeweitet werden und es damit den Tarifvertragsparteien in allen Branchen ermöglichen, den Erlass einer Rechtsverordnung zu beantragen.⁷⁴ Verfassungsrechtliche Einwände hiergegen sind nicht zu erwarten. Denn das System hat sich – ausgehend von den ersten Bemühungen in der Baubranche – zu einem validen branchenbezogenen tarifgestützten Mindestlohnsystem fortentwickelt.

III. § 3a AÜG Lohnuntergrenze in der Leiharbeit

Eine der umstrittensten Fragen war lange Zeit die Einführung eines Mindestlohnes für die Leiharbeit.⁷⁵ Durch das 1. AÜG-Änderungsgesetz⁷⁶ wurde mit § 3a AÜG die Möglichkeit vorgesehen, eine „Lohnuntergrenze“ in der Leiharbeit einzuführen.⁷⁷ Mit Inkrafttreten des § 3a AÜG am 1.5.2011 hat die Diskussion um den Mindestlohn in der Zeitarbeit ihr vorläufiges Ende gefunden.

Gegen einen solchen Mindestlohn wurden früher massive verfassungsrechtliche und europarechtliche Bedenken geltend gemacht.⁷⁸ Dies hatte damit zu tun, dass unter Beteiligung der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen (CGZP) Niedriglohntarifverträge in der Leiharbeit erreicht worden waren⁷⁹, deren ökonomische Nutzbarkeit durch die Lohnuntergrenze beseitigt worden wäre. Nachdem das BAG die CGZP für tarifunfähig erklärt hatte⁸⁰ und sich im Zuge der vollständigen Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zum 1.5.2011 die Interessen der Verleihunternehmen durch den drohenden Lohnkostenwettbewerb durch Verleihunternehmen aus den Mittel- und Osteuropäischen Mitgliedsstaaten verändert hatten, schwanden die Widerstände.⁸¹

Am 21.12.2012 ist die Erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung (LohnUGAÜV) erlassen worden. Seit dem 1.1.2012 ist ein Mindeststundenentgelt von 7,89 € (West) bzw. 7,01 € (Ost) zu zahlen (§ 2 Abs. 2 Nr. 1

72 Vgl. zum Streit über die Frage *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010, S. 357 ff.

73 Vgl. dazu Thüsing/*Bayreuther* AEntG, § 7 Rn. 10.

74 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 1.

75 Vgl. dazu *Dieterich*, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), S. 13 ff.; *Hanau* (a.a.O.), S. 127 ff.

76 V. 28.4.2011, BGBl. 2011, I-642 ff.

77 *Düwell*, DB 2013, 756 ff.; *Ulber* AuR 2012, 426 ff.

78 *Thüsing/Lembke*, ZfA 2007, 87 ff.

79 vgl. dazu *Schüren* RdA 2011, 268; ders. NZA 2008, 453; *Waltermann*, FS Bepler (2012), S. 569 ff.

80 BAG 14.12.2010, NZA 2011, 289 ff.

81 *Ulber*, AuR 2012, 426.

LohnUGAÜV). Vom 1.11.2012 an (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 LohnUGAÜV) steigen diese auf 7,50 € (Ost) und 8,19 € (West). Eine neue Rechtsverordnung soll demnächst erlassen werden. Vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens bis zum 31.3.2015 sollen die Mindeststundenentgelte 8,50 € (West) bzw. 7,86 € (Ost) betragen. Danach sollen die Stundensätze vom 1.4.2015 bis zum 31.5.2016 auf 8,80 € (West) bzw. 8,20 € (Ost) angehoben werden und am 1.6.2015 auf 9,00 € (West) bzw. 8,50 € (Ost) steigen.⁸²

Dass die Lohnuntergrenze in der Zeitarbeitsbranche nicht in das AEntG integriert wurde, hatte einerseits mit den politischen Mehrheitsverhältnissen zum Zeitpunkt der Verabschiedung des 1. AÜG-Änderungsgesetzes zu tun, andererseits mit systematischen Gründen und Besonderheiten der Wirkungsweise.

Die Entwicklung ist deshalb bemerkenswert, weil Leiharbeiter in allen Branchen eingesetzt werden können, der Mindestlohn in der Leiharbeit also faktisch – auch wenn man die Leiharbeit als eigene Branche ansieht – branchenübergreifend wirkt. Dies hat dazu geführt, dass man im Mindestlohn für die Leiharbeiter den Einstieg in einen gesetzlichen Mindestlohn gesehen hat.⁸³ Die im Rahmen der Leiharbeit erbrachten Leistungen können von (niedrigentlohnenden) einfachsten Hilfstätigkeiten bis hin zu hochkomplexen und hochbezahlten Spezialtätigkeiten reichen.

IV. MiArbG

Ein weiteres Instrument zur Mindestlohnfestsetzung bildet das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 1.1.1952. Das Gesetz wurde 2009 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen⁸⁴ grundlegend reformiert. Zur Anwendung gebracht wurden die Regelungen bislang nie. Das Gesetz ermöglicht es, in Wirtschaftszweigen mit einer Tarifbindung von unter 50 % (§ 1 Abs. 2 MiArbG) bei sozialen Verwerfungen (§ 3 Abs. 1 MiArbG) Mindestentgelte festzulegen. Eine Vielzahl von Begrifflichkeiten ist unklar.⁸⁵ Die Reform im Jahr 2009 ist wirkungslos verpufft. Deswegen wird das Gesetz in der Literatur auch spöttisch als „Gesetz zur Verhinderung von Mindestarbeitsbedingungen“ bezeichnet.⁸⁶ Es soll durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz aufgehoben werden.

V. § 19 HAG

Nach § 19 Heimarbeitsgesetz (HAG) können bindende Festsetzungen über die Entgelte und sonstigen Vertragsbedingungen der in Heimarbeit Beschäftigten getroffen werden. Diese Möglichkeit beschränkt sich auf diesen Bereich und ist nur unter engen Voraus-

82 Entwurf der Zweiten Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung, BAnz 30.1.2014.

83 Vgl. hierzu *Hanau*, FS Kempen (2013), S. 235 (246).

84 BT-Dr. 16/10485.

85 Vgl. dazu *Riechert/Stomps*, RdA 2012, 81 ff.

86 *Hanau*, FS Kempen (2013), S. 235 ff.

setzungen möglich. Die Festsetzungen werden durch Heimarbeitsausschüsse getroffen. Die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen wurde durch das BVerfG bestätigt.⁸⁷

VI. § 17 BBiG

Schließlich sieht § 17 BBiG einen Anspruch der Auszubildenden auf angemessene Vergütung vor. Nach der Rechtsprechung ist die Auszubildendenvergütung angemessen, wenn sie hilft, die Lebenshaltungskosten zu bestreiten. Zugleich stellt sie eine Mindestentlohnung für die Leistungen des Auszubildenden dar.⁸⁸ Die besondere Funktion der Auszubildendenvergütung besteht darin, dem Auszubildenden und ggf. seinen Eltern eine finanzielle Hilfe während der Ausbildung zu leisten, einen ausreichenden Nachwuchs an qualifizierten Fachkräften zu gewährleisten sowie eine Entlohnung für die geleistete Arbeit zu gewähren.⁸⁹

D. Regelungsproblem

Die soeben skizzierten bestehenden Systeme lassen einige strukturelle Grundprobleme des Arbeitsrechts ungelöst. Mit Ausnahme des Mindestarbeitsbedingungengesetzes setzen alle Instrumente entweder nur in einzelnen Branchen bzw. wirtschaftlichen Sektoren an. Oder aber die Mindestlohnregelungen setzen Tarifverträge als Grundlage für eine Erstreckung auf nicht an diese Tarifverträge gebundene Arbeitsvertragsparteien voraus. Wegen dieser Begrenzung sind die bisherigen Systeme ungeeignet, zwei problematischen Tendenzen am deutschen Arbeitsmarkt entgegenzuwirken.

I. Tariflose Zonen

Zum einen versagen diese Systeme in sogenannten tariflosen Zonen. Ein erheblicher Teil des deutschen Arbeitsmarktes, insbesondere in den neuen Bundesländern, zeichnet sich dadurch aus, dass bestimmte Branchen oder Gebiete keiner tarifvertraglichen Regulierung unterliegen. Der Gesetzgeber hat dieses Problem im Tarifautonomiestärkungsgesetz erkannt.⁹⁰ Er legt Zahlen des IAB zugrunde, nach denen die Tarifbindung insgesamt in den Jahren 1998-2012 von 74 % auf 58 % gesunken ist. Nur noch 50 % der Beschäftigten seien in Betrieben tätig, in denen ein Flächentarifvertrag gilt und für weitere 8 % gelte immerhin ein Firmentarifvertrag. Außerhalb dieser Bereiche seien die Löhne signifikant niedriger.⁹¹

87 BVerfG 27.2.1973, BVerfGE 34, 307.

88 BAG 8.12.1982 NJW 1983, 1629; BAG 10.4.1991, NZA 1991, 773, BAG 11.10.1995, NZA 1996, 698; BAG 30.9.1998, NZA 1999, 265.

89 BAG 22.1.2008 NZA-RR 2008, 565; BAG 11.10.1995, NZA 1996, 698.

90 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

91 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 30 f.; vgl. hierzu auch *Picker*, RdA 2014, 25 (27).

Zum anderen existieren zwar in Teilbereichen Tarifnomen. Allerdings sind die Gewerkschaften in diesen Bereichen entweder personell zu schwach aufgestellt oder aber aus anderen Gründen nicht durchsetzungsfähig, sodass es zu tariflichen Entgeltstrukturen kommt, bei denen die Arbeitnehmer typischerweise zusätzlich auf staatliche Transferleistungen angewiesen sind. Auch dieses Problem bezieht der Gesetzgeber im Tarifautonomiestärkungsgesetz in seine Überlegungen ein.⁹²

In diesen beiden Bereichen des Arbeitsmarktes versagen sowohl die tarifgestützten Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz als auch die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG. Denn entweder fehlt es an Tarifverträgen oder aber die Tarifbindung ist so gering, dass eine hinreichende Repräsentativität der Tarifvertragsparteien nicht gewährleistet ist. Wo aber Gewerkschaften durchsetzungsschwach sind, besteht die Gefahr, dass bestehende Tarifverträge nur ein Lohnniveau sichern, das unterhalb des Existenzminimums liegt oder jedenfalls nicht einem angemessenen kontradiktorischen Interessenausgleich entspringt.

Diese Situation legt auch das Tarifautonomiestärkungsgesetz zugrunde. Der Gesetzgeber beruft sich dabei auf eine Studie des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung (DIW)⁹³ und die Verdienststrukturerhebung 2010 des Statistischen Bundesamtes. Nach diesen Zahlen ist seit dem Jahr 2001 die Zahl der Voll- und Teilzeitbeschäftigten mit einem Niedriglohn⁹⁴ von 17,4 % auf 21,7 % im Jahr 2010 gestiegen.⁹⁵ Des Weiteren verdienen diesen Studien zufolge 11 % bzw. sogar 15 % der Beschäftigten weniger als den Mindestlohn von 8,50 €. In besonderer Weise wird betont, dass selbst dort, wo Tarifverträge gelten, immerhin im Jahr 2010 noch 7 % aller tarifgebundenen Arbeitnehmer weniger als 8,50 € in der Stunde verdienten.

II. Flickenteppich mit Löchern

Durch die bestehenden Instrumente zur Sicherung von Mindestentlohnung (Allgemeinverbindlicherklärung, per Rechtsverordnung angeordnete tarifgestützte Mindestlöhne) entsteht eine problematische Vielfalt, die durchaus als löchriger Flickenteppich bezeichnet werden kann.⁹⁶ Denn durch die Beschränkung des Arbeitnehmerentsendegesetz auf einige Branchen entstehen immer wieder Rechtsstreitigkeiten, ob Arbeitgeber in den Anwendungsbereich des Mindestlohns fallen. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Rechtsverordnungen fehlen Schutzmechanismen. Die Allgemeinverbindlicherklärung kann nur bewirken, dass Außenseiter von Tarifverträgen erfasst werden. Sie kann aber weder dafür sorgen, dass in einer Branche überhaupt Tarifverträge geschlossen werden, noch dafür, dass deren Höhe nicht unter ein Minimum sinkt, das Arbeitnehmer zwingt, auf staatliche Transferleistungen zurückgreifen zu müssen.

92 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

93 DIW Wochenbericht Nr. 5, 2014.

94 Dabei handelt es sich um Löhne, die weniger als 2/3 des Medianbruttolohnes betragen.

95 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

96 *Picker*, RdA 2014, 25, 33 f.

III. Lösung durch ergänzenden gesetzlichen Mindestlohn

An dieser Stelle setzt nunmehr der allgemeine gesetzliche Mindestlohn an. Er ermöglicht eine flächendeckende, einheitliche Lohnuntergrenze, die in allen Branchen und Arbeitsverhältnissen gilt und zwar unabhängig von der Frage, ob Tarifpartner vorhanden sind, die in der Lage sind, den betroffenen Sektor oder die betroffenen Branche eigenverantwortlich zu tarifieren. Damit schließt er die Schutzlücken, die die tarifgestützten Mindestlöhne nach dem AEntG und die Allgemeinverbindlicherklärung wegen ihrer Anknüpfung an Tarifverträge lassen müssen. Damit wird auch deutlich, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn weder Widerspruch noch Alternative zum Tarifvertrag oder zu den tarifgestützten Mindestlöhnen und der Allgemeinverbindlicherklärung ist. Er setzt nur dort an, wo die Tarifvertragsparteien aus eigener Kraft nicht mehr in der Lage sind, die Entgelte angemessen zu regulieren.⁹⁷ Diesen bleibt im Übrigen der Rückgriff auf das AEntG möglich.

⁹⁷ Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

3. Abschnitt. Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns nach Maßgabe des Mindestlohngesetzes (MiLoG)

Von verschiedenen Seiten ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des in Aussicht genommenen Mindestlohnes angegriffen worden. Vor diesem Hintergrund ist eine allgemeine verfassungsrechtliche Prüfung des Gesetzesvorhabens angezeigt. Dabei bedarf es einer Versicherung über die Reichweite des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums im Lichte der Grundrechte.

Dafür ist wesentlich, zunächst die gesetzgeberischen Zielsetzungen zu erfassen (nachfolgend unter A.). Dann stellt sich die Hauptfrage, ob ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn nicht in die Tarifautonomie nach Maßgabe des Art. 9 Abs. 3 GG eingreift (hierzu unter B.). Anschließend ist die Frage zu erörtern, ob die beabsichtigte Regelung unzulässig in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 12 Abs. 1 GG eingreift (C.).

Schließlich ist zu fragen, ob von Verfassungs wegen Ausnahmen von der Einbeziehung in den Geltungsbereich zu machen sind, insbesondere im Lichte des Art. 3 GG (unter D.). Dabei stellt sich die ambivalente Frage, ob einerseits Ausnahmeregelungen verfassungsrechtlich erforderlich oder zumindest zulässig sind oder ob nicht umgekehrt (zu weite) Ausnahmeregelungen ihrerseits das Gesetzesprojekt wegen systemwidriger Ungleichbehandlung gefährden.

A. Ziele eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns

Für die verfassungsrechtliche Bewertung und Rechtfertigung der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns sind die Ziele und Regelungsanliegen des Gesetzgebers von entscheidender Bedeutung. In den nachfolgenden Ausführungen werden die, im Gesetzentwurf des Tarifautonomiestärkungsgesetzes erkennbaren, sechs Ziele zu Grunde gelegt.

I. Kompensation struktureller Unterlegenheit des Arbeitnehmers

Gesetzliche Mindestlöhne wie alle gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen dienen der Kompensation struktureller Unterlegenheit der Arbeitnehmer bei Abschluss, Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses.⁹⁸ Sie ermöglichen, dass trotz des Machtgefälles zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages ein Entgelt gewährt wird, dass wenigstens ansatzweise einem funktionierenden kontradiktorischen privatautonomem Interessenausgleich entsprungen sein könnte. Das Mindestlohngesetz will dem-

⁹⁸ Bieback/Kocher, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), S. 43 (45).

entsprechend zum Schutz der Arbeitnehmer eine allgemeine Untergrenze festlegen, die diese vor unangemessenen Löhnen schützt.⁹⁹

II. Verringerung staatlicher Transferleistungen

Dieser Schutz der Arbeitnehmer soll außerdem bewirken, dass weniger staatliche Transferleistungen notwendig sind. Zwar wäre, um solche vollständig auszuschließen, ein weitaus höherer Mindestlohn notwendig als die gegenwärtig diskutierten 8,50 €. So ist etwa der Mindestlohn für eine Familie mit zwei Kindern, bei der nur ein Elternteil arbeitet, ohne soziale Transferleistungen nicht auskömmlich. Die Familie hätte einen Anspruch auf Arbeitslosengeld II in Höhe von ca. 1444 € (bei einer angenommenen Warmmiete von 640 € und 368 € Kindergeld). Der Bruttolohn des Alleinverdieners (173 Stunden x 8,50 €) betrüge lediglich 1.470,50 € abzüglich ca. 20% Sozialversicherungsbeiträge. Die Familie müsste also „Aufstocker-Leistungen“ nach Maßgabe des SGB II in Anspruch nehmen.

Ungeachtet dessen bleibt es aber dabei, dass jedenfalls soziale Transferleistungen verringert werden, wenn in einzelnen Sektoren die Stundenentgelte, die streckenweise bei 5 € in der Stunde und darunter liegen, auf ein Niveau von 8,50 € angepasst werden.

Der Gesetzentwurf für ein Tarifautonomiestärkungsgesetz beruht ebenfalls auf diesem Ansatz. Denn er möchte verhindern, dass der Lohnkostenwettbewerb zwischen den Unternehmen zu Lasten der sozialen Sicherungssysteme geführt wird.¹⁰⁰ Es soll der Fehlentwicklung entgegengewirkt werden, dass nicht existenzsichernde Entgelte durch staatliche Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende aufgestockt werden.¹⁰¹ Hierin liegt ein politisch nachvollziehbares Programm. Ihm liegt die Einschätzung zugrunde, dass in einem wohlhabenden Land wie der Bundesrepublik Deutschland der Niedriglohnsektor nicht fortlaufend vergrößert, sondern verkleinert werden sollte. Das Konzept „Arbeit um jeden Preis“, d.h. Niedriglohn plus staatliche Transferleistung selbst bei Vollzeitarbeit, soll nicht fortgeführt werden.

Zum Vergleich: Innerhalb der Europäischen Union liegt der Niedriglohnsektor bei durchschnittlich 17 %. Schweden hat den kleinsten mit nur 2,5 % (!). Besonders groß ist der Niedriglohnsektor dagegen, neben Deutschland (22,2 %), im Vereinten Königreich (22,2 %), sowie in Estland (23,8 %), Lettland (27,8 %), Litauen (27,2 %), Polen (24,2 %) und Rumänien (25,6 %).¹⁰² Im Jahre 2010 arbeiteten 23,1 % der Beschäftigten für einen Niedriglohn von unter 9,15 €. ¹⁰³

99 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 30, 32.

100 Vgl. hierzu *Waltermann*, NZA 2013, 1041.

101 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

102 Eurostat Pressemitteilung 189/2012.

103 IAQ-Report 1/2012; <http://www.iaq.uni-due.de/iaq-report/2012/report2012-01.pdf>

Die Durchschnittsstundenlöhne im Niedriglohnssektor lagen im Jahr 2010 mit 6,68 € in West- und 6,52 € in Ostdeutschland weit unter der Niedriglohnschwelle. Gut 4,1 Millionen Beschäftigte (12 %) verdienten weniger als 7 € brutto pro Stunde und davon 1,4 Millionen sogar weniger als 5 €. ¹⁰⁴ Über 1,3 Millionen Beschäftigte erhielten zusätzliche Sozialleistungen, um das Grundsicherungsniveau der Sozialhilfe zu erreichen. ¹⁰⁵ Etwa 5 Millionen Beschäftigte haben in Deutschland nur einen sogenannten „Minijob“ (bis 450 €), ¹⁰⁶ der keine nachhaltige soziale Sicherung des Arbeitnehmers ermöglicht. Die Verdienststrukturerhebung im Jahr 2012 hat die Verfestigung des Niedriglohnssektors bestätigt. Nach den – wegen der Erhebungsmethode verzerrt niedrigen – Ergebnissen dieser Untersuchung lag der Niedriglohnssektor bei über 20,6 % der Beschäftigten. ¹⁰⁷

Diese Entwicklung im Niedriglohnssektor wurde gefördert durch die sogenannte Agenda 2010, die der sozialdemokratische Bundeskanzler Gerhard Schröder in den Jahren 2003–2005 durchsetzte. Die Instrumente zwangen die Arbeitnehmer, die einen gut bezahlten Job verloren hatten, auch zu wesentlich geringeren Löhnen tätig zu werden. Dabei wurde die niedrig bezahlte Leiharbeit ebenso ausgeweitet wie die nicht sozialversicherungspflichtige geringfügige Beschäftigung. ¹⁰⁸

2009 hat *Waltermann* errechnet, dass, um das Niveau der sozialen Grundsicherung von 676 € als gesetzliche Rente in Deutschland zu erreichen, ein Arbeitnehmer, der kontinuierlich 45 Jahre versicherungspflichtig arbeitet, mindestens 8,20 € pro Stunde hätte verdienen müssen. ¹⁰⁹ Die Zahlen haben sich 2013 auf 9 € erhöht. ¹¹⁰

Damit zeigt sich, dass der Mindestlohn von 8,50 € im Grundansatz eine innere Stimmigkeit aufweist, auch wenn nicht garantiert werden kann, dass bei diesem Satz stets die Grundsicherung vermieden werden kann.

Dagegen kann nicht eingewandt werden, dass durch Teilzeitarbeit und unterbrochene Erwerbsbiographien eine auskömmliche Erwerbs- und Ruhestandsphase bei derart niedrigem Lohn ohnehin nicht zu erwarten sei. Verfehlt meint *Di Fabio*, „die staatlich garantierte Existenzsicherung bei abhängiger Beschäftigung (könne) nur auf Vollzeitbeschäftigungsverhältnisse bezogen sein.“ ¹¹¹ Die Position führt dazu, prekäre Beschäftigungsformen geradezu zu fördern; sie negiert den auf allen Rechtsebenen verankerten Gleichheitssatz. Schließlich führte diese Auffassung zu dem Phänomen des „working poor“, weil Arbeitnehmer trotz mehrerer Teilzeitbeschäftigungen ihre Existenz nicht sichern können. In diesen existentiellen Teilzeitarbeitsverhältnissen dürften nach der Sichtweise von *Di Fabio* dann auch noch niedrigere Stundenlöhne bezahlt werden.

104 IAQ-Report 1/2012; <http://www.iaq.uni-due.de/iaq-report/2012/report2012-01.pdf>

105 FAZ vom 8.5.2013.

106 Zur Statistik und zum Reformbedarf: *Griese/Preis/Kruchen*, NZA 2013, 113.

107 *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1042).

108 Vgl. hierzu *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1042).

109 *Waltermann*, NJW 2010, 801, 804.

110 *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1042).

111 *Di Fabio*, Mindestlohn und Pressefreiheit, Rechtsgutachten, 2014, S. 50.

Gerade Zeitungszusteller üben jedoch tagsüber weitere Teilzeitbeschäftigungen aus. Für die verfassungsrechtliche Wertung ist allein entscheidend, dass das Grundmodell stimmt: Wer in Vollzeit zum Mindestlohn, und sei es in mehreren Teilzeitbeschäftigungen, kontinuierlich arbeitet, hat die durch den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn deutlich verbesserte Chance, als Einzelperson ohne permanenten sozialen Transfer sowohl in der Erwerbs- als auch in der Rentenphase von seiner eigenen Hände Arbeit zu leben. Das ist ein Ansatz, der dem Anspruch auf menschenwürdige Existenz (Art. 1 Abs. 1 GG) gerecht wird.

III. Stabilisierung des Sozialversicherungssystems

Durch die Erhöhung der Arbeitseinkommen im Mindestlohnsektor verspricht sich der Gesetzgeber des Weiteren eine Stabilisierung der Sozialversicherungssysteme insgesamt.¹¹² Das Tarifautonomiestärkungsgesetz beruft sich ausdrücklich auf dieses Ziel.¹¹³

1. Verbesserte Altersversorgung für die Arbeitnehmer im Niedriglohnsektor

Diese kollektive Betrachtungsweise des Sozialversicherungssystems hat auch eine individuelle Entsprechung. Denn aufgrund der höheren Stundenlöhne werden die Arbeitnehmer im Niedriglohnsektor höhere Rentenanwartschaften aufbauen können als dies bislang der Fall ist.¹¹⁴ Dieses Ziel greift der Gesetzentwurf zum Tarifautonomiestärkungsgesetz ebenfalls auf.¹¹⁵

2. Verbesserung der Situation von Erwerbstätigen mit Kleinstrenten

Im Übrigen hilft der Mindestlohn gerade auch jenen Personen, die als Bezieher von Renten erwerbstätig sind, um die Inanspruchnahme sozialer Transferleistungen zu vermeiden. Ihre Chance, ggf. auch durch Teilzeitbeschäftigung die eigenen Lebensbedingungen durch Arbeit zu sichern, indem sie sich aus der Grundsicherung „herausarbeiten“, wird deutlich verbessert.

IV. Schutz der deutschen Wirtschaft im europäischen Wettbewerb

Weitgehend unberücksichtigt geblieben ist bislang, dass mindestens in der Baubranche, aber wohl auch im Bereich der Leiharbeit, der dort geltende Mindestlohn nicht nur den Interessen der Arbeitnehmer an auskömmlichen Löhnen, sondern auch dem Schutz der dort tätigen Arbeitgeber vor ausländischer Niedriglohnkonkurrenz diene.

¹¹² *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1046).

¹¹³ Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 30, 32.

¹¹⁴ Vgl. hierzu *Waltermann* NZA 2013, 1041 (1042).

¹¹⁵ Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

Auch innerhalb Deutschlands kann ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn für faire Wettbewerbsbedingungen sorgen und verhindern, dass der Wettbewerb in erster Linie über die Lohnkosten geführt wird. Das Tarifautonomiestärkungsgesetz greift dieses Ziel ausdrücklich auf.¹¹⁶

V. Stabilisierung des Tarifvertragssystems

Die Begrenzung von Lohnkostenwettbewerb kann ferner einen Beitrag zur Stabilisierung des Tarifvertragssystems an sich leisten.¹¹⁷ Denn ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn begrenzt den Lohnkostenvorteil, den ein Unternehmen durch Tarifflicht oder eine fehlende Tarifbindung erzielen kann. Der Wettbewerb zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitgebern kann nur noch in geringerem Umfang über die Lohnkosten geführt werden. Damit sinken die ökonomischen Vorteile einer fehlenden Tarifbindung gegenüber einer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband. Gleichzeitig können die Außenseiter bestehende Tarifvertragssysteme weniger unter Druck setzen. Die Wahrscheinlichkeit, zu Einigungen zu kommen, kann sich erhöhen.

Auch wenn hier, je nach Branche, weiterhin erhebliche Differenzen bestehen können, so ist diese Tendenz jedenfalls ein Gesichtspunkt, auf den sich der Gesetzgeber stützen kann. Dies lässt sich auch daran zeigen, dass bereits die Ankündigung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes in mehreren Branchen, in denen über Jahre hinweg überhaupt keine Tarifverträge oder nur solche mit Stundenentgelten weit unter sieben Euro geschlossen wurden, dazu geführt hat, dass nunmehr die Tarifvertragsparteien Maßnahmen ergreifen, um den entsprechenden Sektor wieder durch Tarifvertrag zu ordnen.¹¹⁸ Dies betrifft etwa das Friseurhandwerk, aber auch die Fleischindustrie, in denen erstmals seit Langem Tarifverträge abgeschlossen wurden.¹¹⁹ Auch dieser Effekt zeigt, dass der Gesetzgeber mit seiner Einschätzung und der Titulierung des Gesetzes, mit dem der allgemeine gesetzliche Mindestlohn eingeführt werden soll, Recht hat. Der Titel „Tarifautonomiestärkungsgesetz“ zeitigt schon Vorwirkungen. Ist der gesetzliche Mindestlohn erst einmal in Kraft, werden sich weitere Akteure bemühen, die bislang nicht tarifierten Bereiche branchenbezogen auszugestalten.¹²⁰ Dem dient auch die Übergangsregelung in § 24 E-MiLoG. Der Annahme, gesetzliche Mindestregelungen würden die Verbände oder das Tarifvertragssystem schwächen, ist der Gesetzgeber angesichts ihrer ungenügenden empirischen Belegbarkeit, nicht gefolgt. Sie entsprang nicht validen Prognosen, die schon bei branchenbezogenen Mindestlöhnen nicht eingetreten sind. Das BVerfG hat sie deshalb wegen ihres spekulativen Charakters außer Acht gelassen.¹²¹

116 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 30, 32.

117 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 30, 32; *Picker RdA* 2014, 25 (30).

118 *Bispinck*, Mitbestimmung 2014, S. 47 (49).

119 *Bispinck*, Die Mitbestimmung, 2014, 47 (48).

120 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 30.

121 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51; vgl. dazu *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 (468).

VI. Existenzsicherndere und jedenfalls nicht unangemessene Löhne

Die Erwerbstätigkeit dient in erster Linie dazu, dass Arbeitnehmer für sich und ihre Familie den Lebensunterhalt bestreiten können. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn unterstützt den Arbeitnehmer in seinem Bemühen, einen existenzsichernden Lohn zu erzielen. Auch dieses Ziel hat sich der Gesetzgeber in legitimer Weise in dem vorgelegten Gesetzentwurf zu eigen gemacht.¹²² Er kann sich hierbei auch auf Art. 4 der Europäischen Sozialcharta (ESC) berufen, die ihn auf diese Ziel verpflichtet.¹²³ Überhaupt sprechen internationale Verpflichtungen, die die Bundesrepublik eingegangen ist, tendenziell für die Einführung von Mindestlöhnen.¹²⁴

Insofern kann der Gesetzgeber auch den Schutz der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) der betroffenen Arbeitnehmer als legitimen Ansatz anführen.¹²⁵ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im Niedriglohnssektor weit überwiegend Frauen beschäftigt werden, sodass auch unter dem Gesichtspunkt der Verringerung des Gender-Pay-Gap ein Mindestlohn positive Effekte haben kann.¹²⁶ Auf diesen Gesichtspunkt beruft sich der Gesetzgeber im Entwurf auch ausdrücklich.¹²⁷

B. Vereinbarkeit des gesetzlichen Mindestlohns mit der Koalitionsfreiheit Art. 9 Abs. 3 GG

Zu prüfen ist nunmehr die Verfassungsmäßigkeit des E-MiLoG am Maßstab des Art. 9 Abs. 3 GG.

I. Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG

Art. 9 Abs. 3 GG schützt unter anderem die Tarifautonomie.¹²⁸ Gehört zu diesem Schutz auch, so lautet die zugespitzte Frage, dass sich der Staat konkurrierender Regelungen weitgehend enthält?

Ausgangspunkt aller Überlegungen ist die Funktion der Tarifautonomie. Diese ist in den Worten des Bundesverfassungsgerichts wie folgt zu umschreiben: *„Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer*

¹²² Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

¹²³ Bayreuther, NJW 2010, 2022 (2025); Bieback/Kocher, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), S. 43 (46).

¹²⁴ Vgl. dazu ausf. Körner, NZA 2011, 425 ff.

¹²⁵ Hanau FS Kempfen (2013), S. 235 (244).

¹²⁶ Brenke/Müller, DIW Wochenbericht, Nr. 29/2013.

¹²⁷ Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 40.

¹²⁸ Das ist nur ganz vereinzelt bestritten worden, etwa Burkiczak, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts (2006), S. 284 ff., 317.

*beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.*¹²⁹

1. Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat den Schutzbereich der Tarifautonomie immer weiter präzisiert.

a) Der weite Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG soll hier anhand mehrerer Passagen aus der Rechtsprechung dargestellt werden. Ausgangspunkt ist zunächst eine umfassende Betätigungsgarantie für die Koalitionen.

„Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit schützt auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen (...). Der Schutz erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere auch die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht (...).¹³⁰

Inhalt dieser Betätigungsgarantie ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.

Das Aushandeln von Tarifverträgen ist ein wesentlicher Zweck der Koalitionen (...). Der Staat enthält sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich einer Einflussnahme (...) und überlässt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen, die sie autonom durch Vereinbarungen treffen (...). Zu den der Regelungsbefugnis der Koalitionen überlassenen Materien gehören insbesondere das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen (...)¹³¹ wie etwa die Dauer von Arbeit und Urlaub.¹³²

Auch zu den Möglichkeiten der Einschränkung dieser Regelungsbefugnis hat sich das BVerfG geäußert:

„Art. 9 Abs. 3 GG verleiht den Tarifvertragsparteien in dem für tarifvertragliche Regelungen zugänglichen Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normset-

129 BVerfG 1.12.2010, NZA 2011, 60 (61); BVerfG 23.11.2006, NJW 2007, 286 (287 f.); BVerfG 26.06.1991, NJW 1991, 2549 (2551); ähnlich: BVerfG 4.7.1995, NZA 1995, 754 (755); BAG 19.6.2007, NZA 2007, 1055 (1057); BAG 28.3.2006, NZA 2006, 1112 (1116); BAG 17.2.1998, NZA 1998, 754 (756); vgl. dazu ausführlich *Ulber D.*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (2010), S.137 ff., 283 ff., m.w.N.

130 Vgl. ausführlich zur Rechtsprechung des BVerfG *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (2010), S. 73 ff.

131 BVerfG 11.7.2006 NJW 2007, 51 ff.; vgl. zu der Entscheidung ausführlich *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465.

132 BVerfG 3.4.2001, NZA 2007, 777 (778); ähnlich, aber ohne Erwähnung von Arbeitszeit und Urlaub: BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (53); BVerfG 29.12.2004, NZA 2005, 153 (154).

*zungsmonopol. Der Gesetzgeber bleibt befugt, das Arbeitsrecht zu regeln (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Damit verbundene Beeinträchtigungen der Tarifautonomie sind verfassungsgemäß, wenn der Gesetzgeber mit ihnen den Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren (...).*¹³³

Diese Rechtsprechung geht – insbesondere seit der Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung durch das BVerfG¹³⁴ – mit einem sehr weiten Schutzbereichsverständnis davon aus, dass Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionen auch vor konkurrierender staatlicher Gesetzgebung schützt. Freilich gilt dies ausweislich der Rechtsprechung nur „grundsätzlich“.¹³⁵ Die prinzipielle Regelungszuständigkeit und Regelungsbefugnis des Gesetzgebers hat das Bundesverfassungsgericht nicht in Frage gestellt.

b) Weiter Schutzbereich bei ausgeweiteten Rechtfertigungstatbeständen

Das damit erhöhte Konfliktpotential zur staatlichen Gesetzgebung relativiert das Bundesverfassungsgericht durch eine Ausweitung von Rechtfertigungstatbeständen mit geringen inhaltlichen Anforderungen.¹³⁶ So hat im Laufe der Jahre das BVerfG eine Vielzahl von Rechtfertigungsgründen für Eingriffe in die Tarifautonomie anerkannt:

- Staatliche Schutzpflichten für die Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG,¹³⁷
- Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit,¹³⁸
- Finanzielle Stabilität des Systems der sozialen Sicherung,¹³⁹
- Erhalt der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie¹⁴⁰.

Diese Rechtfertigungstatbestände hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Tarif-treueentscheidung sehr großzügig gehandhabt und dem Gesetzgeber einen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum eingeräumt.¹⁴¹ Damit zeigt sich der problematische Effekt des weiten Schutzbereichsverständnisses des BVerfG. Der einerseits weite Schutzbereich, der im Ausgangspunkt grundrechtsfreundlich ist, wird andererseits durch recht weit gefasste Rechtfertigungsgründe wieder relativiert, wenn nur die Rechtfertigung im Lichte der kollidierenden Verfassungsgüter verhältnismäßig erscheint.¹⁴²

Es ist hier nicht der Raum, diesen verfassungsrechtlichen Prüfungsansatz in Frage zu stellen. Die Kritik sei vielmehr auf die einschlägigen spezifischen Fragestellungen fo-

133 BVerfG 29.12.2004, NZA 2005, 153 (154); vgl. dazu auch BVerfG 3.4.2001, NZA 2001, 777 (778 f.).

134 BVerfG 14.11.1995, NJW 1996, 1201 ff.

135 BVerfG 3.4.2001, NZA 2007, 777 (778); BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (53); BVerfG 29.12.2004, NZA 2005, 153 (154).

136 *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 (470); *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825 (834).

137 BVerfG 29.12.2004, NZA 2005, 153.

138 BVerfG 3.4.2001, NZA 2001, 777; BVerfG 29.12.2004, NZA 2005, 153; vgl. hierzu auch *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825 (835).

139 BVerfG 3.4.2001, NZA 2001, 777.

140 BVerfG 4.7.1995, NZA 1995, 754.

141 Eingehend dazu *Preis/Ulber* NJW 2007, 465 ff.; *Ulber/Sansone*, AuR 2008, 125 (131).

142 *Bryde* in: Arbeitsmarktpolitik im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Tarifautonomie (2002), S. 68 ff.

kussiert. Ist also Art. 9 Abs. 3 GG dahingehend auszulegen, dass er auch vor konkurrierender staatlicher Normsetzung im Arbeitsrecht schützt?

2. Einschränkende Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG

Zur Beantwortung der Frage, ob Art. 9 Abs. 3 GG in diesem Sinne auszulegen ist, erscheint es erforderlich, das Grundrecht in seinem historisch gewachsenen Kontext zu betrachten.¹⁴³

a) Entstehungsgeschichte

Betrachtet man die Entstehungsgeschichte des deutschen Tarifvertragssystems, so überrascht die Annahme, die Koalitionsfreiheit schütze die Tarifvertragsparteien vor konkurrierender staatlicher Arbeitsrechtsetzung.¹⁴⁴

aa) Vom Kaiserreich zur Weimarer Reichsverfassung

Die Tarifautonomie ist in Deutschland im 19. Jahrhundert entstanden, *weil* der Staat auf dem Gebiet der Arbeitnehmerschutzes untätig blieb¹⁴⁵ und nicht etwa *damit* er untätig bleibt. Insofern ist die pauschale Sichtweise schief oder zumindest verkürzt.

Zweifelsohne ging es insbesondere den Gewerkschaften zu dieser Zeit auch um die Zurückdrängung und Abwehr staatlicher Maßnahmen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Staat zunächst die Koalitionen verboten hatte und nach der Aufhebung der Koalitionsverbote in der Gewerbeordnung den Kampf gegen die Gewerkschaften mit den Mitteln des Vereinsrechts und Sonderstrafrechts fortsetzte.¹⁴⁶ Diese Entwicklung erklärt zwar, warum bis heute Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionen selbst als Grundrechtsträger ansieht.¹⁴⁷ Sie kann aber die Annahme nicht rechtfertigen, die Tarifautonomie wolle auch davor schützen, dass der Staat durch Gesetzgebung seiner Schutzpflicht im Arbeitsrecht nachkommt.

143 Vgl. dazu ausführlich *Ulber D.*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (2010); zurückhaltend auch *Bryde* in: Arbeitsmarktpolitik im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Tarifautonomie (2002), S. 68 f.

144 Ähnlich *Bryde* in: Arbeitsmarktpolitik im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Tarifautonomie (2002), S. 68.

145 *Andelewski*, Staatliche Mindestarbeitsbedingungen (2001), S. 276; *ErfK/Dieterich/Linsenmaier*, Art. 9 Rn. 19; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit (1969), S. 47; *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (1971), S. 22 ff.; Vgl. dazu *Ulber D.*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (2010), S. 200 ff., m.w.N.

146 Vgl. hierzu *Kittner*, Arbeitskampf, Geschichte – Recht – Gegenwart (2005), S. 155 ff.

147 BVerfG 14.11.1995, NJW 1996, 1201; BVerfG 10.1.1995, NJW 1995, 2339; BVerfG 26.6.1991, NJW 1991, 2549 f.; BVerfG 1.3.1979, NJW 1979, 699 (708); BVerfG 18.11.1954, BVerfGE 4, 96 (101); BAG 18.7.2006, NZA 2006, 1225 (1230); *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, S. 102 ff.; *Dieterich* RdA 2002, 1 (8); *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 31 f.; a.A. *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (1971), S. 53, 121.

bb) Die Weimarer Reichsverfassung

Erst nach dem Ersten Weltkrieg verbesserte sich die Situation für Arbeitnehmer und deren Gewerkschaften mit der am 23. Dezember 1918 eingeführten Tarifvertragsverordnung (TVVO) und der wenig später verabschiedeten Weimarer Reichsverfassung (WRV). Diese beinhaltete in Art. 159 und Art. 165 Abs. 1 die grundrechtliche Gewährleistung der Koalitionsfreiheit und eine Betätigungsgarantie zu Gunsten der Koalitionen. Die Weimarer Reichsverfassung garantierte die Betätigung der Koalitionen und ein Tarifvertragssystem.¹⁴⁸ Ob allerdings die Weimarer Reichsverfassung dahingehend verstanden werden kann, dass sie der staatlichen Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen entgegenstand, erscheint sehr fraglich. So wurde im Schrifttum zur damaligen Zeit ganz selbstverständlich davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber unter anderem¹⁴⁹ dazu berechtigt sei, Höchstarbeitszeiten festzulegen.¹⁵⁰ Verbreitet wurde davon ausgegangen, dass einzelne Koalitionszwecke nicht durch Art. 159 WRV geschützt waren.¹⁵¹ Damit war gemeint, dass nicht jedes einzelne Verhandlungsziel der Vereinigungen geschützt war, sondern nur ihre „Gesamtrichtung“. Begründet wurde dies damit, dass ansonsten die gesetzliche Höchstarbeitszeit in der Arbeitszeitverordnung nicht zu rechtfertigen gewesen wäre.¹⁵²

Das ergibt sich auch aus Art. 157 WRV. Dieser stellte die Arbeitskraft unter den besonderen Schutz des Reiches (Art. 157 Abs. 1 WRV) und legte dem Gesetzgeber die Pflicht auf, ein einheitliches Arbeitsgesetzbuch zu schaffen (Art. 157 Abs. 2 WRV). Die entsprechende Gesetzgebungskompetenz war in Art. 7 Nr. 9 WRV enthalten. Diese Gesetzgebungskompetenz sollten unter anderem auch Mindestlöhne erfassen.¹⁵³ Allerdings muss auch berücksichtigt werden, dass das Reichsarbeitsgericht staatliche Lohnregelungen in Tarifbereichen jedenfalls dann für problematisch hielt, „wenn eine gesetzgeberische Maßnahme die Befugnis zur Arbeitsnormensetzung in einem we-

148 *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs (1930), Art. 165 WRV, Anm. 3 a.E.; *Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung (2009), S. 99; *Huber* E.R, AÖR 1933, 1 (47 f.); *Herschel*, Arbeitsrecht und Schlichtung (1932), 314 (321); *Mann/Nipperdey*, Steuergutscheine und Tariflockerung (1933), S. 155; *Nipperdey* in: *Nipperdey*, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (1930), Art. 159, S. 401; *Nörpel*, Arbeitsrecht und Schlichtung (1932), 305 (306); *Potthoff*, Die Einwirkungen der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht (1925), S. 5; *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts 2. Aufl. (1927), S. 253; ebenso aus heutiger Sicht: *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (1989), S. 137; vgl. dazu auch *Ulber D.*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (2010), 218 ff.

149 *Poetsch-Hefter*, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl., 1928, Art. 157, Nr. 2; vgl. auch *Giese*, Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 157, Anm. 1; *Groh*, Koalitionsrecht, S. 47.

150 *Giese*, Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 157, Anm. 1; *ders.*, NZfA 1923, 210 (216).

151 *Groh*, Koalitionsrecht (1923), S. 47; *Nipperdey* in: *Nipperdey*, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (1930), Art. 159, S. 414.

152 *Groh*, Koalitionsrecht (1923), S. 47; *Nipperdey* in: *Nipperdey*, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (1930), Art. 159, S. 414.

153 Aufzählung der Regelungsgegenstände bei: *Poetsch-Hefter*, Handkommentar der Reichsverfassung, 3. Aufl., 1928, Art. 157, Nr. 2; vgl. auch *Giese*, Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 157, Anm. 1; *Groh*, Koalitionsrecht (1923), S. 47; *ders.*, NZfA 1923, 210 (216).

sentlichen Teil ausschalten würde“.¹⁵⁴ Hintergrund für diese Rechtsprechung war das ausufernde Schlichtungswesen insbesondere in Form der staatlichen Zwangsschlichtung. Während dieses Instrument zunächst den Gewerkschaften genutzt hatte, weil sich die Arbeitgeber zunehmend gegen die Vereinbarung von Tarifverträgen wehrten¹⁵⁵, kehrten sich die Verhältnisse später um. Der Staat nutzte das Instrument nämlich dazu, den Tarifvertragsparteien – insbesondere während der Wirtschaftskrise – Vereinbarungen aufzuzwingen, die bei autonomer Regelung so nicht zu Stande gekommen wären.¹⁵⁶ Der Gesetzgeber griff hier also in konkrete laufende Tarifverhandlungen ein. Diese staatliche Intervention in das Ergebnis konkreter Tarifverhandlungen war eine Erfahrung, die aus der Weimarer Zeit in schlechter Erinnerung geblieben war.

cc) Die NS-Zeit

Nachdem die Nationalsozialisten die Tarifautonomie abgeschafft hatten, wurden die Arbeitsbedingungen durch die Treuhänder der Arbeit festgesetzt. Das führte zu einer vollständig staatlich gesteuerten Lohnpolitik.¹⁵⁷ Diese wurde vor allem dazu benutzt, die Löhne einzufrieren.

dd) Die Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg

Nach dem Zweiten Weltkrieg verlängerten die Alliierten zunächst die allgemeine Einfrierung der Löhne und beschränkten die nach und nach wieder zugelassene Tarifnormsetzung durch die Tarifvertragsparteien dadurch, dass für die Wirksamkeit der Tarifverträge eine Registrierung erforderlich war.¹⁵⁸ Das Verständnis der damaligen Zeit war von dem Versuch geprägt, die Überprüfung von Tarifinhalten durch staatliche Institutionen abzuwehren und Tarifverträge staatsunabhängig frei aushandeln zu können.¹⁵⁹ Vor diesem Hintergrund entstand – noch vor Inkrafttreten des Grundgesetzes – das Tarifvertragsgesetz. Es trat am 9.4.1949 in Kraft und stellte inhaltlich im Wesentlichen eine Wiederherstellung des Weimarer Tarifrechts dar. Abgesehen wurde allerdings von den Möglichkeiten der Staatsintervention in konkrete Verhandlungsprozesse.

Parallel dazu gewährleisteten die einzelnen Länderverfassungen die Koalitionsfreiheit. Besonders bemerkenswert sind Art. 169 Abs. 1 und 2 der Verfassung des Freistaats Bayern: *„Für jeden Berufszweig können Mindestlöhne festgesetzt werden, die dem Arbeitnehmer eine den jeweiligen kulturellen Verhältnissen entsprechende Mindestlebenshaltung für sich und seine Familie ermöglichen. (2) Die Gesamtvereinbarungen*

154 RAG 12.11.1932, RAG 12, 63 (70).

155 *Dreschers*, Die Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags in Deutschland (1994), S. 83 f.; *Kittner*, Arbeitskampf (2005), S. 454 ff.

156 *Nörr*, ZfA 1986, 403 (424); vgl. hierzu auch *Englberger*, Tarifautonomie im Deutschen Reich (1995), S. 143.

157 *Richardi*, FS Dieterich (1999), S. 497; *Englberger*, Tarifautonomie im Deutschen Reich (1995), S. 71 ff.

158 Ausführlich hierzu *Dreschers*, Die Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags in Deutschland (1995), S. 95 ff.

159 *Herschel*, ZfA 1973, 183 (185); vgl. hierzu auch *Nautz*, Die Durchsetzung der Tarifautonomie in Westdeutschland (1985); *Richardi*, FS Dieterich (1999), S. 497.

zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden über das Arbeitsverhältnis sind für die Verbandsangehörigen verpflichtend und können, wenn es das Gesamtinteresse erfordert, für allgemein verbindlich erklärt werden.“ Auch weitere Bundesländer erkannten die Koalitionsfreiheit nur neben einem zu schaffenden einheitlichen Arbeitsrechts an (etwa Art. 54 Abs. 1 S. 2 Verfassung für Rheinland-Pfalz). Es erscheint daher wenig naheliegend, dass die von den verschiedenen Ländern in den parlamentarischen Rat entsandten Vertreter die Vorstellung hatten, staatliche Mindestnormsetzung im Arbeitsrecht stünde im Widerspruch zur Tarifautonomie oder sei aufgrund der Gewährleistung der Koalitionsfreiheit nur eingeschränkt zulässig.

In den Beratungen des parlamentarischen Rates finden sich leider nur wenige Aussagen, die aber mittelbar Rückschlüsse zulassen. Es sind eine gewisse Kontinuität der Gewährleistungen aus der Weimarer Zeit¹⁶⁰ und der Kontext des bereits bestehenden Tarifvertragsgesetzes zu berücksichtigen. Jedenfalls lässt sich die Annahme, die Tarifautonomie schütze die Koalitionen vor konkurrierender staatlicher Mindestnormsetzung im Arbeitsrecht, nicht auf die Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 GG zurückführen.

Es ist insgesamt wenig überzeugend, anzunehmen, das Grundgesetz habe sich gegen die Einführung von Mindestarbeitsbedingungen durch den Gesetzgeber gewandt. Die Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht in Art. 74 Nr. 12 GG schließt eine solche Annahme aus. Dafür spricht auch, dass, als das Grundgesetz verabschiedet wurde, die Verfassungen einzelner Bundesländer¹⁶¹ Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie gewährleisteten und gleichzeitig zur Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns berechtigten oder verpflichteten. Ein Nebeneinander von staatlich und tarifvertraglich festgelegten Mindestarbeitsbedingungen war also selbstverständlich.

ee) Die weitere Entwicklung

Wie erklärt sich aber vor diesem Hintergrund die als verfestigt anzusehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien in weitem Umfang die Gestaltung der materiellen Arbeitsbedingungen überlässt und die Tarifvertragsparteien vor konkurrierender staatlicher Normsetzung schützt?

Letztendlich kann man diese Entwicklung nur vor dem Hintergrund der rechtlichen und wirtschaftlichen Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg verstehen. Aufgrund des bis in die 1970er Jahre anhaltenden Aufschwungs hatten die Tarifvertragsparteien stets Verteilungsmasse zur Verfügung und die Mög-

160 BVerfG 18.11.1954, BVerfGE 4, 96 (101 ff.); *Dieterich*, RdA 2002, 1 (8); *ders.*, AuR 2001, 390; *Döttger*, Der Schutz tariflicher Normsetzung (2009), S. 102; *Kempen*, Sonderbeil. NZA Heft 3/2000, 7 (10); *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (1989), S. 137; *Söllner*, Beilage zu NZA Heft 24/2000, 33 (39); *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 61; *Zachert*, WSI-Mitteilungen 2009, 179 (180).

161 Art. 169 Abs. 1 und 2 der Verfassung des Freistaats Bayern.

lichkeit, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in sehr weitreichendem Maße zu gestalten. Diese Entwicklung hat sich zwar seit den 1980er Jahren und spätestens seit der deutschen Wiedervereinigung nicht verstetigt, gleichwohl hat sie aber das Bild von der Tarifautonomie nachhaltig geprägt. Möglicherweise hat man die positiven Wirkungen der Tarifautonomie in dieser goldenen Phase des Wirtschaftsaufschwungs überschätzt. Den Sozialpartnern konnte weitgehend die Lohnfindung in dem Vertrauen überlassen werden, dass keine sozial unverträglichen Löhne entstehen. So umschreibt die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und Literatur benutzte Wendung, dass der Gesetzgeber in diesen Bereichen den Tarifvertragsparteien einen weitgehenden Gestaltungsspielraum insbesondere bei den Löhnen belassen habe, mehr die faktische Situation im Arbeitsrecht als eine verfassungsrechtlich normativ verfestigte Einschätzung.

b) Systematik

In systematischer Hinsicht kann nur darauf verwiesen werden, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG die Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht begründet. Auch das Bundesverfassungsgericht stellt hierauf ab und sieht dadurch jedenfalls bestätigt, dass der Staat Arbeitnehmerschutz regeln darf.

„Art. 9 Abs. 3 GG verleiht den Tarifvertragsparteien in dem für tarifvertragliche Regelungen zugänglichen Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol. Der Gesetzgeber bleibt befugt, das Arbeitsrecht zu regeln (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG).“¹⁶²

Auch wird im Schrifttum teilweise darauf verwiesen, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gegen eine autonome Normsetzung der Tarifvertragsparteien spreche.¹⁶³ Mehr als das der Gesetzgeber jedenfalls „auch“ für das – gegenständlich nicht eingeschränkte – Arbeitsrecht eine Gesetzgebungskompetenz besitzt und damit die Einführung von Mindestlöhnen von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gedeckt ist, lässt sich nicht sagen.

Ein gewichtiger Einwand gegen die Annahme, es bedürfe eines Schutzes vor konkurrierender staatlicher Gesetzgebung, lässt sich allerdings deswegen erwägen, weil Art. 9 Abs. 3 GG keinen Vorbehalt enthält. Würde man annehmen, dass jede staatliche Mindestnormsetzung im Arbeitsrecht zugleich einen Eingriff in die Tarifautonomie bedeute, so wäre diese nur noch dann zulässig, wenn der Gesetzgeber stets auf kollidierende Güter mit Verfassungsrang zu ihrer Rechtfertigung verweisen kann. Dieser Problematik¹⁶⁴ hat das BVerfG durch die bereits angedeuteten ausgeweiteten Möglichkeiten Rechnung zu tragen versucht, mit denen Eingriffe in Art. 9 Abs. 3 GG gerecht-

¹⁶² BVerfG NZA 2005, 153 (154).

¹⁶³ Gellermann, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande (2000), S. 164 f.

¹⁶⁴ Vgl. zu weiteren Lösungsansätzen Kamanabrou, RdA 1997, 22 (32 f.); Henssler, ZfA 1998, 1 ff.; kritisch dazu Hanau, FS Wiedemann (2002), S. 282 (292, Fn. 9).

fertigt werden können.¹⁶⁵ Man kann sich freilich fragen, ob es nicht ehrlicher wäre, den Schutzbereich einzuschränken, statt die Rechtfertigungstatbestände so auszuweiten, dass eine Grundrechtsverletzung im Ergebnis fernliegt.¹⁶⁶ Das würde es ermöglichen, die weiteren Gewährleistungsdimensionen des Art. 9 Abs. 3 GG besser zu schützen, weil für diese – etwa den Bestandsschutz der Koalitionen – eher eine sehr strenge Handhabung der Rechtfertigungstatbestände angezeigt wäre.

Auch mit Blick darauf, dass die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG vorbehaltlos geschützt ist, ergäben sich durchaus seltsame Folgen, wenn man jegliche staatliche Setzung von Mindestarbeitsbedingungen als Eingriff in die Tarifautonomie klassifizierte.¹⁶⁷

c) Funktion der Tarifautonomie

Maßgeblich sprechen Sinn und Zweck der Tarifautonomie dagegen, diese als Abwehrinstrument gegen staatliche Mindestnormsetzung zu begreifen.

aa) Tarifautonomie als Kompensation struktureller Unterlegenheit des Arbeitnehmers

Die Tarifautonomie dient¹⁶⁸ der Kompensation struktureller Unterlegenheit der Arbeitnehmer. Staatliche Mindestnormsetzung im Arbeitsrecht dient ebenso der Kompensation struktureller Unterlegenheit der Arbeitnehmer. Es erscheint wenig naheliegend, dass die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG davor schützt, dass der Gesetzgeber der ihm obliegenden Schutzpflicht genügt.¹⁶⁹ Es wäre eine unzulässige Verkürzung des Verhältnisses von Staat und Koalitionen, sie gewissermaßen auf ein ausschließendes Konkurrenzverhältnis zu reduzieren.

Der Hintergrund dieser Annahme liegt in einem Missverständnis des Begriffes der Tarif-, „Autonomie“, der im Übrigen im Grundgesetz nicht vorkommt. Der Wortlaut des Grundgesetzes beinhaltet „das Recht, zur Wahrung und Förderung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden“. Die so umschriebene Autonomie kann aber zwei voneinander unabhängige Bezugspunkte haben. Zum einen kann sie sich auf das Verfahren, das Zustandekommen und die Wirkungsweise des Abschlusses von Tarifverträgen beziehen. Dies wäre die Frage der Normsetzungskompetenz,

165 *Bryde* in: Arbeitsmarktpolitik im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Tarifautonomie (2002), S. 68 f.; Vgl. dazu oben 3. Abschnitt B. I. 1. b) S. 33 f.

166 *Bryde* in: Arbeitsmarktpolitik im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Tarifautonomie (2002), S. 68 f.; *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825 (837).

167 *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande (2000), S. 164 f.

168 Zur dienenden Funktion der Koalitionsfreiheit: *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I (1997), S. 293; *Houben*, Die Rückwirkung von Tarifverträgen (2006), S. 90; so auch tendenziell das BVerfG: BVerfG 23.11.2006, NJW 2007, 286 (287 f.); BVerfG 26.06.1991, NJW 1991, 2549 (2551); ähnlich: BVerfG 4.7.1995, NZA 1995, 754 (755); BAG 19.6.2007, NZA 2007, 1055 (1057); BAG 28.3.2006, NZA 2006, 1112 (1116); BAG 17.2.1998, NZA 1998, 754 (756); tendenziell auch *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 415.

169 *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825 (839).

die der Gesetzgeber durch das Tarifvertragsgesetz (TVG) geregelt hat.¹⁷⁰ Zum anderen kann der Bezugspunkt des Autonomiebegriffs auch gegenständlich auf die denkbaren Regelungsgegenstände von Tarifverträgen bezogen werden und damit eine autonome Regelungsbefugnis für diejenigen Umstände begründen, die Inhalt von Tarifverträgen sein können.

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung des BVerfG besteht eine starke Tendenz, beide Gesichtspunkte zu vermengen. Die Annahme, die Tarifautonomie umfasse eine Normsetzungsprärogative in dem Sinne, dass die Tarifvertragsparteien ein Vorrecht auf die Regulierung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen hätten, ist weit verbreitet.

Kontrastiert mit der tatsächlichen Rechtsentwicklung erscheint diese Auffassung allerdings widersprüchlich. Wie bereits dargestellt, ist seit 1918 in Deutschland die Arbeitszeit durch zwingendes Gesetzesrecht reguliert. Zwar lässt das Arbeitszeitgesetz seit 1994 in ausgeweitetem Umfang Abweichungsmöglichkeiten durch die Tarifvertragsparteien zu. Das Primat staatlicher Gestaltung auf diesem Gebiet ist allerdings nicht zu verkennen. Wie vor diesem Hintergrund ein erheblicher Teil der Rechtsprechung und des Schrifttums dazu kommt, die Bestimmung und Festlegung der Arbeitszeit als Kernelement der Gewährleistung der Tarifautonomie zu bezeichnen¹⁷¹, erschließt sich nicht sofort. Damit kann allenfalls gemeint sein, dass innerhalb des gesetzlich zwingenden Mindestrahmens die konkrete Arbeitszeit durch die Tarifvertragsparteien festgelegt wird.

Seit Anbeginn der Bundesrepublik hat der Gesetzgeber in zunehmender Weise immer weitere Arbeitnehmerschutzgesetze implementiert. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien hierzu genannt das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) (früher Lohnfortzahlungsgesetz), das Bundesurlaubsgesetz, das Kündigungsschutzgesetz, das Teilzeit- und Befristungsgesetz. Diese Gesetze und eine Vielzahl weiterer Normen decken große Teile der denkbaren Regelungen durch die Tarifvertragsparteien ab.

Diese, im Kern in den 1950er Jahren konzipierte, Gesetzgebung ist zu keinem Zeitpunkt als Eingriff in die Tarifautonomie missverstanden worden, noch hat sie die Gewerkschaften geschwächt oder deren Mitgliederzahlen gesenkt. Die Zahl der geschlossenen Tarifverträge hat trotz immer detaillierterer und weitreichenderer staatlicher Regelungen nicht ab-, sondern zugenommen. Ein Rückgang der Mitgliederzahlen der Gewerkschaften und der Tarifbindung lässt sich vielmehr zuvörderst während Wirtschaftskrisen feststellen. Arbeitsrechtliche Gesetze haben aber die Wirtschaftskrisen nicht herbeigeführt. Wie die Erfahrungen mit den Branchen zeigen, die unter das Arbeitnehmer-Entsendegesetz fallen, lässt sich nicht nachweisen, dass durch die Einführung der tarifgestützten Mindestlöhne die Mitgliederzahlen der Gewerkschaften

¹⁷⁰ Vgl. hierzu ausf. ErfK/Dieterich/Linsenmaier, Art. 9 Rn. 55 ff.

¹⁷¹ Fischer, ZRP 2007, 20; Kocher, NZA 2007, 600 (601); Sodan/Zimmermann, ZfA 2008, 525 (565).

beeinflusst worden wären. Offenbar haben Mindestlöhne gerade keinen Effekt auf den Mitgliederbestand von Gewerkschaften, weder positiv noch negativ.

bb) Fehlender Widerspruch zwischen Tarifautonomie und staatlicher Mindestnormsetzung

Vor diesem Hintergrund besteht auch in der Frage des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns kein Widerspruch zwischen Tarifautonomie und staatlicher Mindestgesetzgebung.¹⁷² Tarifautonomie ist kein Selbstzweck¹⁷³, sondern eine Freiheit mit Zweckbindung. Damit ist nicht etwa eine Gemeinwohlbindung gemeint¹⁷⁴, sondern die Erwartung, dass die Gewährleistung der Koalitionsfreiheit dazu beiträgt, die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer zu kompensieren und branchen- und berufsgruppenbezogene Lösungen zu finden. Wird diese Leistung der Kompensation von der Ebene der kollektiv ausgeübten Privatautonomie auf eine gesetzliche Ebene gehoben, so ändert dies nichts daran, dass dabei der Zweck der Koalitionsfreiheit gewahrt und nicht verletzt wird.¹⁷⁵

II. Qualifizierung staatlicher Mindestnormen als Ausgestaltung oder Eingriff?

Die Frage, ob es sich bei der staatlichen Mindestnormsetzung im Arbeitsrecht überhaupt um einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz handelt, ist in jüngerer Zeit auch unter einem anderen Blickwinkel diskutiert worden.¹⁷⁶ Es findet sich zunehmend die Überlegung, dass gesetzliche Regelungen, die den Tarifvertragsparteien die Verpflichtung auferlegen, staatlich gesetzte Mindestarbeitsbedingungen beim Abschluss ihrer Tarifverträge zu berücksichtigen, als Grundrechtsausgestaltung anzusehen sind.¹⁷⁷

Über die Folgen einer solchen Differenzierung besteht allerdings Unklarheit. Insbesondere im verfassungsrechtlichen Schrifttum ist hochgradig umstritten, wie der Handlungsspielraum des Gesetzgebers bei der Grundrechtsausgestaltung zu bestimmen ist.¹⁷⁸ So ist insbesondere umstritten, ob im Rahmen der Ausgestaltung die strengen Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips, insbesondere auf den Stufen der

172 *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825 (834); *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (2010), S. 63 ff, 187 ff.

173 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, § 7 II 1. e) (1), S. 293; *Preis B.*, ZfA 1972, 271 (291).

174 Vgl. dazu *ErfK/Dieterich/Linsenmaier*, Art 9 Rn. 80 f.

175 Vgl. dazu *Picker*, ZfA 2007, 129 (185) ähnlich *Preis B.*, ZfA 1972, 271 (291).

176 Sehr lesenswert: *Engels*, JZ 2008, 490 ff.

177 *Engels*, JZ 2008, 490 (494); *Gellermann*, Grundrechte im einfachrechtlichen Gewande (2000), S. 155 ff.; vgl. hierzu auch *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität (2010), S. 70 ff.

178 Vgl. hierzu *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (2. Aufl., 2007); *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005); *Gellermann*, Grundrechte im einfachrechtlichen Gewande (2000).

Angemessenheit und Erforderlichkeit, anzulegen sind¹⁷⁹ oder aber ob dem Gesetzgeber hier ein großzügiger Gestaltungsspielraum zukommen soll, der nur an den Grenzen des Untermaßverbots endet. Letztendlich geht es dabei um die Frage, wie es sich auswirken soll, dass auch grundrechtsausgestaltende Regelungen freiheitsbegrenzend wirken können.¹⁸⁰

Soweit im Schrifttum auf die Frage der Ausgestaltung zurückgegriffen wird, werden insbesondere allgemeine gesetzliche Mindestlöhne als legitimiert angesehen.¹⁸¹

Die Frage, welchem konkreten Kontrollmaßstab bei der Grundrechtsausgestaltung im Bereich des Art. 9 Abs. 3 GG zu folgen ist, kann indes offen bleiben, wenn selbst nach der strengsten denkbaren Handhabung ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn verfassungskonform wäre.

Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend eine Betrachtungsweise zu Grunde gelegt, die den Unterschied zwischen Grundrechtseingriff und Grundrechtsausgestaltung in der Prüfungsstruktur sieht und nicht darin, wie intensiv der Gesetzgeber gebunden ist. Während im Rahmen der Eingriffsdogmatik ein etwaiger Eingriff in die Tarifautonomie durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden muss, stellt sich im Rahmen der Ausgestaltung die Frage, ob der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien ein funktionsfähiges und hinreichend umfangreiches Feld belässt, um die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gestalten.¹⁸² Im Rahmen dieser Prüfung können allerdings die für und gegen die Begrenzung dieses Gestaltungsspielraums sprechenden Umstände auch im Rahmen einer klassischen Verhältnismäßigkeitsprüfung geprüft werden. Das würde dann dem strengsten denkbaren Prüfmaßstab bei der Ausgestaltung entsprechen.

Genügt ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn diesem strengen Kontrollmaßstab¹⁸³, kann dahinstehen, ob für die Tarifautonomie ein noch großzügigerer Kontrollmaßstab anzulegen wäre. Dann wäre ein gesetzlicher Mindestlohn in jedem Fall als verfassungskonform anzusehen.¹⁸⁴

Um sicherzustellen, dass in diesem Gutachten der strengste mögliche Kontrollmaßstab angewandt wird, wird hier das weitreichende Schutzbereichsmodell des Art. 9 Abs. 3 GG zu Grunde gelegt, nach dem die Koalitionsfreiheit vor staatlicher Mindestnormsetzung schützt. Denn auch auf die andere, für den Staat günstigere Schutzbereichsumschreibung kommt es nur dann an, wenn ein Grundrechtseingriff zu Grunde

179 *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (2. Aufl., 2007), S. 152 f.; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 396 ff.

180 *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien (2. Aufl., 2007), S. 152 f.; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 396 ff.

181 *Engels*, JZ 2008, 490 (494); ähnlich *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 832 ff.

182 *Engels*, JZ 2008, 490 (494).

183 Vgl. dazu etwa *Löwisch/Rieble* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2009 Rn. 75 ff., 96.

184 Vgl. dazu ausführlich und überzeugend: *Engels*, JZ 2008, 490 (494).

gelegt wird und dieser nicht durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden kann. Dem geht dieses Gutachten im weiteren Verlauf nach. Deswegen ist keine isolierte Prüfung oder Differenzierung nach einer Kontrolle der Grundrechtsausgestaltung oder der abwehrrechtlichen Dimension des Art. 9 Abs. 3 GG erforderlich. Denn es wird ohnehin der strengste hypothetisch denkbare Kontrollmaßstab zu Grunde gelegt. Ist mit dieser Maßgabe der allgemeine gesetzliche Mindestlohn verfassungskonform, können diese zweifelsohne wichtigen grundrechtsdogmatischen Fragen dahinstehen.

III. Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG

Das Gutachten geht im Folgenden von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus, das nach gegenwärtigem Stand annimmt, dass Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionen grundsätzlich auch vor konkurrierender staatlicher Mindestnormsetzung im Arbeitsrecht schützt. Dass die Verfasser diese Sichtweise für nicht überzeugend halten, sei nochmals betont, aber dahingestellt. Auf Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn in Art. 9 Abs. 3 GG eingreift.

1. Wirkungsweise des Gesetzes

Bei der Frage eines Grundrechtseingriffs ist zwischen bestehenden und zukünftigen Tarifverträgen zu differenzieren.

a) Bestehende Tarifverträge

Hat der Gesetzgeber durch gesetzliche Regelungen einen Freiraum geschaffen, auf dessen Grundlage einzelne Grundrechtsträger Rechtspositionen begründet haben und wird dieser nachträglich eingeschränkt, so haben solche Maßnahmen Eingriffsqualität.¹⁸⁵ Auch bei Tarifverträgen gilt, dass dann, wenn diese einmal wirksam zustande gekommen sind, die nachträgliche Anordnung der Unwirksamkeit des Tarifvertrages oder von Teilen des Tarifvertrags einen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG darstellt.¹⁸⁶

Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn ist allerdings keine Wirksamkeitsvoraussetzung für tarifvertragliche Entgeltregelungen.¹⁸⁷ Eine solche Regelung wäre auch sinnlos, mag es doch sein, dass durch Entgeltsteigerungen während der Laufzeit des Tarifvertrags die Mindestentgelte wieder über dem gesetzlichen Mindestlohn liegen. Insofern handelt es sich um isolierte Regelungssysteme. Die Ansprüche aus dem Tarifvertrag sind vollständig zu erfüllen. Es greift nur ergänzend der Anspruch auf den

185 BVerfG 24.4.1996, NZA 1996 S. 1157 (1158); *Engels*, JZ 2008, 490 (492); *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte (1988), S. 103 ff.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), 132 ff.

186 BVerfG 24.4.1996, NZA 1996, 1157 (1158); *Engels*, JZ 2008, 490 (492).

187 Zu den Auswirkungen die dies auf den Grad der Beeinträchtigung der Tarifautonomie hat, vgl. *Andelewski*, Staatliche Mindestarbeitsbedingungen (2001), S. 65.

Mindestlohn. Dies stellt auch § 1 Abs. 3 E-MiLoG klar. Tarifverträge und Branchenmindestlöhne gehen vor, „soweit die Höhe der auf ihrer Grundlage festgesetzten Branchenmindestlöhne die Höhe des Mindestlohns nicht unterschreitet.“

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise entsteht allerdings das Problem, dass eine Tarifpolitik, die darauf gerichtet ist, unter dem Mindestlohn liegende Niedriglöhne zu vereinbaren, im wirtschaftlichen Ergebnis erfolglos sein muss.

b) Zukünftige Tarifverträge

Daraus ergibt sich die Frage, wie mit zukünftigen Tarifverträgen umzugehen ist. Auch hier ist zunächst festzuhalten, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn keine Wirksamkeitsvoraussetzung für Tarifverträge ist. Allerdings greifen auch hier die oben genannten wirtschaftlichen Erwägungen. Im Übrigen ist anzumerken, dass ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn nur einen minimalen Teil dessen betrifft, was Tarifverträge regeln können. Sie haben deutlich mehr Regelungsinhalte als nur das Entgelt. Und auch die wirtschaftlichen Auswirkungen von Tarifnormsetzung können nicht nur am Entgelt bemessen werden. Dieses bettet sich in einen Kontext von Regelungen zu unterschiedlichsten Sachverhalten ein. Das wird bisweilen übersehen, wenn eine punktuelle gesetzgeberische Maßnahme mit Blick auf das Entgelt mit einer Beseitigung der Tarifautonomie gleichgesetzt wird. Des Weiteren ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber einen großzügigen Übergangszeitraum (§ 24 E-MiLoG: bis 31.12.2016) vorgesehen hat.

2. Intensität des etwaigen Eingriffs

Legt man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, nach der jede gesetzliche Regelung von Mindestarbeitsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG eingreift, so stellt sich die Frage, wie intensiv ein solcher Eingriff ist. Dabei sind mehrere Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

a) Fehlender Eingriff bei fehlenden Tarifverträgen

Ein gesetzlicher Mindestlohn ist notwendigerweise dort kein intensiver Eingriff in die Tarifautonomie, wo überhaupt keine Tarifverträge bestehen. Noch weniger naheliegend ist ein Eingriff dort, wo es schlichtweg an Sozialpartnern fehlt. Dort gibt es schon keine Grundrechtsträger, die überhaupt durch einen Mindestlohn betroffen sein könnten. Dass ihr Entstehen durch den Mindestlohn verhindert werden könnte, ist Spekulation¹⁸⁸ und daher ungeeignet, einen Eingriff zu begründen.

Die Entwicklung in den bereits im AEntG enthaltenen Branchen stützt die Annahme nicht, die Verbandsstärke würde durch Mindestentgeltvorschriften beeinflusst. Im Üb-

¹⁸⁸ Vgl. zur Problematik BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (53); vgl. dazu auch bereits *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 (466 f.).

rigen scheinen Niedriglöhne von unter 8,50 € vor allem in Kleinbetrieben¹⁸⁹ und damit in solchen Betrieben gezahlt zu werden, die weitaus häufiger keiner Tarifbindung unterliegen als größere Betriebe. Insofern wirkt der allgemeine gesetzliche Mindestlohn sehr viel stärker auf die sogenannten Außenseiter ein als auf tarifgebundene Unternehmen.

b) Abreiz vom Eintritt in Gewerkschaften

Die Forderung nach gesetzlichen Mindestlöhnen offenbart zumindest auch Schwächen der Gewerkschaften. Im Schrifttum wird die Einführung von Mindestlöhnen unter diesem Gesichtspunkt kritisch bewertet.¹⁹⁰ Denn wenn der Staat bei der Lohnfindung unter die Arme greift, könnte – jedenfalls in Niedriglohnbranchen – der Anreiz verloren gehen, überhaupt Mitglied einer Gewerkschaft zu werden.¹⁹¹ Der Einwand wird ganz generell gegenüber einseitig zwingenden arbeitsrechtlichen Vorschriften erhoben.¹⁹² Andererseits sind solche Wirkungen bei den Mindestlöhnen nach dem AEntG nicht eingetreten.¹⁹³ Und auch sonst zeigt die Geschichte der Bundesrepublik keinen Widerspruch zwischen zunehmender staatlicher Regulierung des Arbeitsrechts und Attraktivität der Verbände.

Das Argument zeigt, wie fehleranfällig Prognosen sind, die allein auf die Figur des „homo oeconomicus“ abstellen. Beitrittsentscheidungen zu Verbänden sind komplexer und von weit mehr Faktoren abhängig als alleine von einer rein ökonomischen Betrachtung.¹⁹⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat im Ergebnis gut daran getan, solche Überlegungen als allenfalls spekulativ zurückzuweisen.¹⁹⁵ Das Argument, es könne durch gesetzliche Regelungen zu negativen Mitgliederentwicklungen kommen, ist damit für die (verfassungs-)rechtliche Diskussion untauglich. Im Übrigen wird auch verkannt, dass sich der Gesetzgeber durchaus auch eine Stärkung der Arbeitgeberverbände erwarten darf, wenn er verhindert, dass durch Außenseiterkonkurrenz bestehende Tarifverträge beliebig unterlaufen werden.

c) Vorläufig lediglich Mindestentgelt und kein Tarifgitter

Schließlich ist darauf zu verweisen, dass sich der Betätigungsbereich von Tarifvertragsparteien nicht darin erschöpft, Niedriglöhne zu vereinbaren. Letztendlich werden nur solche Sozialpartner durch einen Mindestlohn besonders getroffen, die sich vor allem damit beschäftigen, niedrige Löhne zu vereinbaren. Üblicherweise sehen Tarifverträge aber komplexe Gebilde von Entgeltgruppen und Stufen vor, sodass jeweils nur

189 Brenke/Müller, DIW Wochenbericht 39/2013.

190 Bepler, FS Richardi (2007), S. 189 (199); Di Fabio, Gutachten, S. 68.

191 Bepler, FS Richardi (2007), S. 189 (199); Di Fabio, Gutachten, S. 68.

192 Klebeck, Gleichstellung der Leiharbeitnehmer als Verfassungsverstoß (2004), S. 75 ff.; Rieble/Klebeck, ZIP 2006, 829 (831); Weiss/Schmidt, NZA 2008, 18 (19).

193 Vgl. dazu Preis/Ulber, FS Kempfen (2013), S. 15 (35); Hanau, FS Kempfen (2013), S. 235 (250).

194 Ulber D./Strauß, DB 2008, 1970 ff.

195 BVerfGE 116, 202 ff.; vgl. dazu Preis/Ulber, NJW 2007, 465 (468); Sansone/Ulber, AuR 2008, 125 (129).

die untersten, und damit allenfalls nur einige wenige, Entgeltgruppen überhaupt unterhalb des Mindestlohns liegen werden. Darüber hinaus sind Tarifwerke in der Regel deutlich komplexer und haben nicht nur Entgeltregelungen im Blick. Der Gesetzgeber weist mit Recht darauf hin, dass ein Mindestlohn nicht flächendeckend die Arbeitsbedingungen reguliert, sondern nur ganz punktuell auf der untersten Ebene der Entgelte ansetzt.¹⁹⁶ Etwaige Anpassungsprozesse von Tarifverträgen nach Einführung des Mindestlohns können kaum prognostiziert werden. Es ist sowohl denkbar, dass es zu einer „Stauchung“ im unteren Entgeltbereich kommt, als auch, dass die Niedriglohngruppen wegfallen oder die Anstiege in den Tabellen verflacht werden. Gravierende Auswirkungen erscheinen daher wenig naheliegend.

Insofern ist auch nicht nachvollziehbar, warum ein Mindestlohn zu einer „Aufhebung“ des Freiraums führen sollte, in dem die Tarifvertragsparteien Entgelte vereinbaren.¹⁹⁷

Nach einer aktuellen Untersuchung des WSI¹⁹⁸ waren im Jahr 2013 nur noch in 10 % der tariflichen Vergütungsgruppen Stundenlöhne von unter 8,50 € anzutreffen. Tarifgruppen von unter 8,50 € bestehen danach nicht flächendeckend in allen Branchen, sondern in acht Branchen. Das sind die Logistik, das Friseurhandwerk, das Bewachungsgewerbe, das Gebäudereinigerhandwerk, das Fleischerhandwerk, der Erwerbsgartenbau sowie das Hotel- und Gaststättengewerbe. In diesen Branchen liegen zwischen 20 und 100 % der Vergütungsgruppen unterhalb von 8,50 €.

Allerdings ist zu beachten, dass in § 24 E-MiLoG eine großzügige Übergangsregelung vorgesehen ist, die den Tarifvertragsparteien bis zum 31.12.2016 die Anpassung ihrer Tarifentgeltstrukturen ermöglichen soll. Des Weiteren kommen zukünftige Änderungen auf Vorschlag der Mindestlohnkommission zustande, in der die Vertreter der Spitzenorganisationen von Gewerkschaften und Arbeitgebern stimmberechtigt sind. Das Gesetz gewährleistet also, dass innerhalb des Verfahrens die Interessen der Tarifvertragsparteien berücksichtigt werden können. Im Verfahren ist darüber hinaus die Möglichkeit einer Anhörung vorgesehen (§ 10 Abs. 3 E-MiLoG). Außerdem können die Betroffenen vor Erlass der Rechtsverordnung nach § 11 Abs. 2 S. 1 E-MiLoG Stellungnahmen abgeben. So kann die Bundesregierung etwaige Bedenken prüfen. Damit hat der Gesetzgeber zwei voneinander unabhängige Sicherungsmechanismen vorgesehen, um zu gewährleisten, dass die am Ende vorgenommene Anpassung des Mindestlohns allen berechtigten Interessen möglichst weitgehend Rechnung trägt.

196 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 33; So bereits zum AEntG: *Bieback*, GS Zachert (2010), S. 359 (369); *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825 (835 f.).

197 So *Di Fabio*, Gutachten, S. 67.

198 *Bispinck* und *WSI-Tarifarchiv*, Niedriglohnmonitoring 2013 – Entwicklungen der tariflichen Vergütungsgruppen in 40 Wirtschaftszweigen, 2014.

d) Kein Koalitionswettbewerb

Auswirkungen auf den Koalitionswettbewerb ergeben sich bei einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn nicht. Dieser differenziert nicht nach verschiedenen Tarifverträgen und erklärt auch keine Tarifverträge für allgemeinverbindlich. Eine Auswahlentscheidung zwischen Tarifverträgen wird nicht getroffen. Einzig zu konstatieren ist, dass besonders niedrige Entgelte zwar weiterhin vereinbart werden können, der Arbeitgeber allerdings aufgrund des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns einen Entgeltergänzungsanspruch zahlen muss.¹⁹⁹ Wer hierin einen Eingriff in die Tarifautonomie sieht, unterstellt, dass für einzelne Gewerkschaften wirkungsvolle Tarifpolitik nur möglich ist, indem sie möglichst niedrige Löhne vereinbaren.

e) Unterschiede zwischen Hochlohn- und Niedriglohnbranchen

Zu konstatieren ist allerdings, dass es bei der Eingriffsintensität einen Unterschied zwischen Niedriglohn- und Hochlohnbranchen gibt. Letztere werden durch den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn überhaupt nicht getroffen. Die ersteren werden in sehr unterschiedlicher Weise erfasst. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Gesetzgeber durch die Übergangsregelung für bestehende Tarifverträge diesen Branchen bis 31.12.2016 Zeit gegeben hat, die entsprechenden Entgelte anzupassen.

f) Hohe Eingriffsqualität wegen Eingriffs in die „Hausgüter der Tarifautonomie“

Schließlich stellt sich die Frage, ob nicht schon deshalb ein besonders intensiver Eingriff in die Tarifautonomie vorliegt, weil der Gesetzgeber überhaupt Regelungen im Entgeltbereich trifft. Eine solche Überlegung setzt ein Schutzkonzept der Tarifautonomie voraus, das die sogenannten Hausgüter²⁰⁰ der Tarifautonomie besonders intensiv schützt. Als solche werden verbreitet das Arbeitsentgelt und die Arbeitszeit angesehen.²⁰¹ Diese Annahme liegt auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde:

„Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach den Vorstellungen des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen als der Staat. Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und anderer materieller Arbeitsbedingungen. Je gewich-

¹⁹⁹ Vgl. hierzu BAG 18.4.2012, NZA 2013, 386; BAG 18.4.2012, NZA 2013, 392.

²⁰⁰ Kocher, NZA 2007, 600 (601).

²⁰¹ Fischer, ZRP 2007, 20; Kocher, NZA 2007, 600 (601); Sodan/Zimmermann, ZfA 2008, 525 (565); Thüsing, ZfA 2008, 591 (609).

tiger der Schutz ist, den Art. 9 Abs. 3 GG gewährt, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein, die einen Eingriff rechtfertigen sollen (vgl. BVerfGE 94, 268 <284 f.>).“²⁰²

Betrachtet man diese Regelungsgegenstände, fällt auf, dass jedenfalls für die Arbeitszeit die Annahme eines Vorrangs der Tarifautonomie verfehlt ist. Arbeitszeitschutz ist die klassische Domäne staatlichen Schutzrechts, primär geregelt im ArbZG, Jugendarbeitsschutz (JArbSchG) und Schwerbehindertenrecht (SGB IX). Die Höchstarbeitszeit ist seit 1918 gesetzlich reguliert. Erst nach Deregulierungsmaßnahmen in den Jahren 1994 und 2004 haben die Tarifvertragsparteien einen sehr weitreichenden Handlungsspielraum.²⁰³ Es ist davon auszugehen, dass mit der Wendung „Arbeitszeit und Arbeitsentgelt“ das Verhältnis beider Begriffe zueinander und damit das Äquivalenzverhältnis gemeint ist. Ein Mindestlohn definiert aber lediglich die Untergrenze für die Bestimmung des Äquivalenzverhältnisses und lässt die Verhandlungsmöglichkeiten im Übrigen unberührt.²⁰⁴ Er wirkt daher ähnlich wie das zwingende Arbeitszeitrecht, dass primär aus Gründen des Gesundheitsschutzes *Höchstarbeitszeiten* regelt. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn regelt demgegenüber komplementär eine zwingende gesetzliche *Untergrenze*.

Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass das Bundesverfassungsgericht, wenn der Gesetzgeber *nachträglich* (!) ein Tarifergebnis zu Lasten einer Tarifvertragspartei verändert, eine höhere Eingriffsintensität angenommen hat, weil tarifvertragliche Regelungen betroffen waren, die in allen Branchen und Tarifgebieten üblich waren.²⁰⁵ Diese Rechtsprechung ist – auch wenn der Gesetzgeber im Mindestlohngesetz Übergangsregelungen getroffen hat und der Anspruch auf den Mindestlohn neben den Tarifvertrag tritt – zu beachten.

g) Auswirkungen von staatlichen Entgeltregelungen auf die Tarifautonomie

Die Reichweite eines Eingriffs in die Tarifautonomie durch einen gesetzlichen Mindestlohn ist auch deshalb begrenzt, weil Tarifwerke in aller Regel weitaus komplexer sind, als lediglich Entgelt und Arbeitszeit zu regeln. Insofern verengt man den Blick viel zu sehr, wenn man nur auf den Regelungsgegenstand „Entgelt“ schaut und nicht die Wirkungen des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns im ausdifferenzierten Gesamtsystem von Tarifverträgen in den Blick nimmt.

Schließlich nimmt ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn den Tarifvertragsparteien nicht die Kompetenz, Löhne zu gestalten. Denn ein Mindestlohn wendet sich nicht gegen günstigere Regelungen. Betrachtet man die ausdifferenzierten Regelungen in

202 BVerfG 27.4.1999, NJW 1999, 3033 (3034).

203 Anzinger, FS Woltzke (1996), S. 427 ff.; Buschmann, FS Hanau (1999), S. 197 ff.; ders. AuR 2003, 1 ff.; FS Richardi (2007), S. 93 ff.; Junker, ZFA 1998, 105 ff.; Schliemann, FS Schaub (1998), S. 675 ff.

204 Greiner, PersR 2008, 20 f.; vgl. auch Bieback AuR 2008, 234, Bayreuther, NJW 2009, 206; Preis/Greiner, ZfA 2009, 825 (835); Sansone/Ulber, AuR 2008, 125 (130 f.).

205 BVerfG 3.4.2001, NZA 2001, 777 (779).

der heutigen Tarifvertragslandschaft, lässt sich kaum vertreten, dass die bisherigen staatlichen Maßnahmen zur Mindestnormsetzung und der beabsichtigte Mindestlohn die Tarifvertragsparteien ihrer Aufgaben beraubt oder ihr Betätigungsfeld in problematischer Weise eingeschränkt hätten.

h) Mindestlöhne im Lichte der Rechtsprechung des EuGH

Schließlich lässt auch ein internationaler Vergleich es als eher unplausibel erscheinen, staatliche Mindestlöhne seien eine Beeinträchtigung der Tarifautonomie.²⁰⁶ Nach dem 13. Erwägungsgrund der Richtlinie 96/71 müssen die Gesetze der Mitgliedstaaten koordiniert werden, um ein Mindestmaß an Schutz festzulegen, das im Aufnahmemitgliedstaat von Arbeitgebern zu gewährleisten ist, die Arbeitnehmer dorthin entsenden. Der EuGH hat bereits mehrfach die grundsätzliche Befugnis der Mitgliedstaaten anerkannt, Mindestlöhne zu regeln.²⁰⁷

i) Gesamtbetrachtung

Tarifverträge regeln mehr als Entgelt und bestehen aus mehr als nur Niedriglohngruppen. Bezogen auf das Tarifvertragssystem insgesamt sind daher Auswirkungen vor allem dort zu spüren, wo aufgrund der Besonderheiten bestimmter Branchen ohnehin in Frage steht, ob die Tarifautonomie dort funktionsfähig ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber eine relativ lange Übergangsfrist im Gesetz vorgesehen hat, während deren Laufzeit die Tarifvertragsparteien eigenständig einen Übergang organisieren können.

3. Fazit

Die Intensität eines etwaigen Eingriffs in die Koalitionsfreiheit durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn wird überschätzt. Die Tarifvertragsparteien werden lediglich in einem eng umgrenzten Teilbereich von Niedriglöhnen mit einem ergänzenden gesetzlichen Mindestlohnanspruch konfrontiert. Damit wirken allgemeine gesetzliche Mindestlöhne nicht anders als sonstiges einseitig zwingendes Arbeitsrecht.

Zweifelsohne werden die Tarifvertragsparteien den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn im Rahmen ihrer Normsetzung berücksichtigen. Das gilt aber für sämtliche staatliche Regulierung, die unmittelbar oder mittelbar auf die Arbeitsverhältnisse der tarifunterworfenen Arbeitnehmer einwirkt. Angesichts der Tatsache, dass bei einer zunehmenden Regelungsdichte im Arbeitsrecht nicht erkennbar wäre, dass dies der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie oder Akzeptanz der Sozialpartner in irgendeiner Weise geschadet hätte, lässt sich auf Basis der vorliegenden Daten keine intensive

²⁰⁶ Vgl. dazu oben 2. Abschnitt A VI., S. 6.

²⁰⁷ EuGH 15.3.2001 – C 165/98 – Mazzoleni, NZA 2001, 554; EuGH 24.1.2002 – C 164/99 – Portugaia Construções, NZA 2002, 207.

Eingriffsqualität feststellen. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber nach Maßgabe des § 24 E-MiLoG eine Übergangsphase vorgesehen hat.

IV. Rechtfertigung

Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Es bestehen aber verfassungsimmanente Schranken.²⁰⁸ Die Koalitionsfreiheit kann aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts (Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte) beschränkt werden.²⁰⁹ Dies hat das BVerfG in einer seiner ersten Leitentscheidungen, in der es einen unmittelbaren gesetzlichen Eingriff in eine bereits lange Zeit bestehende Tarifregelung prüfen musste, betont:

„Die Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet. Das bedeutet aber nicht, dass dem Gesetzgeber jede Regelung im Schutzbereich dieses Grundrechts verwehrt wäre. [...] Aber auch im Übrigen ist dem Gesetzgeber die Regelung von Fragen, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können, nicht von vornherein entzogen. Art. 9 Abs. 3 GG verleiht den Tarifvertragsparteien in diesem Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol. Das ergibt sich bereits aus der Gesetzgebungszuständigkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG. Eine gesetzliche Regelung in dem Bereich, der auch Tarifverträgen offen steht, kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber sich dabei auf Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte stützen kann [...] und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.“²¹⁰

Greift der Gesetzgeber in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit ein, etwa in bestehende Tarifnormen, dann muss dieser Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt, insbesondere verhältnismäßig sein.

Der Eingriff muss dabei zunächst einem legitimen Ziel dienen. Er muss zur Erreichung dieses Zieles geeignet und erforderlich sein. Schließlich muss der Eingriff in die Koalitionsfreiheit in Ansehung des verfolgten Zieles angemessen sein.

Dabei ist zu beachten, dass alleine die Tatsache, dass der Gesetzgeber Gegenstände regelt, die auch Inhalt von Tarifverträgen sind oder sein können, nicht zur Unzulässigkeit solcher Regelungen führt. Dazu das BVerfG:

„Dem Gesetzgeber ist es, wenn solche Gründe vorliegen, grundsätzlich nicht verwehrt, Fragen zu regeln, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können (vgl. BVerfGE 94, 268 <284>).“²¹¹

208 Preis, Kollektivarbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 84 III, S. 53.

209 BVerfG 24.4.1996, NZA 1996, 1157

210 BVerfG 24.4.1996, NZA 1996, 1157

211 BVerfG 27.4.1999, NJW 1999, 3033 (3034).

1. Kontrollmaßstab des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht hat den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit neu bestimmt, als es die Kernbereichsrechtsprechung aufgab. Dem dadurch erhöhten Konfliktpotential trägt es Rechnung, indem es die Rechtfertigungstatbestände ausgeweitet hat und bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung einen sehr zurückhaltenden Kontrollmaßstab anwendet.²¹² Diese Entwicklung hat sich bis in die jüngste Rechtsprechung fortgesetzt. Paradigmatisch ist nach wie vor die Tariftreueentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der das Gericht dem Gesetzgeber einen sehr weiten Spielraum belassen hat.²¹³ Denn sowohl hinsichtlich der Geeignetheit, der Erforderlichkeit als auch im Rahmen der Angemessenheitsprüfung findet sich der Verweis auf den weiten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers. Dies bestätigt die entsprechenden Wendungen in früheren Entscheidungen.²¹⁴

a) Einschätzungsprärogative / Ermessensspielraum bei wirtschaftspolitischer Normsetzung

Für das Ergebnis der verfassungsrechtlichen Beurteilung einer Norm ist die Kontrolldichte bei sozialstaatlich motivierter Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeits- und Wirtschaftsrechts vielfach entscheidend. Das Bundesverfassungsgericht hat erkennbar Skrupel, den Gesetzgeber kraft besserer Einsicht auf eine bestimmte Arbeits(markt)politik festzulegen. Betont wird stets der weite Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Diesen hat das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf eine Vielzahl von Entscheidungen zum Arbeitsrecht aktuell nochmals bestätigt.²¹⁵

„Auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung gebührt dem Gesetzgeber ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang (vgl. BVerfGE 25, 1 <17, 19 f.>; 37, 1 <20>; 50, 290 <338>; 51, 193 <208>; 77, 84 <106 f.>; 87, 363 <383>). Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.“²¹⁶

Das Motiv hinter dieser Rechtsprechung ist das Demokratieprinzip. Politik auf dem Gebiet des Arbeits- und Wirtschaftsrecht ist in hohem Maße davon abhängig, wie aktuelle Probleme eingeschätzt und bewertet und welche Konsequenzen der Normsetzung prognostiziert werden. Das ist aber in erster Linie eine politische Frage und damit Auf-

²¹² Preis/Ulber, NJW 2007, 465.

²¹³ Vgl. dazu Preis/Ulber, NJW 2007, 465 (470); Ulber/Sansone, AuR 2008, 125 (131); weitergehend die Interpretation von Höfling/Rixen, RdA 2007, 360 (364): „Kontrolldichte faktisch auf 0 zurück genommen“.

²¹⁴ BVerfG 11.7.2006 NJW 2007, 51 (54); BVerfG 27.4.1999, NJW 1999, 3033; BVerfG v3.4.2001, NZA 2001, 777 (779).

²¹⁵ Zuletzt etwa BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47 ff.).

²¹⁶ BVerfG 3.4.2001, NZA 2001, 777 (779).

gabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Solche Prognoseentscheidungen sind naturgemäß mit Unsicherheiten behaftet, die dazu führen, dass ein abgesenkter verfassungsrechtlicher Kontrollmaßstab gilt.²¹⁷ Die Verfassung gebietet es hier nicht, die Entscheidungen des Gesetzgebers zu optimieren, sondern lediglich, zu gewährleisten, dass keine willkürlichen und schlechthin unvertretbaren Prognosen getroffen werden.

Angesichts der Meinungsvielfalt mit Blick auf die wirtschaftlichen und sozialen Folgen der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts fällt es schwer, einen Kontrollmaßstab zu finden, der geeignet ist, die Annahmen des Gesetzgebers auf ihre „Richtigkeit“ zu überprüfen. Eine Vertretbarkeitskontrolle ist zweifelsohne möglich. Und immerhin, im Rahmen der Angemessenheitsprüfung beurteilt das BVerfG bislang durchaus das Gewicht, dass die jeweils betroffenen Rechtsgüter konkret haben. Gleichwohl ist auch diese Prüfung durch eine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers geprägt, wenn auch die Frage, welches Gewicht die jeweiligen Grundrechtspositionen haben, eine „offene Frage“ ist.

b) Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf dem Gebiet der Wirtschafts-, Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum auf den verschiedenen Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Grunde gelegt und damit einen insgesamt sehr großzügigen Kontrollmaßstab entwickelt.

aa) Geeignetheit

Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung ausreicht.²¹⁸ Hinsichtlich der Eignung von Maßnahmen auf dem Gebiet der Wirtschafts-, Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik hat das BVerfG dabei einen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum anerkannt.²¹⁹ Es sei vornehmlich Aufgabe des Gesetzgebers, zu entscheiden, welche Maßnahmen er ergreifen wolle, um seine Vorstellungen und Ziele im Interesse des Gemeinwohls zu verfolgen.

Das Auswahlermessen des Gesetzgebers lässt sich damit de facto nur auf Willkür überprüfen. Nur dann, wenn es unter keinem Gesichtspunkt vertretbar ist, anzunehmen, ein Mittel fördere den entsprechenden wirtschafts-, arbeitsmarkt- oder sozialpolitischen Zweck, kann eine Maßnahme als ungeeignet eingestuft werden.

217 BVerfG 6.10.1987, BVerfGE 77, 84 (106 f.).

218 BVerfG 11.7.2006 NJW 2007, 51; BVerfGE 116, 202 (224); BVerfG 3.4.2001 BVerfG 20.6.1984 BVerfGE 67, 157 (175); BVerfG 27.1.1983 BVerfGE 63, 88 (115).

219 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

bb) Erforderlichkeit

Eine gesetzgeberische Maßnahme ist erforderlich, wenn dem Gesetzgeber innerhalb des Regelungssystems²²⁰ keine gleich geeigneten mildereren Mittel zur Verfügung stehen.²²¹ Auch bei der Beurteilung der Erforderlichkeit kommt dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zu.²²²

Dazu das BVerfG in der Tariftreueentscheidung:

„Der Gesetzgeber verfügt bei der Einschätzung der Erforderlichkeit ebenfalls über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum (vgl. BVerfGE 102, 197 <218>). Daher können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den ihm bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Regelungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten (vgl. BVerfGE 25, 1 <19 f.>; 40, 196 <223>; 77, 84 <106>).“²²³

Auch hier kann damit allenfalls ein evidenter Missgriff des Gesetzgebers sanktioniert werden. Der Gesetzgeber ist aber verpflichtet, auf die ihm bekannten Tatsachen und einschlägige Erfahrungen zuzugreifen, um zu ermitteln, ob ein mildereres Mittel in Betracht kommt. Damit ist allerdings nicht gemeint, dass er bei typisierenden Regelungen im Vertragsrecht ohne Weiteres gezwungen wäre, seine Normsetzungstätigkeit einzustellen, bis er selbst hinreichend eigenes Datenmaterial generiert hat. Eine solche Pflicht besteht nicht.²²⁴

cc) Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheit wägt das Bundesverfassungsgericht die Intensität des Eingriffs gegen die rechtfertigenden Gründe des Gesetzgebers ab. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht auch hier bislang eine im Grundsatz großzügige Handhabung an den Tag gelegt. So wird nämlich bei der Gewichtung von sozialpolitischen Zielen mit Verfassungsrang, die der Gesetzgeber verfolgt, stets angenommen, dass diese ein „erhebliches Gewicht“ hätten.²²⁵

220 BVerfG 3.4.2001 BVerfGE 103, 183 ff.

221 BVerfG 6.10.1987, BVerfGE 77, 84 (106); BVerfG 14.10.1975, BVerfGE 40, 196 (223); BVerfG 18.12.1968, BVerfGE 25, 1 (19 f.).

222 BVerfG 29.1.2004, NJW 2005, 153 (154).

223 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

224 Vgl. hierzu ausführlich 3. Abschnitt C. III. 3. b), S. 123 ff.

225 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

(1) Gewichtigkeit der einschlägigen Rechtfertigungstatbestände

„Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in Verbindung mit der Gewährleistung der finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ist ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber gerade unter den gegebenen schwierigen arbeitsmarktpolitischen Bedingungen ein relativ großer Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss (vgl. BVerfGE 103, 293 <309>). Dieser Gemeinwohlbelang, dem die Tariftreuregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln Rechnung zu tragen versucht, besitzt eine überragende Bedeutung (vgl. BVerfGE 100, 271 <288>).“²²⁶

Das Bundesverfassungsgericht misst also den sozialpolitischen Zielen, die der Gesetzgeber verfolgt, ein sehr starkes Gewicht bei der Abwägungsentscheidung zu. Die Einschätzungsprärogative wirkt – wenn auch in anderem Gewand – auf der Ebene der abstrakten Gewichtung der gesetzgeberischen Ziele fort. Dabei lässt sich erkennen, dass die sozialpolitischen Maßnahmen des Gesetzgebers tendenziell eher zulässig sind.

(2) Die Gewichtung der entgegenstehenden Interessen

Es fällt auf, dass die für eine Rechtfertigung sozialpolitischer Maßnahmen durch den Gesetzgeber einschlägigen Tatbestände vom Bundesverfassungsgericht sehr großzügig gehandhabt werden. Selbst dort, wo das Bundesverfassungsgericht verbal eine intensive Beeinträchtigung annimmt, hat es stets die auch sozialstaatlich motivierten Ziele des Gesetzgebers überwiegen lassen.²²⁷

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des tarifdispositiv gestalteten Gleichbehandlungsgrundsatzes für Leiharbeitnehmer in §§ 3 I Nr. 3, 9 Nr. 2 und 10 AÜG auch berücksichtigt, wie sich die Branche seit Inkrafttreten der Regelungen tatsächlich verändert hatte.²²⁸

Dabei ist von Bedeutung, dass das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung zunächst nicht etwa die Prognoseentscheidung des Gesetzgebers überprüft hat, sondern die von den Beschwerdeführern geltend gemachten Beeinträchtigungen. Der Senat prüfte die gegen die gesetzliche Regelung geltend gemachten Bedenken nicht anhand der Prognose, die der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Gesetzes angestellt hatte, sondern anhand der tatsächlich eingetretenen Entwicklung. Diese bot für die von den Beschwerdeführern behaupteten wirtschaftlichen Folgen nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts keine Grundlage. Zumindest auf dieser Ebene betont das Bundesverfassungsgericht die Einschätzungsprärogative also weniger stark. Stattdessen legt es – soweit diese festzustellen sind – die tatsächlichen Folgen für die Grundrechtsträger zugrunde, um zu beurteilen, in welchem Ausmaß und in welcher Intensität

²²⁶ BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

²²⁷ BVerfG 27.4.1999, NJW 1999, 3033 (3035.).

²²⁸ BVerfG 29.12.2004, NZA 2005, 153 (155).

das Gesetz wirkt. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung präformiert diese Prüfung aber nur die eine Seite des Abwägungsvorgangs.

Insofern kommt der tatsächlichen Entwicklung nach Inkrafttreten neuer Regelungen durchaus erhebliches Gewicht zu. Dagegen lässt sich das Bundesverfassungsgericht von negativen Prognosen und Bedenken, die vorher im wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Schrifttum geäußert werden, wenig beeindrucken. Insgesamt wird die Steuerungsfähigkeit gesetzgeberischer Maßnahmen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts oft überschätzt. Das bedeutet freilich auch umgekehrt, dass die intendierten positiven Effekte geringer ausfallen können, als erhofft. Auch das spricht allerdings dafür, aus verfassungsrechtlicher Sicht „die Kirche im Dorf“ zu lassen oder anders gesagt: den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu respektieren. Dies gilt umso mehr, wenn der Gesetzgeber selbst Vorsorge dafür trifft, auf die zukünftige Entwicklung flexibel reagieren zu können.

2. Rechtfertigungsgründe im Einzelnen

Der Gesetzgeber hat sich im Tarifautonomiestärkungsgesetz auf mehrere Ziele mit Verfassungsrang berufen, die geeignet sind, den hier unterstellten Grundrechtseingriff durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn zu rechtfertigen.

a) Schutz der Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme

Als Rechtfertigungsgrund kommen zunächst der Schutz und die Steigerung der Funktionsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme in Betracht. Die finanzielle Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ist ein in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannter Rechtfertigungsgrund.²²⁹ Die Bundesregierung beruft sich im Gesetzentwurf zum Tarifautonomiestärkungsgesetz auch ausdrücklich auf dieses Ziel.²³⁰

aa) Legitimes Ziel

Mit Blick auf die Stabilität und die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme kann sich der Gesetzgeber auf mehrere legitime Unterziele stützen.

(1) Erhöhung des Beitragsaufkommens

Der Gesetzgeber kann sich zum Ziel setzen, durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn das Beitragsaufkommen in der Sozialversicherung zu erhöhen. Dieses

229 BVerfG 3.4.2001, NZA 2001, 777; BVerfG 12.6.1990, BVerfGE 82, 209 (230); BVerfG 6.10.1987, BVerfGE 77, 84 (107); BVerfG 14.5.1985, BVerfGE 70, 1 (26, 30).

230 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

Ziel ist ohne weiteres als legitim anzuerkennen. Der Gesetzgeber beruft sich im Tarifautonomiestärkungsgesetz ausdrücklich hierauf.²³¹

(2) Erhöhung der Wahrscheinlichkeit auskömmlicher Altersrenten

Daneben kann der Gesetzgeber auch darauf verweisen, ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn erhöhe die Wahrscheinlichkeit, dass Arbeitnehmer, die im Niedriglohnsektor tätig sind, eine höhere und möglicherweise auskömmliche Altersrente beziehen.²³² Die Bundesregierung beruft sich im Tarifautonomiestärkungsgesetz zur Begründung der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes auch ausdrücklich auf dieses Ziel.²³³

(3) Verringerung unmittelbarer und verzögerter Sozialtransferleistungen

Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn kann damit die Zahl derer verringern, die ihr Arbeitsentgelt mit staatlichen Transferleistungen aufstocken müssen. Dadurch würde die Allgemeinheit entlastet,²³⁴ worauf sich die Bundesregierung in der Entwurfsbegründung auch beruft.²³⁵ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der gegenwärtig diskutierte Mindestlohn von 8,50 € dieses Ziel nicht vollständig erreichen wird. Dazu wäre ein höherer Mindestlohn von über 10 € erforderlich.²³⁶ Die Zahl der Empfänger und der Umfang der Leistungen werden aber abnehmen.²³⁷

Die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns hat überdies langfristige Effekte, weil der Aufbau von höheren Rentenanwartschaften dazu führt, dass soziale Transferleistungen an Rentner nur noch in geringerem Umfang anfallen werden, als dies ohne den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn der Fall wäre.²³⁸

(4) Verteilungsgerechtigkeit mit Blick auf die Beiträge im Arbeitgeberlager

Ein weiterer, bislang nicht hinreichend berücksichtigter Effekt ist, dass die höheren Beiträge im Niedriglohnsektor sich auf die Verteilungsgerechtigkeit innerhalb des Aufkommens der Sozialversicherung auswirken. In der Kranken- und Pflegeversicherung gilt das Solidarprinzip. Die Gesunden und Besserverdienenden finanzieren solidarisch die Kranken und Geringverdiener. Niedrigentlohnte werden damit „quersubventioniert“.²³⁹ Bei höherem Aufkommen und niedrigeren oder jedenfalls

231 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

232 Vgl. hierzu auch *Kreikebohm/Kolawski*, Soziale Sicherheit 2013, S. 365 (367).

233 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

234 Ebenso *Picker*, RdA 2014, 25 (29).

235 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

236 Antwort der Bundesregierung vom 11.5.2011 auf die Kleine Anfrage des Abgeordneten Ernst: BT-Drs. 17/5815 S. 26.

237 *Brenke/Müller*, DIW Wochenbericht 39/2013 S. 15.

238 *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1045).

239 Zu den Folgen *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1045).

nicht steigenden Beiträgen in der Sozialversicherung würde dieser Effekt sich in geringerem Maße auswirken und damit die Beitragsäquivalenz gestärkt. Die gegenwärtige Spreizung der Beitragsleistungen auf diesem Weg zu begrenzen, ist ein weiteres legitimes Anliegen eines allgemeinen Mindestlohns.

Der Gesetzgeber kann damit dem gesetzlichen Mindestlohn auch die Funktion zubilligen, diese Solidardifferenz zu verringern und damit für eine ausgewogenere Finanzierung dieser Systeme zu sorgen. Der Gesetzgeber greift diesen Gedanken zumindest insoweit auf, als er darauf hinweist, ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn diene auch dazu, faire Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.²⁴⁰ Denn ohne Mindestlohn laufen die sozialen Sicherungssysteme insgesamt Gefahr, eher Anreiz für Lohndumping zu bieten, weil sie Niedrigentgelte subventionieren.²⁴¹

bb) Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz das Ziel, die Leistungsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme zu stabilisieren und zu erhöhen. Von einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn verspricht er sich eine Erhöhung des Beitragsaufkommens und damit langfristig niedrigere Beiträge. Gleichzeitig möchte er die Wahrscheinlichkeit verringern, dass aufgrund ungenügenden Einkommens kurz- und langfristig soziale Transferleistungen erforderlich werden. Er verspricht sich einen Rückgang von aufstockungsbedürftigen Kleinstrenten und Niedrigeinkommen.²⁴² All diese Ziele können als überragend wichtig eingeordnet werden.

b) Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie

Schließlich beruft sich die Bundesregierung schon nach dem Titel ihres Gesetzentwurfes „Tarifautonomiestärkungsgesetz“ darauf, das Gesetzspaket solle die Tarifautonomie stärken.

In der Gesetzesbegründung wird dieser Gesichtspunkt mehrfach aufgegriffen. So hätten sich traditionelle Branchengrenzen aufgelöst und Arbeitskräfte seien zunehmen international mobil, wodurch die Arbeitsbeziehungen fragmentiert seien. Das habe die Durchsetzungsfähigkeit der kollektiven Interessenvertretungen beeinträchtigt.²⁴³

aa) Legitimes Ziel

Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu stärken, ist ein legitimes Ziel mit Verfassungsrang.

²⁴⁰ Referentenentwurf Tarifautonomiestärkungsgesetz, S. 32.

²⁴¹ *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1046); ähnlich *Giesen*, FS Kempfen (2013), S. 216 (220).

²⁴² Ebenso *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1045).

²⁴³ Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

„Die [...] Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie stellt einen Belang von Verfassungsrang dar (vgl. BVerfGE 84, 212 <225>; 88, 103 <114>; 116, 202 <224>). Sie sichert die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte, im öffentlichen Interesse liegende autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen (vgl. BVerfGE 28, 295 <304 f.>; 55, 7 <23 f.>; 116, 202 <224>). Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen (vgl. BVerfGE 84, 212 <229>; 92, 365 <395>).²⁴⁴

Das Bundesverfassungsgericht sieht diesen Rechtfertigungstatbestand auch dann als einschlägig an, wenn der Gesetzgeber die autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen dadurch abstützt, dass er Tarifentgelten zu größerer Durchsetzungskraft verhilft. Diese Rechtsprechung bezieht sich allerdings auf Regelungen wie die Tariftreueerklärung²⁴⁵ und das Verbot der Leiharbeit im Bereich der Baubranche,²⁴⁶ die verhindern sollen, dass durch Lohnkostenwettbewerb von Außenseitern und anders Organisierten die Tarifvertragsparteien in ihrer Tarifnormsetzung beeinträchtigt werden.²⁴⁷

Dieses Ziel kann aber durch verschiedene intendierte Effekte gesetzlicher Regelungen erreicht werden.

(1) Anreize zur tarifautonomen Regulierung der Arbeitsbedingungen

Sollen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im öffentlichen Interesse autonom durch die Sozialpartner geordnet werden, so ist der Staat auch befugt, Anreize zum Abschluss von Tarifverträgen zu setzen oder Hemmnisse zu beseitigen, die ihrem Abschluss entgegenwirken. Dies hat er durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz mit einem abgestuften und aufeinander abgestimmten Konzept der Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung, der Ausweitung der tarifgestützten Mindestlöhne nach dem AEntG und dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn verfolgt. Ganz offenkundig hat bereits die Ankündigung der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns in einigen Branchen zu einem tarifpolitischen Umdenken geführt.²⁴⁸ So haben die Tarifvertragsparteien des Friseurhandwerks, nachdem jahrelang die Branche unter Niedriglöhnen gelitten hatte, Ende 2013 einen Mindestlohntarifvertrag für allge-

²⁴⁴ BVerfG 1.12.2010, NZA 2011, 60 (61).

²⁴⁵ BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

²⁴⁶ BVerfG 6.10.1987, BVerfGE 77, 84 (107).

²⁴⁷ BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55) mit der im Übrigen mit Blick auf das AEntG weithin unbemerkt gebliebenen Passage: *„Andere Koalitionen als die, deren Entgelttarifverträge durch die Umsetzung der Tariftreueverpflichtung aus § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln auch auf Außenseiterarbeitsverhältnisse Anwendung finden, werden in ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie nicht betroffen, weil die gesetzlich vorgeschriebene Auflage kein rechtliches Hindernis zum Abschluss von Tarifverträgen errichtet und der Abschluss konkurrierender Tarifverträge auch nicht faktisch unmöglich gemacht wird (vgl. BVerfGE 44, 322 <352 f.>).“*

²⁴⁸ Bispinck, Die Mitbestimmung, 2014, 47 (48).

meinverbindlich erklären lassen, der differenziert zwischen Ost und West vom 1.1.2013 bis zum 1.8.2015 den Mindestlohn einheitlich auf 8,50 € anhebt.

(2) Stärkung der Arbeitgeberverbände

Weitgehend unbeachtet geblieben sind die Implikationen, die sich aus einem gesetzlichen Mindestlohn für die Arbeitgeberverbände ergeben. Denn auch diese stecken in einer Zwickmühle. Einerseits müssen sie darauf achten, ein für die Branche insgesamt passendes Entgeltniveau zu vereinbaren, andererseits müssen sie den divergierenden wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder Rechnung tragen. Dies wird schwierig, wenn die Mitglieder im Verband sich dem zunehmenden Wettbewerb von nicht organisierten Konkurrenten ausgesetzt sehen. Gesetzliche Systeme, die die ökonomischen Anreize zur Tarifflicht begrenzen, können jedenfalls dazu beitragen, Arbeitgeberverbände attraktiver zu machen. Auch hier werden sich Arbeitgeber allein deshalb wohl nicht vom Austritt aus dem Arbeitgeberverband abhalten lassen. Aber möglicherweise wird der Sozialkostenwettbewerb zu Lasten der Verbandsmitglieder etwas eingeschränkt. Solche Anreize kann und darf der Gesetzgeber durchaus in seine Überlegungen einbeziehen.²⁴⁹

bb) Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber erklärt damit der Überlegung, er müsse der Störung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems tatenlos zusehen, eine Absage. Er verlässt die Pfade eines formal-freiheitlichen Grundrechtsverständnisses und nähert sich den Voraussetzungen für den Gebrauch grundrechtlicher Freiheiten. Sein Ziel ist, diejenigen wirtschaftlichen Faktoren zu begrenzen, die dazu führen, dass in bestimmten Wirtschaftsbereichen keine Tarifverträge geschlossen werden und gleichzeitig Anreize zu setzen, dass das System der Tarifautonomie in bestimmten Bereichen wieder in Gang kommt. Dazu begrenzt er die Möglichkeiten von Tarifaußenseitern, tarifgebundenen Unternehmen über die Lohnkosten Konkurrenz zu machen. Er verspricht sich davon, die Rahmenbedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen zu verbessern.²⁵⁰

c) Bekämpfung des Lohnkostenwettbewerbs zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit

In der Begründung des Gesetzentwurfs des Tarifautonomiestärkungsgesetzes wird darauf abgestellt, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn auch das Ziel verfolgt, den Lohnkostenwettbewerb zu begrenzen.²⁵¹ Das Ziel des Gesetzgebers, dem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken, hat das Bundesverfassungs-

249 *Preis/Ulber*, FS Kempen (2013), S. 15 (34 f.).

250 Ebenso für die tarifgestützten Mindestlöhne nach dem AEntG; *Dieterich*, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), 103 (117).

251 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

gericht bereits als legitim anerkannt.²⁵² Entsprechende Regelungen sollen die Arbeitslosigkeit bekämpfen.²⁵³

aa) Legitimes Ziel

Mit einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn kann das Ziel verfolgt werden, den Lohnkostenwettbewerb zu begrenzen, um damit die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu stärken und die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen.

Der Gesetzgeber will tarifgebundene Unternehmen stärken, indem er den Lohnkostenwettbewerb begrenzt. In dieser Hinsicht hat eine Mindestlohnregelungen also eine Schutzdimension, die – über den Umweg des Schutzes der Arbeitgeber – das staatliche Interesse an einem hohen Beschäftigungsstand sichern und gleichzeitig die Arbeitnehmer schützen soll.²⁵⁴ Das hat das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach als legitimes Ziel des Gesetzgebers anerkannt, so etwa in der Tariftreueentscheidung.²⁵⁵ Gleichzeitig soll der wirtschaftliche Druck gemildert werden, den ein schrankenloser Unterbietungswettbewerb auf tarifgebundene oder eine Tarifbindung anstrebende Unternehmen entfaltet.²⁵⁶ Damit sollen die Voraussetzungen für den Abschluss von Tarifverträgen verbessert werden.

bb) Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn auch das Ziel Arbeitnehmer tarifgebundener Unternehmen und von Unternehmen, die keine Niedriglöhne zahlen, zu schützen. Nach seiner Einschätzung kann er dadurch Arbeitslosigkeit verhindern. Das will die Bundesregierung erreichen, indem sie den Lohnkostenwettbewerb einschränkt, was gleichzeitig den Abschluss von Tarifverträgen erleichtern soll.

d) Kompensation struktureller Unterlegenheit der AN

Schließlich darf der Gesetzgeber für einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn auf den allgemeinen Schutzauftrag zugunsten abhängig beschäftigter Arbeitnehmer verweisen. Denn auch der Staat ist verpflichtet, strukturelle Unterlegenheit im Privatrecht zu kompensieren.²⁵⁷ Der Gesetzgeber hat sich in der Begründung des Tarifautonomie-Stärkungsgesetzes auf dieses Ziel berufen. Dabei hat er sich auch zum Ziel gesetzt, zu verhindern, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu unangemessenen Arbeitsentgelten beschäftigt werden.

252 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (54).

253 Vgl. dazu auch BVerfG 3.4.2001, BVerfGE 103, 293 (307 ff.); BVerfG 27.4.1999, BVerfGE 100, 271 (284); Steiner, NZA 2005, 657 (659 f.).

254 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32; So auch BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

255 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

256 Picker, RdA 2014, 25 (30).

257 BVerfG 23.11.2006, NJW 2007, 286 (287 f.); BVerfG 26.06.1991, NJW 1991, 2549 (2551).

Er hat sich insoweit auf die in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsanforderungen berufen.²⁵⁸ Auf das Sozialstaatsprinzip wird hier noch gesondert eingegangen.²⁵⁹ Die Schutzpflicht für die unterlegene Partei im Vertragsrecht betrifft den Erstehungsprozess von Arbeitsbedingungen und verpflichtet den Staat, die Folgen eines strukturellen Ungleichgewichts zwischen den Vertragsparteien zu begrenzen. Dagegen setzt das Sozialstaatsprinzip primär auf der Folgenseite an und gibt dem Staat auf, aus sozialstaatlichen Gründen untragbare Zustände zu verhindern oder zu beseitigen. Somit überschneiden sich die beiden Rechtfertigungstatbestände. Die Wechselbezüglichkeit von Sozialstaatsprinzip und Schutzpflicht für die unterlegene Partei im Vertragsrecht sind offenkundig, wenn es darum geht, in Arbeitsverhältnissen unangemessene Entgelte zu verhindern.

aa) Schutzpflicht aus Art 12 Abs. 1 GG

Mit dem Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessen niedriger Entlohnung²⁶⁰ kommt der Gesetzgeber auch seiner Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG nach.²⁶¹ Dabei kann er sich in Ansehung der jüngeren Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 GG auf einen sehr weiten Gestaltungsspielraum stützen.²⁶²

„Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie basiert darauf, dass freies und eigenverantwortliches Handeln in Beziehung zu anderen maßgeblich durch das Instrument des Vertrags verwirklicht wird. Die Vertragspartner bestimmen selbst, wie sie ihre individuellen Interessen zueinander in einen angemessenen Ausgleich bringen. Ihr übereinstimmender Wille lässt deshalb in der Regel auf einen durch den Vertrag hergestellten sachgerechten Interessenausgleich schließen, den der Staat grundsätzlich zu respektieren hat (...).

Soweit jedoch die Privatautonomie ihre regulierende Kraft nicht zu entfalten vermag, weil ein Vertragspartner kraft seines Übergewichts Vertragsbestimmungen einseitig setzen kann, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.“²⁶³

bb) Kein Schutz vor der Tarifautonomie sondern vor defizitärem Schutz trotz Tarifautonomie

Dabei ist bei einem Eingriff in die Tarifautonomie davon auszugehen, dass die Arbeitnehmer nicht vor der Tarifautonomie, sondern vor den Folgen defizitären Schutzes durch die Tarifautonomie zu schützen sind. Der Gesetzentwurf macht das auch deut-

258 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

259 Vgl. dazu 3. Abschnitt B. IV. 2. e).

260 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32; ähnlich auch *Picker*, RdA 2014, 25 (30).

261 *Dieterich*, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), 103 (117 f.).

262 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 ff.

263 BVerfG 23.11.2006, NJW 2007, 286 (287).

lich, wenn er darauf hinweist, dass in Branchen mit niedrigem Organisationsgrad das Problem bestehe, dass Tarifverträge Löhne vorsehen, die für einen Alleinstehenden bei Vollzeitätigkeit nicht ausreichen, um seine Existenz ohne staatliche Hilfe zu sichern.²⁶⁴ Er verfolgt damit das Ziel, wenn und soweit die Tarifautonomie versagt, einen Ausgleich zu schaffen und gleichzeitig Anreize und Rahmenbedingungen zu setzen, die zukünftig Tarifverträge auf angemessenem Niveau wieder möglich machen.

cc) Zwischenergebnis

Der Gesetzgeber verfolgt mit einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn auch das Ziel, sich seiner Schutzpflicht für die strukturell unterlegene Partei im Arbeitsverhältnis, den Arbeitnehmer, anzunehmen.

e) Sozialstaatsprinzip

Schließlich hat der Gesetzgeber im Tarifautonomiestärkungsgesetz zur Rechtfertigung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns auf das Sozialstaatsprinzip verwiesen.²⁶⁵ Demnach soll der allgemeine gesetzliche Mindestlohn verhindern, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu Arbeitsentgelten beschäftigt werden, die unangemessen sind und den in Art. 2 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden elementaren Gerechtigkeitsanforderungen nicht genügen.²⁶⁶

Das Bundesverfassungsgericht hat das Sozialstaatsprinzip als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in Art. 9 Abs. 3 GG anerkannt.²⁶⁷ Es handelt sich damit um eine Befugnis des Staates, Freiheitsrechte Privater einzuschränken.²⁶⁸ Insofern kann sich der Gesetzgeber auch auf dieses legitime Ziel berufen.²⁶⁹

f) Zusammenfassung

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 € mehrere legitime Ziele. Sein Ziel ist es, den Lohnkostenwettbewerb im Niedriglohnbereich mit einer untersten Grenze zu versehen, um damit die Leistungsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme zu erhalten und zu stärken. Gleichzeitig sollen soziale Transferleistungen begrenzt, die Subventionierung von Niedriglöhnen eingeschränkt und die Leistungsansprüche der Arbeitnehmer in der Rentenversicherung verbessert

264 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

265 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

266 Ebenso *Engels*, JZ 2008, 490 (494).

267 BVerfG 27.4.1999, NJW 1999, 3033 (3034).

268 Nur schwer nachvollziehbar a.A. *Picker*, RdA 2014, 25 (29), der den Arbeitgeber nicht als Adressat des Sozialstaatsprinzips sieht. Das mag richtig sein, sagt aber nichts darüber, ob der Staat ihn zum Adressaten von Normen machen darf, die sich auf das Sozialstaatsprinzip stützen.

269 A.A. *Picker*, RdA 2014, 25 (29), der sich dazu auf die Entscheidung des BVerfG 9.2.2010, BVerfGE 125, 175 (222 f.) beruft. Diese Interpretation geht über den Inhalt der Entscheidung hinaus.

werden. Das Gesetz nimmt damit kurz- und langfristig die Beitrags- und Leistungsseite des Sozialversicherungssystems in den Blick und versucht, diese zu verbessern.

Durch die Begrenzung des Lohnkostenwettbewerbs im Niedriglohnbereich verspricht sich der Gesetzgeber darüber hinaus, dass die Rahmenbedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen in bislang tariflosen Zonen verbessert werden. Gleichzeitig sollen die bestehenden Tarifverträge stabilisiert werden, indem der Lohnkostenwettbewerb durch Außenseiter zumindest eine äußerste Grenze erfährt. Dadurch soll zugleich eine ruinöse Unterbietungskonkurrenz vereitelt werden, wovon sich der Gesetzgeber wiederum eine Stabilisierung des Arbeitsmarktes und der Tarifautonomie erhofft, weil der Wettbewerb nunmehr stärker über die Qualität der Leistung der Wettbewerber und nicht über die Lohnkosten geführt werden muss. Durch die Festsetzung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns will der Gesetzgeber darüber hinaus auch Arbeitnehmer als unterlegene Partei des Arbeitsverhältnisses stärker schützen. Er erhofft sich vom allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn, dass auch im Niedriglohnbereich zumindest angemessene Arbeitsentgelte gezahlt werden. Der Gesetzgeber verfolgt damit nicht nur das Ziel, das unmittelbare Arbeitsentgelt zu sichern, sondern auch langfristig für eine bessere Altersvorsorge zu sorgen. Gleichzeitig will er damit dem Sozialstaatsprinzip Rechnung tragen.

3. Verhältnismäßigkeit

Diese legitimen Ziele müsste der Gesetzgeber auch in verhältnismäßiger Weise verfolgt haben.

a) Geeignetheit

Ein gesetzlicher Mindestlohn muss zunächst geeignet sein, die Ziele, die der Gesetzgeber verfolgt, zu fördern. Dabei legt das Bundesverfassungsgericht im Bereich des Arbeits-, Wirtschafts- und Sozialrechts einen sehr großzügigen Kontrollmaßstab an. Speziell bezogen auf den Rechtfertigungstatbestand „finanzielle Stabilität der Sozialversicherung“ führt das BVerfG aus:

„§ [...] ist geeignet einen Beitrag [...] zur finanziellen Stabilität der Sozialversicherung zu leisten. Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 63, 88 <115>; 67, 157 <175>; 96, 10 <23>). Auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung gebührt dem Gesetzgeber ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang (vgl. BVerfGE 25, 1 <17, 19 f.>; 37, 1 <20>; 50, 290 <338>; 51, 193 <208>; 77, 84 <106 f.>; 87, 363 <383>). Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und

*unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.*²⁷⁰

aa) Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme

Ein gesetzlicher Mindestlohn muss zunächst geeignet sein, die Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung zu fördern.

(1) Eignung das Beitragsaufkommen zu erhöhen

Zunächst einmal wird ein gesetzlicher Mindestlohn bei den Arbeitsverhältnissen im Niedriglohnbereich, für die derzeit niedrigere Entgelte als 8,50 € gelten, zu einem erhöhten Beitragsaufkommen führen. Dessen Umfang ist seriös allerdings schwer zu prognostizieren. Denn mehrere Fragen sind in diesem Zusammenhang umstritten:

(a) Beschäftigungspolitische Effekte eines Mindestlohnes

So wird von Einigen die Auswirkung des Mindestlohns auf den Beschäftigungsstand gerade im Niedriglohnbereich kritisch gesehen. Es werde zu einem Abbau von Arbeitsplätzen²⁷¹ und einem Abdriften in die illegale Beschäftigung kommen.²⁷²

Letzterer Einwand war bereits Gegenstand verfassungsgerichtlicher Überprüfung. In seiner Entscheidung zum Verbot der Leiharbeit in der Baubranche führt das Bundesverfassungsgericht aus, es könne nicht einfach unterstellt werden, dass sich Arbeitgeber nur wegen zusätzlicher Kosten automatisch illegal verhielten.²⁷³ Da sich der Verstoß gegen den Mindestlohn auch als Ordnungswidrigkeit darstellt und gewerberechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann, kann die Annahme, Arbeitgeber würden in die Illegalität ausweichen, kein taugliches Argument gegen staatliche Rechtsetzung sein. Der Staat darf mit der Rechtstreue seiner Bürger rechnen.

Wirtschaftswissenschaftlich sind die Effekte von Mindestlöhnen mittlerweile stark umstritten, weil neuere Studien nicht nur keinerlei negative, sondern leicht positive Beschäftigungswirkungen feststellen, wie *Brenke* und *Müller* berichten.²⁷⁴ Gleichwohl wird teilweise angenommen, dass ein Mindestlohn in bestimmten Sektoren die Beschäftigung verringern wird.²⁷⁵ Anhand der bisherigen Mindestlöhne nach dem AEntG,²⁷⁶ insbesondere aber nach § 3a AÜG für die Leiharbeit, lassen sich negative beschäftigungspolitische Effekte aber nicht nachweisen.²⁷⁷

270 BVerfG 3.4.2001, NZA 2001, 777 (779).

271 *Rieble*, NZA 2007, 1 (2); *Giesen*, FS Kempen (2013), S. 214 (221).

272 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829 (836).

273 BVerfG 6.10.1987, BVerfGE 77, 84 (108 f.).

274 DIW Wochenbericht 39/2010, S. 9.

275 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829 (836); dagegen *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1046).

276 *Brenke/Müller*, DIW Wochenbericht 39/2013, S. 11 f.

277 *Hanau*, FS Kempen (2013), S. 235 (250); vgl. hierzu ausf. auch *Bieback*, GS Zachert (2010), 359 ff.

Angesichts der Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, seine bisherigen Erfahrungen einzubringen, wenn er ein neues Gesetz erlässt²⁷⁸, ist es daher zulässig, wenn der Gesetzgeber darauf verweist, dass signifikante Beschäftigungseffekte bei den bisherigen branchenbezogenen Mindestlöhnen nicht eingetreten sind.²⁷⁹ Auf spekulative Annahmen muss er sich nicht einlassen, insbesondere dann, wenn sie im Widerspruch zu den tatsächlichen Entwicklungen stehen, wie sie im Zeitpunkt der Verabschiedung eines Gesetzesvorhabens eingetreten sind. Daher ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Bundesregierung im Tarifautonomiestärkungsgesetz davon ausgeht, dass die Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns keine signifikanten Beschäftigungseffekte haben wird.²⁸⁰

Dies gilt umso mehr, als für die Branchen, in denen die Tarifvertragsparteien gegenwärtig noch unterhalb des Mindestlohns liegende Entgeltgruppen vereinbart haben, nach Maßgabe des § 24 E-MiLoG eine Übergangsphase vorgesehen ist.²⁸¹ Darüber hinaus hat der Gesetzgeber einen flexiblen Anpassungsmechanismus vorgesehen, der sicherstellt, dass der Mindestlohn nach einer Übergangsphase unter Berücksichtigung der gewonnenen Erkenntnisse angepasst werden kann. Das ermöglicht zudem, etwaige beschäftigungspolitische Folgen einzubeziehen.²⁸²

Die Möglichkeit, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn das Beitragsaufkommen in der Sozialversicherung erhöht, kann damit zur Rechtfertigung des Gesetzes herangezogen werden.

(b) Folgen des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes für das Beitragsaufkommen

Für den Fall einer beschäftigungsneutralen Wirkung ist das IAB in einer Simulation des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns vom 8,50 € im Juli 2013 zu dem Ergebnis gekommen, dass die Mehreinnahmen der Sozialversicherung 1,7 Milliarden € betragen werden.²⁸³

Der Gesetzgeber kann aufgrund der unsicheren Datenlage nicht exakt prognostizieren, wie vielen Arbeitnehmern der allgemeine gesetzliche Mindestlohn nutzen wird, die im Anwendungsbereich von Tarifverträgen mit Lohngruppen unter 8,50 € liegen. Denn bereits die Frage, wie viele Arbeitnehmer insgesamt einen Anspruch auf zusätzliches Entgelt aufgrund des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns haben werden, ist nicht

278 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

279 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 33; *Picker*, RdA 2014, 25 (31); i.E. ebenso *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1046 f.).

280 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 33.

281 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 33.

282 *Hanau*, JM 2014, 147 (151).

283 IAB, Fiskalische Wirkungen eines Mindestlohns, vom 24.7.2013, http://doku.iab.de/aktuell/2013/aktueller_Bericht_1304.pdf

eindeutig geklärt. Ende 2012 wurden Zahlen von 5,2 Millionen und 6,6 Millionen²⁸⁴ vorhergesagt. Mit Inkrafttreten des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns soll dieser für deutlich weniger als 5 Millionen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer relevant werden.²⁸⁵ Die Bundesregierung legt offenbar noch niedrigere Zahlen zugrunde.

(c) Ergebnis

Die Annahme des Gesetzgebers, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn geeignet ist, das Beitragsaufkommen unmittelbar zu erhöhen,²⁸⁶ ist jedenfalls vertretbar. Der Gesetzgeber kann sowohl darauf verweisen, dass beschäftigungspolitische Negativeffekte wissenschaftlich nicht sicher belegt sind, als auch darauf, dass die bisherigen Erfahrungen in den unterschiedlichen Branchen keine derartigen Negativeffekte gezeigt haben.²⁸⁷

Insofern überschreitet der Gesetzgeber nicht den ihm zustehenden Einschätzungs- und Prognosespielraum, wenn er davon ausgeht, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn das Beitragsaufkommen in der Sozialversicherung erhöht.

(2) Eignung zur Erhöhung der Wahrscheinlichkeit auskömmlicher Altersrenten

Der Gesetzgeber kann auch in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgehen, dass ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn dem negativen Effekt, den Niedriglöhne auf die Alterssicherung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben, entgegenwirken kann.²⁸⁸

(a) Keine Garantie für Altersrente über dem Grundsicherungsniveau

Zwar ist zu konzedieren, dass selbst bei einem Stundenlohn von 8,50 € im Rentenfall soziale Transferleistungen nicht in jedem Falle gänzlich entbehrlich sind. Hierzu wäre nach Daten von 2011 ein Mindestlohn in Höhe von mindestens 10 € pro Stunde erforderlich.²⁸⁹

(b) Erhöhung der Wahrscheinlichkeit für auskömmliche Altersrenten

Diese Berechnung allerdings unterstellt, dass sich ein Arbeitnehmer 45 Jahre lang ausschließlich am untersten Ende der Niedriglohnskala bewegt. Wahrscheinlicher dürften schwankende Beitragsverläufe seien. Berücksichtigt man dies, so wird jedenfalls für

284 *Kalina/Weinkopf*, IAQ-Report 2/2014, S. 2.

285 *Brenke*, DIW Wochenbericht 5/2014 S. 75.

286 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

287 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 33.

288 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

289 Antwort der Bundesregierung vom 11.5.2011 auf die Kleine Anfrage des Abgeordneten Ernst: BT-Drs. 17/5815, S. 26.

eine Vielzahl von Arbeitnehmern die Wahrscheinlichkeit erhöht, eine Rentenanwartschaft zu erwerben, von der sie im Alter eigenständig und ohne soziale Transferleistungen leben können.

Jedenfalls mit dieser erhöhten Wahrscheinlichkeit kann der Gesetzgeber die Maßnahmen begründen.²⁹⁰ Es erscheint nicht erforderlich und aufgrund der Vielfalt der Erwerbsbiografien auch nicht möglich, nachzuweisen, dass aufgrund eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns jedem einzelnen Arbeitnehmer bei jedem denkbaren Verlauf einer Erwerbsbiografie eine Alterssicherung garantiert ist, bei der er nicht auf soziale Transferleistungen angewiesen ist. Dies kann ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn auch nicht leisten, wenn man die Zunahme an Teilzeitarbeitsverhältnissen und unetwige Erwerbsbiographien berücksichtigt. Er kann lediglich die Wahrscheinlichkeit für einen Verlauf einer Erwerbsbiografie erhöhen, bei der am Ende ein entsprechender Rentenversicherungsanspruch entsteht. Auf diesen positiven Effekt stützt sich auch der Gesetzentwurf zum Tarifautonomiestärkungsgesetz.²⁹¹ Das ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

(c) Fazit

Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn ist ohne Weiteres geeignet, einen Beitrag zu auskömmlichen Altersrenten zu leisten. Angesichts der gegenwärtig diskutierten Höhe des gesetzlichen Mindestlohns kann dieser zwar keine Garantie dafür geben, dass solche von allen Arbeitnehmern erreicht werden. Gleichwohl kann er die Wahrscheinlichkeit hierfür erhöhen. In wie vielen Fällen dies der Fall sein wird, ist nicht nur aufgrund der in der Zukunft dynamischen Entwicklung des Mindestlohns nur sehr schwer zu prognostizieren. Daher hat der Gesetzgeber seinen Einschätzungs- und Prognosespielraum erkennbar nicht überschritten, wenn er davon ausgeht, der allgemeine gesetzliche Mindestlohn werde dazu beitragen, dass in Zukunft weniger Rentner auf soziale Transferleistungen angewiesen sein werden, weil die Rentenanwartschaften höher ausfallen werden.²⁹²

(3) Verringerung unmittelbarer und verzögerter Sozialtransferleistungen

Die Annahme des Gesetzgebers, ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn könne soziale Transferleistungen verringern und dadurch das soziale Sicherungssystem insgesamt finanziell entlasten, ist verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Denn die Annahme, die Zahl der Arbeitnehmer, die zusätzlich zu ihrem Lohn Sozialleistungen beziehen müssen – sogenannte Aufstocker –, würde sich durch den Mindestlohn verrin-

290 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32; vgl. hierzu auch *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1045 f).

291 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

292 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

gern, hält sich innerhalb des ihm zustehenden Beurteilungs- und Prognosespielraums. Der Gesetzgeber kann sich mit Recht auf dieses Ziel berufen.²⁹³

(a) Datenlage

Das IAB hat in einer Simulation bei unterstellter beschäftigungsneutraler Wirkung, von der auch der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgeht,²⁹⁴ Einsparungen im Bereich des SGB II von mindestens 473 Millionen € bis maximal 811 Millionen € errechnet.²⁹⁵

Bei den langfristigen Folgen fällt es angesichts der Schwierigkeiten, über mehrere Dekaden den Effekt von Mindestlöhnen auf Erwerbsbiographien zu prognostizieren, schwer, valide Daten zu finden. Allerdings ist davon auszugehen, dass, sofern ein Arbeitnehmer über eine Beschäftigung verfügt, sein Entgelt näher an den Bereich heranrückt, der für eine Altersrente ohne soziale Transferleistungen erforderlich wäre.

(b) Fazit

Ungeachtet der Unsicherheiten ist ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn geeignet, die aufgezeigten Ziele zu erreichen.

(4) Verteilungsgerechtigkeit bei der Beitragslast

Durch die dargestellten sozialversicherungsrechtlichen Effekte kann ein gesetzlicher Mindestlohn auch die Differenz zwischen den Beiträgen, die Arbeitgeber im Niedrig- und im Hochlohnbereich zum Gesamtaufkommen in der Sozialversicherung zahlen, verringern. In der Tat verfolgt der Gesetzgeber auch das Ziel fairer Wettbewerbsbedingungen, damit der Wettbewerb nicht über die Lohnkosten geführt wird.²⁹⁶ Wie gut das gelingen wird, ist nur mit erheblichen Unsicherheiten zu prognostizieren.

(5) Zusammenfassung

Der Gesetzgeber kann sich darauf berufen, ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn sei geeignet, um

- einerseits die Kosten zu begrenzen, die der Niedriglohnsektor für die Sozialversicherung erzeugt,
- das Beitragsaufkommen in der Sozialversicherung zu erhöhen,

293 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

294 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32, 33; vgl. dazu oben 3. Abschnitt B. IV. 3. a) aa) (1) (a), S. 74.

295 IAB, Fiskalische Wirkungen eines Mindestlohns, vom 24.7.2013, http://doku.iab.de/aktuell/2013/aktueller_Bericht_1304.pdf

296 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 33.

- zu verhindern, dass durch Sozialleistungen der Lohnkostenwettbewerb gefördert wird und
- die soziale Absicherung der Versicherten mit Blick auf die Altersrente zu verbessern.

Der Gesetzgeber legt dabei nicht nur in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise seine Erfahrungen mit dem Arbeitnehmerentendengesetz zugrunde. Seine Annahme basiert überdies auf komplexen wirtschaftlichen und sozialen Prognosen, für die er sich auf den weiten Ermessens- und Prognosespielraum berufen kann, der ihm verfassungsrechtlich bei der Beurteilung der Geeignetheit zusteht.

bb) Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie

Ferner muss untersucht werden, ob und inwieweit ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie fördern kann. Auch hier ist der weite Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers zu beachten.

Die Auswirkungen von Mindestlöhnen auf die Verbände und ihre Fähigkeit zur autonomen Regelung ist überaus umstritten. Der Gesetzgeber wird in einem Zeitpunkt tätig, der von folgenden Entwicklungen geprägt ist: eine zurückgehende Tarifbindung, ein – mittlerweile gestoppter – Mitgliederrückgang bei den Gewerkschaften, eine Erosion der Tarifbindung auf Arbeitgeberseite und seit der Wiedervereinigung eine massive Zunahme tarifloser Zonen. Diese Gemengelage führt dazu, dass in einigen Branchen ein tarifautonomer Einigungsprozess nicht mehr in Gang kommt oder zu Bedingungen führt, die aus sozialen Gründen nicht tragbar sind.²⁹⁷ Damit verfehlt die Tarifautonomie ihr Ziel.

Der Gesetzgeber hat als eine Ursache hierfür den Lohnkostenwettbewerb durch Außenseiter und Entsendekonstellationen identifiziert. Wenn Rieble diese Maßnahmen als „Staatshilfe für Gewerkschaften“²⁹⁸ bezeichnet, dann ist jedenfalls die Problemdefinition des Gesetzgebers nicht falsch.²⁹⁹

Auf das Problem hat der Gesetzgeber bereits zwei Mal mit tarifgestützten Mindestnormen – Tariftreue und AEntG – reagiert, die das Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform angesehen hat.³⁰⁰ Für Bereiche, in denen keine oder nur solche Tarifverträge existieren, die die strukturelle Unterlegenheit nicht kompensieren können, greift die Bundesregierung nun zum allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn. Dessen Effekte sollen unter zwei Gesichtspunkten die Rahmenbedingungen für den Abschluss von Tarifverträgen verbessern und damit die Tarifautonomie stärken.

297 Vgl. hierzu oben 2. Abschnitt.

298 Rieble, ZfA 2005, 245 ff.

299 Gegen die vom Gesetzgeber gewählte Lösung wendet sich Rieble, ZfA 2005, 245 ff., dann allerdings entschieden; zur Ordnungsfunktion des Tarifvertrags vgl. Dieterich, Tarifgestützte Mindestlöhne, S. 103 (117).

300 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51; BVerfG 18.7.2000, NZA 2000, 948.

(1) Arbeitgeberverbände

Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als ökonomisch sinnvolle Form der Regulierung von Arbeitsbeziehungen hängt von der Gesamtakzeptanz der Regelungen auf Arbeitgeberseite ab.³⁰¹ Verschaffen sich einzelne Unternehmen durch einen Austritt aus den Arbeitgeberverbänden Wettbewerbsvorteile, so wird der befriedende Effekt des Systems gefährdet.³⁰² Jener Unterbietungswettbewerb auf Arbeitnehmerseite, der zur Entstehung der Tarifautonomie so maßgeblich beigetragen hat, besteht seit längerem auch auf Arbeitgeberseite.³⁰³

Wenn der Gesetzgeber nunmehr durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn den Lohnkostenwettbewerb zumindest einschränkt, so begrenzt er auch den Anreiz, einem Verband fernzubleiben und schränkt die Attraktivität fehlender Tarifbindung ein. Zwar ist zu konstatieren, dass auch nach der Einführung von tarifgestützten Mindestlöhnen nach dem AEntG keine durch die Mindestlöhne verursachten Effekte auf die Arbeitgeberverbände ersichtlich sind.

Der Gesetzgeber kann sich jedoch in vertretbarer Weise auf die Erwägung stützen, dass der Lohnkostenwettbewerb durch Außenseiter nunmehr die tarifgebundenen Arbeitgeber weniger hart trifft. In welchem Ausmaß dies der Fall ist, hängt naturgemäß von der Differenz der jeweiligen Tarifentgelte ab. So mag in manchen Branchen der begrenzende Effekt eher gering ausfallen, in anderen dürfte er höher sein.

Das ändert aber nichts daran, dass ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn nach den dargestellten verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstäben nicht als von vorneherein dafür ungeeignet angesehen werden kann, den Bestand von Arbeitgeberverbänden zu stärken.

(2) Stärkung der Tarifautonomie

Auf den ersten Blick gewöhnungsbedürftig ist die Annahme, ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn greife in die Tarifautonomie ein, sei aber gleichzeitig dazu geeignet, diese zu schützen. So ist doch die Annahme verbreitet, der Mindestlohn sei geradezu eine Missachtung der Tarifautonomie.³⁰⁴

Erklären lässt sich der Widerspruch damit, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn in erster Linie Branchen trifft, in denen die Tarifautonomie nicht funktionsfähig ist. Es gibt also nicht „die“ Tarifautonomie, die betroffen ist. Die Kritiker argumentieren in erster Linie auf der abstrakten Ebene, weil ihr Modell von Tarifautonomie bedeutet, dass der Staat keine Mindestschutznormen regelt, völlig unabhängig davon, wie

301 Vgl. hierzu *Preis/Ulber*, FS Kempen (2013), S. 15 (29 ff.).

302 *Bepler*, FS Richardi (2007), 189 (195).

303 *Picker*, RdA 2014, 25 (30).

304 *Rieble/Klebeck*, ZIP 2006, 829 (830 ff.).

sich die Regelungen tatsächlich auswirken. Das erscheint keine verfassungsrechtlich haltbare Handhabung zu sein. Denn aus verfassungsrechtlicher Sicht müssen stets die praktischen Auswirkungen von Normen in den Blick genommen werden. Man kann Grundrechtsträger nicht auf Freiheiten verweisen, die sie aufgrund fehlender Voraussetzungen nicht gebrauchen können.

Fragt man nach den konkreten Auswirkungen des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, dann muss man die Antwort von seinen Auswirkungen in den Branchen abhängig machen, in denen Arbeitnehmer aufgrund des Mindestlohns ergänzende Entgeltansprüche gegen den Arbeitgeber geltend machen können, weil der Tariflohn am 1.1.2017 immer noch unter dem dann geltenden Mindestlohn liegt. Unter den Ende 2013 geltenden Tarifverträgen lagen nur noch 10 % der Tariflohngruppen unter 8,50 €, ein Rückgang von über einem Drittel, nachdem 2012 noch etwa 16 % der Tariflohngruppen unter dieser Grenze gelegen hatten.³⁰⁵

In diesen Bereichen erfüllt die Tarifautonomie ihre Funktion, die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer zu kompensieren, nicht. Die Folge sind Niedrigentgelttarifverträge oder Bereiche, in denen die Gewerkschaften den Arbeitgebern keine Tarifverträge mehr abringen können. Dies kann und darf der Staat zum Anlass für eigene Regelungen nehmen.³⁰⁶

Bereits die Ankündigung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns hat nunmehr dazu geführt, dass in einigen tariflosen Branchen wieder Flächentarifverträge geschlossen werden.³⁰⁷ Die Übergangsfrist des § 24 E-MiLoG setzt hierzu einen weiteren Anreiz.

Schließlich ist nicht zu verkennen, dass ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn den Wettbewerbsvorteil von Außenseitern gegenüber tarifgebundenen Arbeitgebern begrenzt. Er begrenzt damit den Lohnkostenwettbewerb.³⁰⁸ Das könnte in manchen Branchen dazu führen, dass wieder eine Grundlage für Tarifverträge geschaffen wird, die sowohl für die Arbeitgeber- als auch für die Arbeitnehmerseite hinnehmbare Entgelte enthalten.

Eine solche Erwartungshaltung ist jedenfalls – insbesondere angesichts der Entwicklung im Vorfeld eines Mindestlohngesetzes – verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Daher ist mit Blick auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers die Annahme, ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn sei geeignet, den tarifautonomen Einigungsprozess abzustützen, nicht zu beanstanden. Ob abweichende Ansichten richtig oder falsch sind, ist dabei nicht entscheidend. Es kommt lediglich darauf an, ob die Annahmen des Gesetzgebers vertretbar sind.

305 WSI-Niedriglohnmonitoring 2014.

306 *Dieterich*, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), S. 103 (117).

307 *Bispinck*, Die Mitbestimmung, 2014, 47 (48).

308 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt B. IV.2. c).

(3) Fazit

Insgesamt zeigt sich, dass der Gesetzgeber in vertretbarer Weise davon ausgehen kann, ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn sei auch geeignet, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu stärken.

cc) Bekämpfung von Lohnkostenwettbewerb zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit

Der Gesetzgeber darf im Rahmen seiner weiten Einschätzungsprärogative annehmen, dass er mit einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn den Unterbietungswettbewerb über die Lohnkosten begrenzen kann.³⁰⁹ Dazu das BVerfG in der Tariftreueentscheidung:

„Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 63, 88 <115>; 67, 157 <175>; 96, 10 <23>; 103, 293 <307>). Dem Gesetzgeber kommt dabei ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu. Es ist vornehmlich seine Sache, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele unter Beachtung der Gesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will (vgl. BVerfGE 103, 293 <307> m.w.N.).

Hieran gemessen ist § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln grundsätzlich geeignet, die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen. Der Landesgesetzgeber durfte im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative annehmen, dass er den Unterbietungswettbewerb über die Lohnkosten begrenzen und auf diese Weise Arbeitslosigkeit bekämpfen kann, [...].“³¹⁰

Es ist also zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber sich bei einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn auf den vom Bundesverfassungsgericht zugrunde gelegten weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum berufen kann. Dieser muss dann aber auch angesichts der Tatsache, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn gerade nicht an einer spezifischen Konfliktlage in einer Branche ansetzt, sondern allgemein gilt, in vertretbarer Weise ausgefüllt sein.

Dem Einwand, es könne zu einer Zunahme der Arbeitslosigkeit kommen, steht die Erwartungshaltung des Gesetzgebers gegenüber, dass solche Effekte ausbleiben werden. Diese Annahme ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, was bereits oben ausgeführt wurde.³¹¹

309 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

310 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51, überaus kritisch hierzu Rieble, NZA 2007, 1 ff.

311 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt B. IV. 3. A) aa) (1) a), S. 74 f.

Schließlich kann der Gesetzgeber auch auf einschlägige Erfahrungen in der Leiharbeitsbranche verweisen. Während in der Leiharbeitsbranche noch 2007 die Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit eines etwaigen Mindestlohnes in der Leiharbeit kontrovers diskutiert wurde³¹², drängten ab Beginn des Jahres 2010 die Arbeitgeberverbände in der Leiharbeit die Politik nachhaltig dazu, einen Mindestlohn spätestens zum 1.5.2011 einzuführen. Denn wegen der EU-Osterweiterung und der ab dem 1.5.2011 auslaufenden Beschränkungen für Unternehmen aus Osteuropa, auf dem deutschen Markt tätig zu werden, befürchteten die Arbeitgeber, dem Lohnkostenwettbewerb durch aus dem Ausland nach Deutschland entsandte Leiharbeitnehmer nicht standhalten zu können.³¹³ Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn muss damit auch immer als Begrenzung des Lohnkostenwettbewerbs im europäischen Kontext gesehen werden. Dieser Effekt nützt in erster Linie den Unternehmen in den betroffenen Sektoren. Denn ihr Wettbewerbsnachteil gegenüber ausländischer Konkurrenz wird begrenzt. Damit dient ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn prinzipiell auch dem Schutz von in Deutschland ansässigen Unternehmen, auch wenn dieser Zweck für verschiedene Wirtschaftssektoren differenziert betrachtet werden kann.

Damit ist der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass er mit einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn die Arbeitslosigkeit bekämpfen und das Tarifvertragssystem stabilisieren kann.³¹⁴

dd) Kompensation der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer

Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn ist ferner geeignet, die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers zumindest partiell zu kompensieren und ihn davor zu schützen, dass er auf Tarifverträge verwiesen wird, die ihm keinen angemessenen Lohn gewähren.³¹⁵

Das Bundesverfassungsgericht stattet den Gesetzgeber für die Art und Weise, mit der er Ungleichgewichtslagen im Privatrecht beikommt, mit einem besonders weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum aus.

„Wann Ungleichgewichtslagen so schwer wiegen, dass die Vertragsfreiheit durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzt oder ergänzt werden muss, lässt sich der Verfassung nicht unmittelbar entnehmen. Auch lassen sich die Merkmale, an denen etwa erforderliche Schutzvorschriften ansetzen können, nur typisierend erfassen. Dem Gesetzgeber steht dabei ein besonders weiter Beurteilungs- und Gestaltungsraum zur Verfügung. Er

312 Thüsing/Lembke, ZfA 2007, 88 ff.; a.A. Dieterich, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), S. 103 ff.; Hanau, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), S. 127 ff.

313 Böhm, NZA 2010, 1218; vgl. dazu auch Bayreuther, DB 2011, 706 (710); Ulber AuR 2012, 426 ff.

314 Ähnlich für die tarifgestützten Mindestlöhne nach dem AEntG, Dieterich, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), 103 (117).

315 Dieterich, Tarifgestützte Mindestlöhne (2007), 103 (117).

*muss zwar den konkurrierenden Grundrechtspositionen der Beteiligten ausreichend Rechnung tragen, besitzt aber auch insoweit eine weite Gestaltungsfreiheit.*³¹⁶

In Ansehung des weiten Einschätzungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers kann die Eignung des Mittels schlechterdings nicht in Frage gestellt werden. Denn im Ergebnis führt der allgemeine gesetzliche Mindestlohn dazu, dass sich das Ungleichgewicht im Niedriglohnsegment nur noch ab gesicherten Mindeststandards auf das Entgelt auswirkt.

ee) Sozialstaatsprinzip

Mit Blick auf das Ziel des Gesetzgebers, aus sozialstaatlichen Erwägungen heraus dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht zu unangemessenen Entgelten beschäftigt werden, ist ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn erkennbar geeignet, dieses Ziel zu fördern.

(1) Abweichende Bewertung für Teilzeitbeschäftigte?

Gegen die Geeignetheit wird insoweit von Di Fabio eingewandt, dass der Gedanke der staatlichen Existenzsicherung bei Personen nicht greife, die nicht in Vollzeit beschäftigt sind. Diese Personen arbeiteten nur wenige Stunden, so dass ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn nicht das Ziel verfolgen könne, deren Existenz zu sichern.³¹⁷ Es bleibt zwar unklar, welche Konsequenzen der Gesetzgeber aus dieser Erkenntnis ziehen sollte, gleichwohl soll der Einwand hier kurz aufgegriffen werden.

(2) Stellungnahme

Der Einwand gegen die Geeignetheit eines gesetzlichen Mindestlohns geht fehl. Ein Arbeitnehmer ist nicht lebenslang Teilzeitbeschäftigter. Erfahrungsgemäß wechselt der Umfang der Beschäftigung.

Teilzeitbeschäftigte und geringfügig Beschäftigte sind, wie das Teilzeit- und Befristungsgesetz regelt, normale Arbeitnehmer (vgl. § 2 Abs. 2 TzBfG), für die der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt (§ 4 Abs. 1 TzBfG). Dieses Prinzip gilt auch verfassungs- und unionsrechtlich. Überdies kollidiert eine unterschiedliche Bezahlung mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, weil Frauen in diesen Beschäftigungsformen überwiegend vertreten sind.³¹⁸

Von dem gesetzlichen Mindestlohn bei Teilzeitbeschäftigten abzuweichen, hieße, gegen das Gerechtigkeitsgebot „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“, das aus Art. 3 Abs. 1

316 BVerfG 23.11.2006, NJW 2007, 286 (287).

317 Gutachten Di Fabio S. 50.

318 Brenke/Müller, DIW Wochenbericht, Nr. 29/2013.

GG folgt, zu verstoßen.³¹⁹ Eine solche Betrachtung blendete aus, dass der Gesetzgeber gerade bei Teilzeitbeschäftigten nicht wissen kann und auch nicht überprüfen muss, ob diese mit ihrer Teilzeittätigkeit ihre einzige Einnahmequelle haben oder zusätzlich in einem zweiten oder dritten Arbeitsverhältnis weiteres (Erwerbs-)Einkommen beziehen. Auch würde eine solche Betrachtungsweise dazu führen, Personen, die über ein besonders geringes Gesamteinkommen verfügen und damit bereits in prekären Verhältnissen leben, gerade aus diesem Grunde für nicht schützenswert zu erklären.

Jedenfalls darf der Gesetzgeber davon ausgehen, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn bei einer hinreichenden Zahl von Personen, und mögen sie auch in Teilzeit beschäftigt sein, zumindest die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass diese kurz-, mittel- und langfristig ihre Existenz durch ihre berufliche Tätigkeit sichern können. Das reicht nach der Rechtsprechung des BVerfG für die Geeignetheit aus. Der Gesetzgeber kann und muss nicht für jeden Einzelfall die Eignung nachweisen, sondern kann sich insoweit auf eine generalisierende Betrachtungsweise stützen.³²⁰

(3) Ergebnis

Unter Berücksichtigung des weiten Beurteilungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers ergeben sich keine Bedenken hinsichtlich der Eignung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, zur Existenzsicherung der Arbeitnehmer beizutragen. Er muss dabei nicht sicherstellen, dass jeder Arbeitnehmer, der den Mindestlohn erhält, ohne soziale Transferleistungen leben kann.³²¹ Er kann sich auf die tendenzielle Wirkung des Gesetzes in diese Richtung berufen.

ff) Zwischenergebnis

Angesichts des weiten Beurteilungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers ist seine Annahme, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn geeignet ist, die Ziele des Tarifautonomiestärkungsgesetzes zu erreichen, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Annahme des Gesetzgebers, durch die Einschränkung des Lohnkostenwettbewerbs könne er die Leistungsfähigkeit der Sozialversicherung verbessern und die Gefährdung von Arbeitsplätzen bei tarifgebundenen Arbeitgebern begrenzen, sind weder willkürlich noch sonst zu beanstanden. Er hat diese Annahmen auf einer hinreichenden Datenbasis getroffen. Das gilt gleichermaßen für die Annahme, die Sozialversicherung würde nicht nur finanziell leistungsfähiger, sondern die Altersversorgung der niedrigentlohnenden Arbeitnehmer werde verbessert. Der Gesetzgeber konnte vor diesem Hintergrund auch vertretbar davon ausgehen, dass sich die sozialen Transferleistungen verringern.

319 Vgl. dazu ausführlich unten 3. Abschnitt D. VI., S. 139.

320 Vgl. dazu ausführlich 3. Abschnitt C. III. 3. b).

321 Vgl. dazu bereits oben 3. Abschnitt. IV. 3. a) aa).

Der Gesetzgeber ist in seinem weiten Einschätzungs- und Ermessensspielraum in verfassungsrechtlicher nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn die Tarifautonomie stärken werde. Der Gesetzgeber hat in nicht zu beanstandender Weise den Lohnkostenwettbewerb im Niedriglohnbereich als Hindernis für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie identifiziert. Mit Blick auf die bereits vorhandene Rechtsprechung des BVerfG zu ähnlichen Sachverhalten und den weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers lässt sich die Geeignetheit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns insoweit nicht bestreiten.

Soweit es die Eignung des Gesetzes betrifft, die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber zu kompensieren, sind die Annahmen des Gesetzgebers ebenfalls nicht zu beanstanden. Das Gleiche gilt für das Ziel des Gesetzgebers, durch den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn auch dem Sozialstaatsprinzip Rechnung zu tragen.

b) Erforderlichkeit

Die Erforderlichkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns hängt davon ab, ob dem Gesetzgeber mit Blick auf den Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG keine gleich geeigneten, mildereren Mittel zur Erreichung seiner Ziele Verfügung stehen.³²² Auch mit Blick auf die Erforderlichkeit der gesetzgeberischen Maßnahmen ist allerdings der weite Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers zu beachten.³²³

aa) Mildere Mittel

Fraglich ist bereits, welche milderen Mittel dem Gesetzgeber mit Blick auf die Ziele, die er mit einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn verfolgt, zur Verfügung stehen könnten. Also solche können nur solche Maßnahmen in Betracht kommen, die die Tarifvertragsparteien weniger intensiv treffen als der allgemeine gesetzliche Mindestlohn.

(a) Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen

Zunächst wäre ein System der „erga-omnes-Wirkung“ von Tarifverträgen denkbar.³²⁴ Dann aber müssten Tarifverträge unabhängig von der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder der Gewerkschaft sämtliche Arbeitsverhältnisse in ihrem Geltungsbereich erfassen.

Damit würde einerseits ein überaus weitreichendes Instrument geschaffen; andererseits blieben zentrale Probleme in Teilbereiche des Arbeitsmarkts, in denen keine Ta-

³²² BVerfG 6.10.1987, BVerfGE 77, 84 (106); BVerfG 14.10.1975, BVerfGE 40, 196 (223); BVerfG 18.12.1968, BVerfGE 25, 1 (19 f.).

³²³ Vgl. dazu oben 3. Abschnitt IV. 1. b) S. 59 f.

³²⁴ Vgl. dazu *Kamanabrou*, Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen (2011).

rifverträge existieren oder in denen die Tarifautonomie nicht funktioniert, ungelöst. Es blieben genau die Schutzlücken, die bereits bislang bestehen. Im Übrigen würde eine solche Erstreckung ganzer Tarifverträge intensiver wirken als ein bloßer gesetzlicher Mindestlohn. Damit ist dieser Ansatz als milderes Mittel nicht geeignet.

(b) Ausweitung der Allgemeinverbindlicherklärung

Eine Stabilisierung des Tarifvertragssystems könnte auch über die Ausweitung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen erreicht werden. Auch dieses Mittel wäre auf den ersten Blick milder, weil zwar die Außenseiter von einer solchen Allgemeinverbindlicherklärung erfasst würden, nicht aber die Tarifverträge anderer Koalitionen, weil insoweit das Spezialitätsprinzip gilt.³²⁵

Das Mittel wäre aber bereits deshalb nicht gleich geeignet, weil es in den Branchen versagt, in denen gegenwärtig keine Tarifverträge zustande kommen („weiße Flecken“).³²⁶ Und es kann die Tarifautonomie auch insofern nicht abstützen, weil Unterbietungskonkurrenz durch andere Tarifverträge aufgrund der Regeln zur Tarifkonkurrenz weiterhin möglich bleibt. Selbstverständlich leistet auch die Allgemeinverbindlicherklärung einen erheblichen Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.³²⁷ Allerdings unterscheiden sich ihre Wirkung und ihr Einfluss deutlich von den Sektoren, in denen ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn greift. Im Übrigen hat der Gesetzgeber nach der Systematik des Tarifautonomiestärkungsgesetzes durchaus gezeigt, dass er die Allgemeinverbindlicherklärung präferiert und hat deshalb deren Anforderungen etwas abgesenkt.³²⁸ So weit wie möglich stärkt er also tarifautonome Handlungsmöglichkeiten. Sein Ziel liegt auch angesichts des Gesamtkonzeptes des Gesetzes darin, die Tarifautonomie zu stärken.

Insgesamt bleibt gleichwohl der Befund, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn als Auffangregelung auch in einem System mit Allgemeinverbindlicherklärung benötigt wird. Insofern ist diese kein gleich geeignetes Mittel.

(c) Ausweitung der tarifgestützten Mindestlöhne nach dem AEntG

Des Weiteren kann es eine geeignete mildere Lösung sein, wie geplant das Arbeitnehmerentendegesetz auf sämtliche Branchen zu erstrecken.

Eine Ausweitung der tarifgestützten Mindestlöhne nach dem AEntG und § 3a AÜG würde zwar ebenfalls zu branchendifferenzierten Mindestlöhnen führen. Diese kämen allerdings nur unter einer intensiveren Beteiligung der Tarifvertragsparteien zustande,

325 § 8 Abs. 2 AEntG, BAG 18.6.2006, NZA 2007, 1111.

326 *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1048).

327 *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe 2014, S. 2 ff.

328 Vgl. dazu oben 2. Abschnitt C.I.

weil diesen – mit Ausnahme der Pflegebranche³²⁹ – Tarifverträge zugrunde liegen.³³⁰ Dieses Mittel würde aber zwei Probleme, die der Gesetzgeber beseitigen will, nicht lösen.

Zum einen setzt das AEntG einen Vorschlag der Tarifvertragsparteien voraus, bevor ein tarifgestützter Mindestlohn möglich ist. In manchen Branchen gibt es aber keine Arbeitgeberverbände mehr. Dementsprechend fehlt es hier bereits an den notwendigen Tarifpartnern, um einen Tarifvertrag abzuschließen, der dann Grundlage einer etwaigen Rechtsverordnung nach dem AEntG sein könnte. Das Problem der tariflosen Zonen bliebe also ungelöst.³³¹

Zum anderen kann bei solchen Regelungen die fehlende Durchsetzungsfähigkeit der Gewerkschaften in einzelnen Sektoren des Arbeitsmarktes nicht kompensiert werden. Es könnte also überall dort, wo bereits jetzt Tariflöhne von deutlich unter 8,50 € gelten, der Mindestschutz, den der allgemeine gesetzliche Mindestlohn bieten soll, nicht erreicht werden. Es bliebe also auch bei einer solchen Regelung eine relevante Lücke. Branchenbezogene Mindestlöhne greifen nur dort, wo die Tarifautonomie noch funktioniert. Dies lässt sich auch daran sehen, dass in Mindestlohntarifverträgen, die nach dem AEntG durch Rechtsverordnungen erstreckt wurden, Vergütungsgruppen enthalten sind, die unter 8,50 € liegen. Dies ist im Bewachungsgewerbe, bei den Wäschereidienstleistungen und im Gebäudereinigerhandwerk der Fall.³³² Hinzu kommt gegenwärtig die Leiharbeitsbranche.³³³

Umgekehrt wären bei einer reinen Lösung über das AEntG in genau der gleichen Weise wie beim allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn Tarifverträge betroffen, die unterhalb des per Rechtsverordnung eingeführten tarifgestützten Mindestlohnes liegen. Die tarifgestützten Mindestlöhne nach dem AEntG liegen bereits überwiegend über 8,50 €. Würden die tarifgestützten Mindestlöhne nach dem AEntG ausgeweitet, wären die Tarifverträge in den jeweiligen Branchen jedenfalls nicht weniger betroffen als durch den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn. Es handelte sich insoweit bereits nicht um ein milderer Mittel.

Der Gesetzgeber kann im Tarifautonomiestärkungsgesetz mit Recht darauf verweisen, dass die Tarifvertragsparteien aus eigener Kraft nicht mehr in allen Branchen in der Lage sind, Niedriglöhnen entgegenzuwirken.³³⁴ Für Branchen, in denen das noch der Fall ist, ist es zwar richtig, den Weg über eine Rechtsverordnung nach dem AEntG zu eröffnen. Diesen Weg ist der Gesetzgeber mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz aber bereits soweit wie möglich gegangen. Er hat vorgesehen, dass, soweit Rechtsver-

329 Vgl. dazu § 10 ff. AEntG.

330 Zu den Besonderheiten bei der Lohnuntergrenze in der Leiharbeit vgl. *Ulber*, AuR 2012, 246.

331 *Picker*, RdA 2014, 25 (33); *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1048); a.A. *Sittard*, NJW 2010, 1160 (1162).

332 *Bispinck* und *WSI-Tarifarchiv*, Niedriglohn-Monitoring 2013, Entwicklung der tariflichen Vergütungsgruppen in 40 Wirtschaftszweigen, 2014.

333 Vgl. dazu oben unter 2. Abschnitt C. III., S. 16.

334 Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

ordnungen nach dem AEntG bestehen, diese bis zum 31.12.2016 den Mindestlohn sogar verdrängen (§ 24 E-MiLoG). Erst danach kann der Mindestlohn, soweit er dann immer noch über den Branchenmindestlöhnen nach dem AEntG liegt, von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Anwendungsbereich einer Rechtsverordnung nach dem AEntG beansprucht werden.³³⁵

Insofern bleibt der allgemeine gesetzliche Mindestlohn auch unter Berücksichtigung der Öffnung des AEntG für alle Branchen erforderlich. Denn sofern die Tarifvertragsparteien die Höhe des Mindestlohnes frei festlegen können, sind die gesetzgeberischen Ziele nicht in allen Branchen zu erreichen. Dort, wo sie keine Vereinbarungen erzielen können, ist diese Möglichkeit erst recht nicht gegeben. In dieser Dimension ist das AEntG also weniger geeignet als der allgemeine gesetzliche Mindestlohn. Bei höheren Mindestlöhnen als 8,50 € ist das AEntG kein milderes Mittel.

(d) Tarifdispositiver Mindestlohn

Schließlich könnte erwogen werden, den Mindestlohn tarifdispositiv auszugestalten, damit in den Branchen, in denen bislang keine Tarifverträge abgeschlossen werden, ein Anreiz geschaffen wird, Tarifverträge zu schließen. Allerdings hat der Gesetzgeber genau einen solchen Anreiz bereits mit dem Mindestlohngesetz vorgesehen. Er hat diese Möglichkeit allerdings befristet und lediglich als Übergangsvorschrift bis zum 31.12.2016 konstruiert.

Der Hintergrund dafür ist, dass der Gesetzgeber seine sonstigen sozialpolitischen Ziele mit einer tarifdispositiven Mindestlohnregelung nicht erreichen kann.³³⁶ Er könnte weder das Sozialversicherungssystem stabilisieren noch den Lohnkostenwettbewerb bekämpfen, um Arbeitslosigkeit und Altersarmut zu vermeiden. Der Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Löhnen würde verfehlt. Die Gewähr für ein sozialstaatlich verträgliches Lohnminimum könnte die Regelung nicht bieten.

Im Übrigen zeigt sich, dass alleine die Tatsache, dass Tarifverträge abgeschlossen werden, nicht bedeutet, dass diese Ausdruck eines funktionierenden kontradiktorischen Interessenausgleichs sind. Seit über zehn Jahren führt die tarifdispositive Ausgestaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in der Leiharbeit nicht dazu, dass dort die strukturelle Unterlegenheit und der fehlende Organisationsgrad der Gewerkschaften beseitigt worden wären.³³⁷ Vielmehr bemühen sich die Verbände nunmehr in den Branchen, in denen sie durchsetzungsstark sind, Tarifverträge zur Regulierung der Leiharbeit abzuschließen, um ihre Organisationsschwäche auszugleichen. Insbesondere der

³³⁵ Begründung des Gesetzentwurfes zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 33.

³³⁶ Ebenso *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1047)

³³⁷ *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1047). Vgl. dazu etwa Schüren, RdA 2011, 368 ff.

IG Metall gelingen solche Regelungen.³³⁸ Gleichwohl ist in diesem Sektor die Tarifautonomie massiv gestört.³³⁹

So kann der Gesetzgeber auf die Erfahrung jedenfalls in dieser Branche verweisen, dass tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht keinen Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie leistet. Damit handelt er innerhalb seiner verfassungsrechtlichen Einschätzungsprärogative, wenn er in einem tarifdispositiven Mindestlohn kein geeignetes milderes Mittel gegenüber einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn sieht, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern.

(e) Soziale Transferleistungen

Als weitere Alternative käme nur in Betracht, die Transferleistungen an verschiedenen Stellen der Sozialversicherung und der sozialen Fürsorge fortzusetzen oder auszuweiten. Diese müssten dann so ausgestaltet werden, dass die Arbeitnehmer sozialversicherungsrechtlich so stünden, wie es bei einem Mindestlohn von 8,50 € der Fall wäre.

Neben den fiskalischen Bedenken gegen eine solche Lösung muss aber berücksichtigt werden, dass soziale Transferleistungen keine Maßnahme sind, die das gleiche Ziel verfolgt wie die Kompensation struktureller Unterlegenheit innerhalb eines Vertragsverhältnisses.³⁴⁰ Soziale Transferleistungen sind im Wesentlichen Folgenbeseitigungen einer fortgesetzten strukturellen Unterlegenheit innerhalb einer Vertragsbeziehung. Sie verfolgen damit nicht das gleiche Ziel und scheiden daher ebenfalls als milderes Mittel aus.

Gegenüber den Tarifvertragsparteien könnte eine solche Maßnahme als milder angesehen werden. Allerdings wäre diese Maßnahme nicht gleich geeignet, weil die Finanzierung auf diesem Wege erneut durch den Staat aufgebracht werden müsste. Darüber hinaus wäre die Maßnahme auch deshalb nicht gleich geeignet, weil auf diesem Wege die finanziellen Lasten des Niedriglohnssektors weiterhin von der Sozialversicherung bzw. aus dem Steueraufkommen getragen werden müssten. Der Gesetzgeber könnte also ein Teilziel des Gesetzes nicht mehr erreichen, sondern würde dieses aufgeben. Schließlich würde die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht stabilisiert, sondern eher unterminiert.

Dieses Mittel wäre zudem bereits nicht darauf gerichtet, auskömmliche Löhne zu sichern, sondern die Folgen unauskömmlicher Löhne zu kompensieren.³⁴¹ Wenn der Gesetzgeber den Niedriglohnssektor subventioniert, läuft er Gefahr, diesen zu verfestigen,

338 Vgl. dazu *Krause*, NZA 2012, 830; *ders.* Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit zur Durchsetzung des Equal-Pay-Grundsatzes, HSI-Schriftenreihe Band 2, 2012; *Ulber*, AuR 2013, 114.

339 Vgl. dazu *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, S. 44 ff.; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (2010), S. 504 ff.

340 Vgl. hierzu *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1042 f.).

341 *Bepler*, FS Richardi (2007); S. 193 (201).

weil sich Entgelterhöhungen unterhalb der Transferleistungen wirtschaftlich für den Arbeitnehmer nicht auswirken. Es erscheint auch unter dem Gesichtspunkt des weiten Beurteilungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber seine Maßnahmen für erforderlich hält.

Aus dem gleichen Grund ist der Gesetzgeber auch nicht gehalten, die finanzielle Stabilität der Sozialversicherung alleine über den Beitragssatz sicherzustellen. Im Gegenteil kann er gerade das Ziel verfolgen, diesen durch ein verbreitertes Beitragsaufkommen niedrig zu halten.³⁴²

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass soziale Transferleistungen grundsätzlich subsidiär Folgen sozialer Probleme beheben sollen.³⁴³ Soziale Transferleistungen sind stets das letzte Mittel, Bürger in ihrer Existenz zu sichern. Anzustreben ist ein auskömmliches Einkommen und eine Vermögensbildung, nicht aber eine Perpetuierung sozialer Transferleistungen.³⁴⁴

bb) Bewertung

Gerade bei der Frage, welche Systementscheidung zwischen sozialen Transferleistungen oder Erhöhung der Entgelte aus Erwerbsarbeit zu treffen ist, zeigt sich, dass die Verfassung derartige Entscheidungen nicht vorgibt. Hier besteht ein Primat der Politik. Dem trägt das Bundesverfassungsgericht durch die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers mit Blick auf die Erforderlichkeit gesetzgeberischer Maßnahmen auf dem Gebiet der Sozial-, Arbeitsmarkt- und Wirtschaftspolitik Rechnung.³⁴⁵ Letztendlich ist der Gesetzgeber aufgrund der vielfältigen Folgen, die Niedriglöhne im Sozialversicherungssystem aktuell wie zeitversetzt haben, mit einem großen Handlungsspielraum bei der Auswahl der geeigneten und erforderlichen Mittel ausgestattet.

Als mildere Mittel kommen die Ausweitung des Arbeitnehmerentendegesetzes oder die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen – wie bereits ausgeführt – nicht in Betracht. Ein tarifdispositiver Mindestlohn würde ebenfalls nur einen eingeschränkten Beitrag leisten, wäre also nicht gleich geeignet. Auch soziale Transferleistungen, die der Gesetzgeber durch die Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns gerade überflüssig machen oder doch zumindest einschränken möchte, sind ungeeignet, hier eine Abstützungsfunktion auszuüben.

Mit dieser Maßgabe ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber das Mittel eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns wählt, um die Funktionsfähigkeit des Sozialversicherungssystems abzusichern. Dies gilt insbesondere deshalb, weil der Gesetzgeber zunächst versucht hat, durch ein System abgestufter

342 A.A. *Willemsen/Sagan*, NZA 2008, 1216 (1219).

343 Vgl. hierzu *Waltermann*, NZA 2013, 1041 (1042 f.).

344 Vgl. hierzu auch *Bepler*, FS Richardi (2007) S. 189 (201).

345 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt. IV. 1., S. 57.

und aufeinander abgestimmter gesetzlicher Maßnahmen seine Ziele so schonend wie möglich zu verfolgen. Er versucht, tarifautonome Lösungen zu fördern, indem er die Allgemeinverbindlicherklärung und branchenbezogene Mindestlöhne ausweitet. Dort, wo dies nicht gelingt, besteht ein kleiner werdender Anwendungsbereich für einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn. Insgesamt betrachtet, hatte der Gesetzgeber keine Alternativen, die die von ihm verfolgten Zielen (Verhinderung unangemessener Löhne, Stärkung des sozialversicherungsrechtlichen Systems und Schutzes der Tarifautonomie) in gleicher Weise fördern und dabei milder wirken.

Insgesamt zeigt sich mit Blick auf die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, dass der Beitrag des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns hierzu durchaus signifikant sein kann. Die genauen Effekte sind schwer zu prognostizieren. Immerhin kann sich der Gesetzgeber darauf berufen, dass seine erklärte Absicht, einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn vorzusehen, bereits eine Vorwirkung in bislang tariflich nicht geregelten Branchen hatte.

Darüber hinaus ist auch hier der besonders große Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers zu beachten. Er kann sich gerade aufgrund der bereits eingetretenen Entwicklung durchaus auf den Standpunkt stellen, der allgemeine gesetzliche Mindestlohn sei auch neben den bestehenden Instrumenten erforderlich, um das Tarifvertragssystem zu stabilisieren. Auf die Richtigkeit dieser Annahme kommt es nicht an. Sie ist jedenfalls nicht unvertretbar und angesichts der vom Gesetzgeber angenommenen Wirkungsweise des Gesetzes nachvollziehbar begründet.

Vor diesem Hintergrund begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn der Gesetzgeber einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn für erforderlich hält, um die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer zu kompensieren.

c) Angemessenheit

Schließlich ist die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns zur Verwirklichung der gesetzgeberischen Ziele auch angemessen.

aa) Gewicht der mit dem Gesetz verfolgten rechtfertigenden Ziele

Das vom Gesetzgeber ins Feld geführte Ziel, die Funktionsfähigkeit des Sozialversicherungssystems zu verbessern und zu stabilisieren, wird vom Bundesverfassungsgericht als besonders gewichtig angesehen.³⁴⁶

Im konkreten Fall trägt der gesetzliche Mindestlohn nach den – verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden – Erwartungen des Gesetzgebers dazu bei, das Beitragsaufkommen zu erhöhen, soziale Transferleistungen zu verringern, die Altersversorgung

³⁴⁶ BVerfG 3.4.2001, NZA 2001, 777; BVerfG 12.6.1990, BVerfGE 82, 209 (230); BVerfG 6.10.1987, BVerfGE 77, 84 (107); BVerfG 14.5.1985, BVerfGE 70, 1 (26, 30).

von Beschäftigten im Niedriglohnsektor zu verbessern und die Beitragslasten für die sozialen Sicherungssysteme gerechter zu verteilen. Diese Ziele sind von überragender Bedeutung.³⁴⁷

Auch trägt der gesetzliche Mindestlohn nach den – verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden – Erwartungen des Gesetzgebers zur Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bei. Dieses vom Gesetzgeber ins Feld geführte Ziel hat das Bundesverfassungsgericht stets in besonderer Weise berücksichtigt.³⁴⁸

Legt man die Rechtsprechung des BVerfG in ihrer gegenwärtigen Konzeption zugrunde, so ist auch das weitere Ziel des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns von besonderer Bedeutung, den Lohnkostenwettbewerb zu begrenzen und so die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und Arbeitnehmer zu schützen.³⁴⁹

Das Gleiche gilt für das vom Gesetzgeber mit dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn verfolgte Ziel, die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer zu kompensieren und wenigstens ein Mindestmaß an angemessenen Löhnen zu sichern. Dies gilt insbesondere wegen der vom Gesetzgeber intendierten positiven Folgewirkungen für die Altersversorgung. Vor diesem Hintergrund ist auch die sozialstaatliche Dimension des Mindestlohns zu sehen. Der Gesetzgeber will zumindest in der Tendenz nicht existenzsichernden Löhnen entgegenwirken und langfristig Altersarmut bekämpfen.

bb) Gewicht des betroffenen Rechtsguts

Mit Blick auf die Tarifautonomie ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit der Regelung des Entgelts eines der „Hausgüter der Tarifautonomie“ betroffen und damit der Eingriff gewichtig.³⁵⁰ Ob diese Betrachtungsweise überzeugend ist, ist allerdings fraglich. Es erscheint wenig überzeugend, anzunehmen, die Tarifautonomie schütze in besonderer Weise davor, dass der Staat Mindestentgeltregelungen trifft.³⁵¹ Art. 9 Abs. 3 GG ist kein Grundrecht gegen Arbeitnehmerschutz. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet ein Verfahren zum Zwecke des Arbeitnehmerschutzes. Die abweichende Betrachtungsweise verwechselt die faktische Entwicklung auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in der Nachkriegszeit mit einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Gewährleistung. Ansonsten bleibt darauf hinzuweisen, dass auch das Bundesverfassungsgericht trotz seiner im Grundsatz extensiven Haltung betont hat, dass den Tarifvertragsparteien kein Normsetzungsmonopol zukomme.³⁵² Auch in Ansehung seiner bisherigen Sichtweise des Verhältnisses von tarifautonomer

347 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt IV. 2., S. 62 ff.

348 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (54 f.), m.w.N.

349 Vgl. dazu BVerfG 11.7.2007, NJW 2006, 51 (55).

350 BVerfG 27.4.1999, NJW 1999, 3033 (3034).

351 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt B. I. 2., S. 35 ff.

352 BVerfG 29.12.2004, NZA 2005, 153 (154).

und staatlicher Normsetzung waren sozialstaatlich motivierte Eingriffe in aller Regel zulässig.³⁵³

cc) Gewicht des konkreten Eingriffs

Der konkrete Eingriff³⁵⁴ durch den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn ist aus verschiedenen Gründen überaus milde.

(a) Geringe Reichweite des Mindestlohns

Von zentraler Bedeutung ist, dass mit der Fokussierung auf den Mindestlohn nur ein sehr kleiner Teil denkbarer Regelungsbereiche herausgegriffen worden ist.³⁵⁵ Er betrifft lediglich die untersten Entgeltgruppen und regelt nur eine von vielen denkbaren Arbeitsbedingungen. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn betrifft Tarifverträge mit höheren Entgelten überhaupt nicht. Vielmehr dürfte er diese sogar abstützen.

Es wird auch nur ein Teil der Branchen von ihm erfasst, in denen die Tarifautonomie nur teilweise oder – wegen fehlender Sozialpartner oder Tarifverträge – überhaupt nicht funktionsfähig ist.

Im Übrigen behalten die Tarifvertragsparteien ihren Gestaltungsspielraum für alle sonstigen Arbeitsbedingungen. Es werden also nur in ganz extremen Ausnahmefällen ganze Tarifverträge erfasst werden, nämlich dann, wenn diese ausschließlich das Entgelt betreffen und ausschließlich Niedriglohngruppen vorsehen. In allen übrigen Fällen ergeben sich Effekte nur für die untersten Lohngruppen. Dort allerdings führt der Mindestlohn dazu, dass der Lohnkostenwettbewerb über Tarifverträge begrenzt wird.

(b) Schonende Ausgestaltung des Mindestlohns

Für Tarifverträge, die nach dem AEntG erstreckt worden sind oder erstreckt werden, hat es der Gesetzgeber den Sozialpartnern durch eine Übergangsregelung ermöglicht, den Übergang bis Ende 2016 selbst zu gestalten. Das kann als weitere letzte Chance für die Tarifvertragsparteien gesehen werden, in den vom Gesetzgeber als unangemessen identifizierten Entgeltbereichen selbst für Abhilfe zu sorgen.

Des Weiteren sind die Tarifvertragsparteien bei der Regulierung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns über die Kommission zur Anpassung der Mindestlöhne ab dem 1.1.2017 zumindest mittelbar beteiligt, so dass ihre Vorstellungen nicht unberücksichtigt bleiben. Es wird den Sozialpartnern also Einfluss auf das Mindestlohnniveau verschafft, der durch die konkrete Ausgestaltung der Mindestlohnkommission sichergestellt, dass sie die zukünftige Höhe des Mindestlohns maßgeblich beeinflussen können.

353 BVerfG 27.4.1999, NJW 1999, 3033 (3034).

354 Diese Differenzierung wird übersehen von *Sittard*, NJW 2010, 1160 (1161).

355 Ebenso, wenn auch mit anderem dogmatischen Ansatz (Ausgestaltung) *Engels*, JZ 2008, 490 (494).

Sie sind sowohl durch ihre Spitzenverbände in der Mindestlohnkommission repräsentiert als auch vor Erlass der Rechtsverordnung anzuhören. Durch das Verfahren findet eine Folgenabschätzung statt, die gewährleistet, dass die Interessen der Sozialpartner berücksichtigt werden können.

Soweit die Lösung des alternierenden Vorsitzes kritisch gesehen wird, weil hierdurch streitige Lösungen möglich seien³⁵⁶, wird übersehen, dass die Letztentscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung in der vorgeschlagenen Höhe bei der Bundesregierung liegt (§ 11 Abs. 1 MiLoG).

(c) Weiterer Rückgang des Anwendungsbereichs gegenüber Tarifverträgen nach der Übergangsphase

Ende 2013 lagen lediglich 10 % der tariflichen Vergütungsgruppen unter 8,50 €. Solche Vergütungsgruppen bestanden vor allem in acht Branchen.³⁵⁷ Das zeigt, dass ein Großteil der Wirtschaftszweige von einem etwaigen Mindestlohn von 8,50 € bereits aktuell nicht mehr erfasst werden. Das Problem niedriger tarifvertraglicher Vergütungsgruppen konzentriert sich vor allem auf Ostdeutschland. Während in Westdeutschland nur 6 % der Tarifgruppen unter 8,50 € liegen, sind dies in Ostdeutschland immerhin noch 27 %.³⁵⁸ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass in einem Teil der Branchen, die unter 8,50 € liegen, bereits Anpassungen geplant sind, um die untersten Stundenlöhne schrittweise auf 8,50 € anzuheben. Dies ist etwa im Bereich der Saisonarbeitskräfte in der Landwirtschaft bis Dezember 2017 geplant.³⁵⁹ Angesichts des starken Rückgangs der Vergütungsgruppen mit Stundenentgelten von unter 8,50 € von 16 % auf 10 % von 2010 bis 2013³⁶⁰ ist davon auszugehen, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn, wenn er am 1.1.2017 flächendeckend gilt, nur in einigen wenigen Branchen mit Tarifverträgen Wirkung entfalten wird. In diesen Bereichen kann der Gesetzgeber mit Recht davon ausgehen, dass die Tarifautonomie an einer tiefgreifenden Funktionsstörung leidet, die einen angemessenen autonomen Interessenausgleich nur eingeschränkt erwarten lässt.

(d) Hauptanwendungsgebiet: „Weiße Flecken“ der Tariflandschaft

Darüber hinaus wird der Mindestlohn vor allem Bereiche erfassen, in denen überhaupt keine Tarifverträge gelten. In dieser Konstellation stellt sich die bereits an anderer Stel-

³⁵⁶ *Di Fabio*, Gutachten, S. 49.

³⁵⁷ *Bispinck und WSI-Tarifarchiv*, WSI-Niedriglohnmonitoring 2013, Entwicklung der tariflichen Vergütungsgruppen in 40 Wirtschaftszweigen, 2014.

³⁵⁸ *Bispinck und WSI-Tarifarchiv*, WSI-Niedriglohnmonitoring 2013, Entwicklung der tariflichen Vergütungsgruppen in 40 Wirtschaftszweigen, 2014.

³⁵⁹ Vgl. dazu insgesamt *Bispinck und WSI-Tarifarchiv*, WSI-Niedriglohnmonitoring 2013, Entwicklung der tariflichen Vergütungsgruppen in 40 Wirtschaftszweigen, 2014.

³⁶⁰ *Bispinck und WSI-Tarifarchiv*, WSI-Niedriglohnmonitoring 2013, Entwicklung der tariflichen Vergütungsgruppen in 40 Wirtschaftszweigen, 2014.

le angesprochene Frage, wie sich in solchen Branchen ein gesetzlicher Mindestlohn auf die Tarifautonomie auswirkt.

Teilweise wird davon ausgegangen, ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn würde dazu führen, dass die Tarifvertragsparteien in diesen Sektoren erst recht keine autonome Regulierung mehr vornehmen können. Das wäre zwar erst dann relevant, wenn gezeigt werden könnte, dass sich das Problem ohne allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn beheben lassen würde. Gleichwohl sei dem Argument hier nachgegangen.

Auch hier zeigen die Daten aus den Branchen, in denen bereits seit längerem ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn besteht, dass signifikante Effekte auf die Sozialpartner ausgeblieben sind. In einigen Branchen, insbesondere der Baubranche, dürften eher positive Effekte eingetreten sein. Insgesamt bleibt daher an dieser Stelle nur der Verweis darauf, dass es jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist, wenn der Gesetzgeber nicht von negativen Effekten auf die Sozialpartner ausgeht. Er kann sich dabei nicht nur auf seinen Prognosespielraum berufen, sondern auch auf seine Erfahrungen mit den bisherigen Mindestlohnregelungen.

(e) Ergebnis

Damit kann der Gesetzgeber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgehen, dass die faktischen Auswirkungen des Gesetzes auf die Gestaltungsmöglichkeiten der Sozialpartner eher gering sind.

V. Abwägung und Ergebnis

Wägt man alle Gesichtspunkte ab, ist die Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns in seiner konkreten Ausgestaltung auch in Ansehung des unterstellten Eingriffs in die Koalitionsfreiheit angemessen. Das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns verstößt nicht gegen Art. 9 Abs. 3 GG.

Denn die konkrete Ausgestaltung des Mindestlohns gewährt den Tarifvertragsparteien nicht nur eine schonende Übergangsfrist gemäß § 24 E-MiLoG, sondern beteiligt ihre Repräsentanten auch bei der zukünftigen Festlegung des Mindestlohnes. Der Mindestlohn in Höhe von 8,50 € konkurriert mit dem überwiegenden Teil der Tarifverträge überhaupt nicht und den übrigen Tarifverträgen im Regelfall nur in einem kleinen Teil der Entgeltgruppen. Insofern ist nur eine sehr moderate Eingriffsintensität zu erkennen.

Demgegenüber wiegen die rechtfertigenden Gründe für die Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns schwer. Sowohl der Schutz der Sozialversicherungssysteme, die Sicherstellung angemessener Mindestlöhne als auch die Begrenzung des Lohnkostenwettbewerbs, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu schützen

und Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und zu verhindern, sind überragend wichtige Verfassungsgüter. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen stets einen sehr hohen Stellenwert zugemessen. Im Einzelnen:

1. Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn ergänzt das bestehende System des Arbeitsrechts und setzt in seiner Schutzwirkung an mehreren Stellen an. Er schließt die immer größer werdenden Schutzlücken, die die tarifgestützten Mindestlöhne lassen (müssen). Damit wird auch deutlich, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn weder Widerspruch noch Alternative zum Tarifvertrag oder zu den tarifgestützten Mindestlöhnen und der Allgemeinverbindlicherklärung ist. Er setzt nur dort an, wo die Tarifvertragsparteien aus eigener Kraft nicht mehr in der Lage sind, die Entgelte angemessen zu regulieren.
2. Für die verfassungsrechtliche Bewertung und Rechtfertigung der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns sind die Ziele und Regelungsanliegen des Gesetzgebers von entscheidender Bedeutung. Die aus dem Gesetzentwurf des Tarifautonomiestärkungsgesetzes erkennbaren Ziele sind:
 - a. Stabilisierung des Sozialversicherungssystems.
 - Verbesserung der Altersversorgung für Arbeitnehmer im Niedriglohnsektor. Der Mindestlohn soll die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass bei 45 Versicherungsjahren ein Anspruch aus der gesetzlichen Rentenversicherung entsteht, der oberhalb der Grundsicherung liegt.
 - Sicherung eines auskömmlichen Lohnes auch für Erwerbstätige mit Kleinstrenten.
 - Verbesserung des Beitragsaufkommens der Sozialversicherung.
 - b. Verringerung staatlicher Transferleistungen. Der gesetzliche Mindestlohn soll verhindern, dass der Lohnkostenwettbewerb zwischen den Unternehmen zu Lasten der sozialen Sicherungssysteme geführt wird. Es soll der Fehlentwicklung entgegengewirkt werden, dass nicht existenzsichernde Entgelte durch staatliche Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende aufgestockt werden. Über 1,3 Millionen Beschäftigte erhalten zusätzliche Sozialleistungen, um das Grundsicherungsniveau der Sozialhilfe zu erreichen.
 - c. Schutz der deutschen Wirtschaft (Beispiele: Baubranche, Leiharbeit) im europäischen Wettbewerb.
 - d. Kompensation struktureller Unterlegenheit des Arbeitnehmers.
 - e. Schutz vor unangemessen niedrigen Löhnen durch eine allgemeine Lohnuntergrenze.

3. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist zwar davon auszugehen, dass staatliche Mindestnormsetzung im Arbeitsrecht als „Eingriff“ in die Tarifautonomie zu werten ist. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG ist aber kein Grundrecht gegen Arbeitnehmerschutz. Auch nach der Erkenntnis des BVerfG verleiht Art. 9 Abs. 3 GG den Tarifvertragsparteien in dem für tarifvertragliche Regelungen zugänglichen Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol. Der Gesetzgeber bleibt weiterhin befugt, das Arbeitsrecht zu regeln (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Damit verbundene Beeinträchtigungen der Tarifautonomie sind verfassungsgemäß, wenn der Gesetzgeber mit ihnen den Schutz der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Belange bezweckt und wenn sie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.³⁶¹
4. Das BVerfG hat bereits eine Vielzahl von Rechtfertigungsgründen für Eingriffe in die Tarifautonomie geprüft. So wurden die staatlichen Schutzpflichten für die Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG, die Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit, die finanzielle Stabilität des Systems der sozialen Sicherung sowie der Erhalt der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als wichtige Güter anerkannt. Auf alle diese Rechtfertigungsgründe kann sich der Gesetzgeber auch bei der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes stützen.
5. Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber bei der Umsetzung seiner legitimen Ziele einen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum ein. Das gilt besonders auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung. Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Gebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will. Dabei betont das BVerfG sehr deutlich das Primat der politischen Entscheidung und nimmt seine Kontrolldichte weit zurück. Insofern geht es unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts nicht darum, gesetzgeberische Maßnahmen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, sondern nur darum, willkürliche und nicht vertretbare Annahmen zu kassieren.
6. Der präsumtive Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG durch staatliche Mindestlohnsetzung ist durch legitime Ziele gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat dafür ein geeignetes, erforderliches und verhältnismäßiges Mittel gewählt.
7. Das BVerfG differenziert den Schutz, den Art. 9 Abs. 3 GG gewährt, nach der Intensität des Eingriffs. Je stärker der Eingriff, umso gewichtiger müssen die Rechtfertigungsgründe sein.
8. Das Tarifautonomiestärkungsgesetz mit dem integrierten E-MiLoG stellt einen äußerst schonenden, die Tarifautonomie eher fördernden denn belastenden „Eingriff“ in die Tarifautonomie dar.

³⁶¹ BVerfG 24.4.1996, NZA 1996, 1157.

9. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn trifft primär die Bereiche, in denen die Tarifautonomie gestört ist. Insofern ist nach den konkreten Auswirkungen zu fragen. Überdies begrenzt ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn den Wettbewerbsvorteil von Außenseitern gegenüber tarifgebundenen Arbeitgebern. Die Begrenzung des Lohnkostenwettbewerbs trägt dazu bei, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu sichern.
10. Unzweifelhaft stärkt das gesetzgeberische Gesamtkonzept des Tarifautonomiestärkungsgesetzes die Tarifautonomie, indem es die Möglichkeiten der Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) und des AEntG durch erleichterte Erstreckung erweitert. Der allgemeine Mindestlohn wirkt demgegenüber nur subsidiär.
11. Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des BVerfG ist ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn auch in Ansehung des Zieles, durch die Begrenzung von Lohnkostenwettbewerb Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und so die Arbeitnehmer zu schützen, angemessen. Den sehr begrenzten Auswirkungen auf die Tarifautonomie steht gegenüber, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn auch den Lohnkostenwettbewerb durch ausländische Arbeitgeber im Inland einschränkt.
12. Der allgemeine Mindestlohn kompensiert die strukturelle Schwäche der Arbeitnehmer, die ohne kollektive Interessenvertretung sind. Der Befund, dass über 4 Millionen Menschen ein Entgelt nicht erreichen, das ein Auskommen ohne soziale Transferleistungen sichert, legitimiert den Gesetzgeber in höchstem Maße, diesem Zustand entgegenzuwirken.
13. Auch insoweit ist daher davon auszugehen, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn ein angemessenes Mittel ist, um die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers bei Abschluss des Arbeitsvertrages zu kompensieren. Dabei kann der Gesetzgeber auch berücksichtigen, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn in gewissem Umfang zur Geschlechtergerechtigkeit beiträgt, weil in der Gruppe der Beschäftigten, die mit einem Mindestlohn von unter 8,50 € auskommen müssen, der Anteil der weiblichen Beschäftigten deutlich überwiegt.³⁶²
14. Das gesetzgeberische Ziel, unangemessene Löhne zu verhindern und einen Mindestschutz für die Arbeitnehmer zu gewährleisten, wiegt schwer. In Ansehung des Sozialstaatsprinzips kann der Gesetzgeber einen Mindestlohn anstreben, der nicht nur auskömmliche Löhne, sondern auch eine auskömmliche Altersversorgung ohne Sozialtransfer erreicht. Angesichts der engen Verzahnung mit den sozialversicherungsrechtlichen Zielen des Gesetzgebers hat damit die Verhinderung unangemessener Löhne ein erhebliches Gewicht. Dies zeigt sich wiederum daran, dass selbst nach konservativster Schätzung mehrere Millionen Menschen vom Mindestlohn werden profitieren können. Demgegenüber steht eine eher geringe Betroffenheit der Tarifvertragsparteien. Mit Blick auf dieses Ziel ist die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns daher mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar.

362 Kalina/Weinkopf, IAQ-Report 2/2014, S. 6.

C. Vereinbarkeit eines gesetzlichen Mindestlohnes mit Art. 12 Abs. 1 GG

Für die Prüfung, ob ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn unter dem Gesichtspunkt der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht³⁶³ verfassungsgemäß ist, kann weitgehend auf die Ausführungen zu Art. 9 Abs. 3 GG verwiesen werden.

I. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG

Traditionell wird der Schutz der Vertragsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG verortet.³⁶⁴ Mit Blick auf die Arbeitgeber wurde indes kontrovers diskutiert, ob nicht für die Arbeitsvertragsfreiheit Art. 12 Abs. 1 GG das speziellere Grundrecht sei.³⁶⁵ Die Rechtsprechung war zunächst uneinheitlich. Es wurde sowohl Art. 12 Abs. 1 GG als auch Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen.³⁶⁶ Mittlerweile hat das Bundesverfassungsgericht die Arbeitsvertragsfreiheit mehrfach in Art. 12 Abs. 1 GG angesiedelt, so dass davon auszugehen ist, dass dieser Artikel einschlägig ist.³⁶⁷ In der maßgeblichen jüngeren Rechtsprechung heißt es:

„Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet den Arbeitgebern das Recht, die Arbeitsbedingungen mit ihren Arbeitnehmern im Rahmen der Gesetze frei auszuhandeln (vgl. BVerfGE 77, 84 <114>; 77, 308 <332>; 116, 202 <221>).“³⁶⁸

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage der persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung. Das Grundrecht umschließt auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen verbindlich auszuhandeln (vgl. BVerfGE 101, 331 <347>; 117, 163 <181> m.w.N.). Vergütungsregeln und hierauf gründende Entscheidungen, die auf die Einnahmen, welche durch eine berufliche Tätigkeit erzielt werden können, und damit auch auf die Existenzhaltung von nicht unerheblichem Einfluss sind, beschränken die Freiheit der Berufsausübung (vgl. BVerfGE 101, 331 <347>). Auf den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG kann sich die Beschwerdeführerin als juristische Person gemäß Art. 19 Abs. 3 GG berufen (vgl. BVerfGE 106, 275 <298> m.w.N.; stRspr).

³⁶³ Vgl. hierzu sogleich.

³⁶⁴ BVerfG vom 19.10.1983, BVerfGE 65, 196 (210); BVerfG vom 14.1.1987, BVerfGE 74, 129 (151 f.).

³⁶⁵ Für Art. 12 I GG: *Papier*, RdA 1989, 137 (138); *Badura*, RdA 1999, 8 (10); *Scholz* in: Maunz/Dürig, Art. 12 Rn. 35.

³⁶⁶ Für Art. 12 I GG: BVerfG vom 7.2.1990, BVerfGE 81, 242 (255); Für Art. 2 I GG: BVerfG vom 19.5.1992, BVerfGE 86, 122 (130).

³⁶⁷ BVerfG vom 31.10.1984, BVerfGE 68, 193 (223 f.); BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (54); BVerfG 1.12.2010, NZA 2011, 60.

³⁶⁸ BVerfG 1.12.2010, NZA 2011, 60.

Die Vertragsfreiheit wird zwar auch durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG geschützt (vgl. BVerfGE 65, 196 <210>; 74, 129 <151 f.>). Betrifft eine gesetzliche Regelung jedoch die Vertragsfreiheit – wie hier – gerade im Bereich beruflicher Betätigung, die ihren speziellen Schutz in Art. 12 Abs. 1 GG gefunden hat, tritt die allgemeine Handlungsfreiheit als Prüfungsmaßstab zurück (vgl. BVerfGE 68, 193 <223 f.>; 77, 84 <118>; 95, 173 <188>; 116, 202 <221>).“³⁶⁹

II. Eingriff oder Ausgestaltung?

Da das Bundesverfassungsgericht mittlerweile die Rechtfertigungstatbestände im Bereich des Arbeitsrechts zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 9 Abs. 3 GG weitgehend parallelisiert hat, soweit es um die Gestaltung des Inhalts von Arbeitsverhältnissen geht, erscheint eine eingriffsdogmatische Aufarbeitung weitgehend überflüssig.³⁷⁰

Das Bundesverfassungsgericht hat angenommen, dass ebenso wie bei der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG bei einer staatlichen Einflussnahme auf den Inhalt von Arbeitsverträgen ein wichtiger Gewährleistungsgehalt der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit betroffen ist.³⁷¹ So sei die Freiheit, den Inhalt der Vergütungsvereinbarungen mit Arbeitnehmern und Subunternehmern frei aushandeln zu können, ein wesentlicher Bestandteil der Berufsausübung. Diese Vertragsbedingungen bestimmten in besonderem Maße den wirtschaftlichen Erfolg der Unternehmen und seien damit für die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte, der Schaffung und Aufrechterhaltung einer als Lebensgrundlage dienenden Tätigkeit kennzeichnend.³⁷²

Allerdings sind die Gründe, die der Gesetzgeber zur Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG anführen kann, qualitativ die gleichen wie bei Art. 9 Abs. 3 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat auch in soweit dem Gesetzgeber einen weiten Einschätzungs- und Prognosevorrang zugebilligt und dabei ausdrücklich auch auf Entscheidungen Bezug genommen, die Art. 9 Abs. 3 GG zum Gegenstand haben.³⁷³

³⁶⁹ BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 f.

³⁷⁰ Zur Frage, ob der Gesetzgeber zu einer Differenzierung nach Branchen oder Personen verpflichtet oder berechtigt ist vgl. unten 3. Abschnitt D. I. 1., S. 132 ff.

³⁷¹ BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (54).

³⁷² BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (54).

³⁷³ BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (54) unter Bezugnahme auf etwa BVerfG 3.4.2001, NZA 2001, 777.

III. Ausgestaltung der Vertragsfreiheit durch den Mindestlohn

Die aktuelle Rechtsprechung zeigt, dass der von Engels bereits 2008 verfolgte ausgestaltungsdogmatische Ansatz mit Blick auf Mindestlöhne³⁷⁴ nunmehr zumindest im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG auch der Rechtsprechung des BVerfG entsprechen dürfte. Dazu das BVerfG:

„Der Gesetzgeber darf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen einzelvertraglich zu vereinbaren, jedoch durch zwingendes Gesetzesrecht begrenzen, um sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken (vgl. BVerfGE 81, 242 <255>). Wie auch bei sonstigen privatrechtlichen Regelungen, die der freien Vertragsgestaltung Grenzen setzen, geht es bei privatrechtlichen Preisregelungen um den Ausgleich widerstreitender Interessen (vgl. BVerfGE 97, 169 <176>). Insoweit handelt es sich nicht um einseitige Eingriffe des Staates in die Freiheitsausübung Privater, sondern um einen Ausgleich, bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und – unter Berücksichtigung des sozialstaatlichen Auftrags – nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden (vgl. BVerfGE 89, 214 <232>; 97, 169 <176>; 129, 78 <101 f.>).“³⁷⁵

1. Kontrollmaßstab

Danach ergibt sich für den Kontrollmaßstab, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägung nicht allein aus der Perspektive eines einzelnen Grundrechts vorgenommen werden darf, sondern sich auf den Ausgleich zwischen gleichberechtigten Grundrechtsträgern zu beziehen hat.³⁷⁶

Dieser auf den ersten Blick strenge Kontrollmaßstab ist nicht selbstverständlich, weil im Schrifttum durchaus verbreitet angenommen wird, die Grundrechtsausgestaltung dürfe nicht am Übermaßverbot gemessen werden.³⁷⁷ In seiner aktuellen Rechtsprechung prüft das Bundesverfassungsgericht die Ausgestaltung allerdings am klassischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und prüft Regelungsbedürftigkeit³⁷⁸, Geeignetheit³⁷⁹, Erforderlichkeit³⁸⁰ und Angemessenheit³⁸¹.

374 JZ 2008, 490 (495 f.).

375 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47); a.A. Sittard, NJW 2010, 1160 (1162): hoch intensiver Eingriff.

376 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47).

377 Engels, JZ 2008, 490 (493); Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), S. 407; a.A. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte (1998), S. 62.

378 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47) Rz. 74 ff.

379 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47) Rz. 78 ff.

380 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47) Rz. 80 ff.

381 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47) Rz. 81.

Für die Frage, inwieweit sich der Gesetzgeber an validen Prognosen und Folgeabschätzungen messen lassen müsste³⁸², entschied das BVerfG in seinem Urteil vom 23.10.2013:³⁸³

„Für die Herstellung eines solchen Ausgleichs verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum (vgl. BVerfGE 97, 169 <176>; 129, 78 <101>). Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt in seiner politischen Verantwortung, ebenso die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung. Dasselbe gilt für die Bewertung der Interessenlage, das heißt die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange und die Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit (vgl. BVerfGE 81, 242 <255>; 97, 169 <176 f.>). Der Gesetzgeber ist nicht daran gehindert, jenseits allgemein-zivilrechtlicher Generalklauseln spezielle Schutzmechanismen einzuführen, auch wenn er hierzu nicht aufgrund des Eingreifens grundrechtlicher Schutzpflichten angehalten sein mag. Insbesondere kann er durch spezielle Schutzvorschriften zugunsten des typischerweise unterlegenen Vertragsteils einen stärkeren Schutz vorsehen, als ihn die Gerichte durch Anwendung der bestehenden Generalklauseln im konkreten Fall gewähren könnten. Eine Grundrechtsverletzung kann in einer solchen Lage nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann (vgl. BVerfGE 97, 169 <176 f.>).“³⁸⁴

Dieser Kontrollmaßstab lässt nur Raum, um evidente Missgriffe zu beanstanden. Auch im weiteren Verlauf der zitierten Entscheidung werden erneut deutlich die Handlungsspielräume des Gesetzgebers betont. Der Gesetzgeber könne sich bei der Beurteilung der Notwendigkeit von Regelungen insbesondere auch darauf stützen, dass die von ihm getroffenen Regelungen „sozialen und wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenwirken“.³⁸⁵ Hierdurch verwirklichen Normen die „objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.“³⁸⁶

382 So *Di Fabio*, Gutachten, S. 51.

383 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47, 48).

384 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47).

385 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47).

386 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47).

2. Der gesetzliche Mindestlohn als zulässige Ausgestaltung der Vertragsfreiheit

Der Prüfung bedürfen mithin die Fragen der Regelungsbedürftigkeit und Verhältnismäßigkeit der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns.

a) Regelungsbedürftigkeit

Die Einschätzung, es bestehe eine Regelungsbedürftigkeit für ein Mindestentgelt in der Vertragsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, müsste zunächst verfassungskonform getroffen worden sein. Der Gesetzgeber muss also den Interessenkonflikt, auf den er mit einer Norm einwirkt, berechtigterweise für regelungsbedürftig halten. Der Gesetzgeber kann auch an soziale und wirtschaftliche Ungleichgewichtslagen anknüpfen, um diese Entscheidung zu treffen. Es wurde ausdrücklich festgehalten, dass der Gesetzgeber sich auf vorhandenes Datenmaterial und Studien stützen kann und nicht eigenständige rechtstatsächliche Untersuchungen vornehmen muss, um die Regelungsbedürftigkeit aufzuklären.

Das gesamte Arbeitsrecht basiert auf der Einsicht, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber bei Abschluss und Vollzug des Arbeitsverhältnisses strukturell unterlegen ist.³⁸⁷ Insofern hat der Gesetzgeber schon auf abstrakter Ebene allen Anlass, von einer Regelungsbedürftigkeit auszugehen. Er hat aber auch dem Gesetzesvorhaben – angesichts der von ihm herangezogenen Erkenntnisse – die berechtigte Annahme zugrunde gelegt, dass die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer in bestimmten Wirtschaftssektoren dazu führt, dass diese zu unangemessenen Entgelten beschäftigt werden. Dabei konnte er angesichts der partiellen Funktionsfähigkeit und aufgrund der von ihm beobachteten Entgeltstrukturen nicht davon ausgehen, dass die Sozialpartner das Problem lösen können. Insofern hat er auch und gerade unter Berücksichtigung der rechtstatsächlichen Erkenntnisse allen Anlass gehabt, von einer Regelungsbedürftigkeit auszugehen.³⁸⁸

b) Geeignetheit

Der Gesetzgeber muss mit dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn auch ein geeignetes Mittel gewählt haben, um den von ihm erstrebten Interessenausgleich zu erreichen.³⁸⁹ Wenig überraschend greift das BVerfG mit Blick auf sozialstaatlich motivierte Entgeltregelungen auf Kontrollmaßstäbe zurück, die aus dem oben dargestellten Prüfprogramm für die Rechtfertigung von Eingriffen in die Tarifautonomie bereits bekannt sind:

³⁸⁷ Vgl. dazu oben 3. Abschnitt A. I.

³⁸⁸ Vgl. hierzu auch oben 1. Abschnitt B.

³⁸⁹ BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (48).

„Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt. Auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung verfügt der Gesetzgeber über einen besonders weitgehenden Einschätzungs- und Prognosespielraum (vgl. BVerfGE 63, 88 [115]; BVerfGE 67, 157 [175]; BVerfGE 96, 10 [23]; BVerfGE 103, 293 [307]). Zu diesem Gebiet zählt das Urhebervertragsrecht jedenfalls insoweit, als die Regelung – wie hier – in Bereichen Anwendung finden soll, die teilweise von arbeitnehmerähnlichen Abhängigkeitsverhältnissen und strukturellen Disparitäten der Vertragspartner geprägt sind (vgl. BVerfGE 129, 78 [102]).“³⁹⁰

Dass diese Erwägungen ohne Weiteres auf arbeitsrechtliche Beziehungen übertragbar sind, ergibt sich insbesondere aus dem letzten Satz der zitierten Passage. Hier stellt das BVerfG den Bezug zum Arbeitsrecht ausdrücklich her.

aa) Kompensation struktureller Unterlegenheit

Dass ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn geeignet ist, die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers teilweise zu kompensieren, soweit es um die Entgelte im Niedriglohnbereich geht, muss nicht weiter vertieft werden. Der Gesetzgeber verfolgt mit dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn dieses Ziel.³⁹¹

bb) Verringerung von Lohnkostenwettbewerb

Der Gesetzgeber kann sich aber auch auf ein wirtschaftspolitisches Ziel berufen. Der Gesetzgeber will den Lohnkostenwettbewerb nicht nur aus vielfältigen sozialpolitischen Erwägungen begrenzen, er erhofft sich auch einen wirtschaftspolitischen Reflex eines Mindestlohns. Durch den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn wird eine Untergrenze für den Wettbewerb über die Lohnkosten gesetzt. Dies soll dazu führen, dass Unternehmen den Wettbewerb nunmehr in stärkerem Umfang über die Qualität der Produkte, den effizienten Einsatz ihrer Ressourcen und das unternehmerische Geschick führen. Nach der Erwartung des Gesetzgebers soll dies die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft fördern, weil Unternehmen, die den Wettbewerb alleine über die Lohnkosten führen, die Möglichkeit genommen wird, auf Kosten der Allgemeinheit Konkurrenten im Wettbewerb auszustechen, die wettbewerbsfähiger sind. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers fördert er damit einen Wettbewerb über die Qualität von Produkten und Dienstleistungen.³⁹² Gleichzeitig werden die Unternehmen gestärkt, die auch bislang Entgelte zahlen, die keine sozialen Transferleistungen erforderlich machen.³⁹³ Damit erkennt der Gesetzgeber den Beitrag dieser Unternehmen zur

³⁹⁰ BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (48).

³⁹¹ Vgl. dazu oben 3. Abschnitt A. III.

³⁹² Begründung des Gesetzentwurfs zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

³⁹³ Begründung des Gesetzentwurfs zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

Stabilität des Sozialversicherungssystems, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bevölkerung und der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft insgesamt an.³⁹⁴

Ob diese Beurteilung sachlich richtig ist, ist für die verfassungsrechtliche Bewertung des Gesetzgebungsvorhabens nicht von Bedeutung. Sie ist vielmehr unter dem Blickwinkel des weiten Einschätzungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers³⁹⁵ zu sehen. Die Einschätzung ist jedenfalls nicht offensichtlich fehlsam. Dies gilt wiederum nach den Erfahrungen, die der Gesetzgeber mit den bestehenden Mindestlöhnen nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz bereits gemacht hat.³⁹⁶

Indem der Lohnkostenwettbewerb bekämpft wird, sollen außerdem in Deutschland ansässige Unternehmen geschützt werden, die mit Unternehmen aus dem Ausland konkurrieren. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn ist auch für Arbeitnehmer verbindlich, die von ausländischen Unternehmen nach Deutschland entsandt werden. Dadurch können diese ihren Lohnkostenvorteil gegenüber deutschen Unternehmen unterhalb des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns nicht mehr ausspielen. Auch hier kann der Gesetzgeber hinsichtlich der Geeignetheit darauf verweisen, dass er von der Leiharbeitsbranche, die sich zunächst gegen Mindestlöhne gewehrt hatte, Anfang 2011 unter Druck gesetzt wurde, einen Mindestlohn einzuführen, um die Branche vor ausländischer Konkurrenz zu schützen.³⁹⁷

Der Gesetzgeber schließt damit auch eine Schutzlücke, die das Arbeitnehmerentsendegesetz insoweit bislang hinterlassen hatte. Denn sofern sich die Tarifvertragsparteien in einer Branche nicht auf einen tarifgestützten Mindestlohn einigen konnten, kann eine Rechtsverordnung nach dem AEntG nicht erlassen werden. Dann aber fehlt es an einem Mindestschutz. Dafür bietet der allgemeine gesetzliche Mindestlohn eine Auffanglinie.

c) Erforderlichkeit

Des Weiteren sind auch keine gleich wirksamen mildereren Mittel ersichtlich. Zu berücksichtigen ist auch hier der weite Beurteilungs- und Prognosespielraums des Gesetzgebers.³⁹⁸

Wie bereits ausgeführt, kann der Gesetzgeber seine Ziele durch eine Fortsetzung der sozialen Transferleistungen nicht erreichen.³⁹⁹

Im Übrigen greift der allgemeine gesetzliche Mindestlohn nur auf einer untersten Schwelle der Entgelte und lässt den Arbeitgebern jenseits dessen Spielraum. Darü-

394 Begründung des Gesetzentwurfs zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 32.

395 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47).

396 Begründung des Gesetzentwurfs zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 33.

397 Vgl. dazu oben 2. Abschnitt C. III., S. 16 ff.

398 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (47).

399 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt B. IV. 3. b) aa) (d), S. 93.

ber hinaus gelten die bereits bei Art. 9 Abs. 3 GG getroffenen Feststellungen entsprechend.⁴⁰⁰ Es ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber zur Verwirklichung des von ihm angestrebten Interessenausgleichs zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn für erforderlich gehalten hat.

d) Angemessenheit des vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenausgleichs

Zur Beurteilung der Angemessenheit des vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenausgleichs ist wiederum das Gewicht der vom Gesetzgeber geschützten Interessen gegen die durch die Regelung betroffenen Interessen abzuwägen.⁴⁰¹

aa) Gewicht der Gründe für die getroffene Regelung

Wie bereits ausgeführt wurde, haben die Rechtfertigungsgründe deswegen besonderes Gewicht, weil sie eng mit dem Sozialstaatsprinzip verknüpft sind und die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmer kompensieren. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass jeder Arbeitnehmer ein Arbeitsentgelt zur Verfügung haben soll, welches einer alleinstehenden Vollzeitkraft zumindest ein Einkommen oberhalb der Pfändungsfreigrenzen zusichert.⁴⁰² Damit soll der allgemeine gesetzliche Mindestlohn nicht nur die Beschäftigung zu unangemessenen Löhnen verhindern. Er soll auch langfristig zu einer besseren Altersversorgung der betroffenen Arbeitnehmer beitragen.⁴⁰³

Höhere Einkommen verbessern unmittelbar und mittelbar die Leistungsfähigkeit der Sozialversicherung und verringern soziale Transferleistungen.⁴⁰⁴

Schließlich kann sich der Gesetzgeber auf die von ihm intendierten positiven Folgen für die Wettbewerbssituation von Unternehmen berufen, die angemessene Löhne zahlen.⁴⁰⁵

bb) Gewicht der betroffenen Interessen

Allerdings führt der gesetzliche Mindestlohn dazu, dass die Arbeitgeber ein Mindeststundenentgelt an ihre Arbeitnehmer entrichten müssen. Dies beeinträchtigt *„einen wichtigen Gewährleistungsgehalt der durch Art. 12 I GG geschützten Berufsfreiheit. Die Freiheit, den Inhalt der Vergütungsvereinbarungen mit Arbeitnehmern und Subunternehmern frei aushandeln zu können, ist ein wesentlicher Bestandteil der Berufsausübung, weil diese Vertragsbedingungen in besonderem Maße den wirtschaftlichen*

400 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt B. IV. 3. c) cc) (a), S. 98 ff.

401 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (48).

402 Begründung des Gesetzentwurfs zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 30.

403 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt A. III., S. 28 ff.; 3. Abschnitt B IV. 2. a), S. 62 ff.

404 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt A. III., S. 28 ff.; 3. Abschnitt B IV. 2. a), S. 62 ff.

405 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt B IV. 2. c)), S. 67 ff.

*Erfolg der Unternehmen bestimmen und damit für die durch Art. 12 I GG geschützte, der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit kennzeichnend sind.*⁴⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht ist also auch in der zitierten Tariftreueentscheidung von einem durchaus wichtigen betroffenen Interesse ausgegangen. Die Regelungsgegenstände sind also vergleichbar.

Konkret ist die Betroffenheit allerdings begrenzt. Zunächst wird lediglich eine Untergrenze für Arbeitsentgelte gezogen. Diese geht auch nicht über das hinaus, was der Gesetzgeber in vertretbarer Weise für erforderlich halten durfte, um seine Ziele zu erreichen. Die Unternehmer in einem Marktsegment werden durch das Gesetz auch relativ gleichförmig getroffen, so dass nicht die Wettbewerbsbedingungen nur eines Unternehmens, sondern insgesamt verändert werden. Der Anpassungsprozess verläuft also bei typisierender Betrachtungsweise ohne relative Wettbewerbsnachteile.

Dabei ist zu beachten, dass die Arbeitgeber, je nachdem wie groß der Anteil der niedrigentlohnenden Arbeitnehmer ist, eine stärkere oder überhaupt keine Wirkung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns spüren werden. Schließlich ermöglicht die Übergangsregelung des § 24 E-MiLoG den Niedriglohnbranchen einen schonenden Übergang auf das Niveau des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns.

cc) Abwägung

Für die Regulierung von Entgeltregelungen hat das Bundesverfassungsgericht unlängst festgehalten, welche Gesichtspunkte für die Zulässigkeit einer gesetzlichen Regulierung des Entgelts sprechen können.⁴⁰⁷

Für die Zulässigkeit spricht es, wenn⁴⁰⁸

1. den Vertragsparteien nicht jeglicher Verhandlungsspielraum genommen wird, sondern lediglich ausgeschlossen ist, dass die Verhandlungsstärke durch die Vereinbarung einer unangemessen niedrigen Vergütung ausgenutzt wird,
2. es sich nicht um eine allgemeine Beschränkung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsleben handelt, sondern um eine Ausnahmeregelung für einen Bereich, in dem der Gesetzgeber von einem typischerweise bestehenden Verhandlungsungleichgewicht zwischen den Parteien ausgehen darf und
3. die Festsetzung des Entgelts ausreichend Spielraum für die Interessen der Beteiligten lässt.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ergibt eine Gesamtbetrachtung der durch den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn tangierten Interessen, dass die Beein-

406 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (55).

407 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (49).

408 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (49).

trächtigung der Arbeitgeber nicht außer Verhältnis zu dem Interesse der Arbeitnehmer an zumutbaren Arbeitsbedingungen und einer langfristig existenzsichernden Vergütung steht. Dies gilt umso mehr angesichts der sozialversicherungsrechtlichen Folgen.

Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn lässt im Übrigen auch die Vereinbarung des Entgelts im Arbeitsverhältnis weitestgehend in den Händen der Arbeitsvertrags- und der Tarifvertragsparteien und greift nur als letztes Mittel ein, wenn alle anderen Mechanismen des Mindestschutzes versagen.

Durch die regelmäßige Überprüfung des Mindestlohns und das Kommissionsmodell ist auch hinreichend Gewähr dafür geboten, dass der Mindestlohn auch künftig unter Berücksichtigung der Interessen der Arbeitgeberseite angepasst wird. Die wirtschaftlichen Folgen muss die Kommission mitberücksichtigen. Insofern gewährt auch das weitere Verfahren den Arbeitgebern ein gewisses Maß an Schutz und Berücksichtigung ihrer Interessen.

Die Festlegung der konkreten Höhe von 8,50 € ist ebenso wenig zu beanstanden, weil der Gesetzgeber bei der Festlegung der konkreten Höhe einen besonders weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum hat, den er durch den Rückgriff auf die Pfändungsfreigrenze als grobe Orientierung jedenfalls sachlich fundiert hat. Mehr muss er aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht leisten. Wichtiger ist demgegenüber, dass die weitere wirtschaftliche und soziale Entwicklung berücksichtigt wird, wenn der Mindestlohn zukünftig angepasst wird. Außerdem muss der Gesetzgeber die Daten, auf die er zum Zeitpunkt, zu dem er das Gesetz erlassen hat, nicht zugreifen konnte, zugänglich machen, sobald sie vorhanden sind.

Bei einer Gesamtbetrachtung ist damit die Entscheidung des Gesetzgebers, es sei auch angemessen, einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn einzuführen, nicht zu beanstanden.

d) Ergebnis

Damit stellt der allgemeine gesetzliche Mindestlohn nach den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht zuletzt in seiner Entscheidung zur Vergütungsanpassung im Urheberrecht für gesetzliche Regelungen des Entgelts aufgestellt hat, eine verfassungskonforme Ausgestaltung der Vertragsfreiheit dar.

3. Kein Gebot einer Differenzierung nach Branche oder in der Höhe

a) Unterschiedliche Eingriffsintensität in verschiedenen Wirtschaftszweigen?

Während bei Art. 9 Abs. 3 GG die Sozialpartner in unterschiedlicher Weise getroffen werden, je nachdem, ob die von ihnen vereinbarten Tarifentgelte in geringerem oder

größerem Umfang hinter dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn von 8,50 € zurückbleiben, gilt dasselbe für die Arbeitgeber, je nachdem, ob sie in geringerem oder größerem Umfang Löhne unter 8,50 € zahlen.

Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass das Regelungsinteresse des Gesetzgebers gleichermaßen zunimmt, je mehr Arbeitsverhältnisse in einer Branche unter 8,50 € zurückbleiben. Denn hier wiegen die von ihm verfolgten arbeitsmarkt-, sozial und wirtschaftspolitisch verfolgten Ziele besonders schwer.

b) Befugnis zur pauschalierenden Festsetzung für alle Branchen

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn in Ansehung der verschiedenen Branchen pauschal festlegen durfte. Diese Frage zielt auf den Einschätzungs- und Ermessensspielraum des Gesetzgebers. Denn hier geht es um die Einordnung der Folgen des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns, die eine Prognoseentscheidung voraussetzt.

aa) Befugnis zur Typisierung

Grundsätzlich ist der Gesetzgeber – insbesondere auch, wenn er gesetzliche Regelungen zur Vergütung schafft⁴⁰⁹ – befugt, eine generalisierende Betrachtungsweise zu Grunde zu legen, die nicht jeden Einzelfall berücksichtigt.⁴¹⁰

Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn als unterstes Niveau soll nach der verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Einschätzung des Gesetzgebers dafür sorgen, dass spätestens nach Ablauf des Übergangszeitraums keine Entgelte mehr gezahlt werden sollen, die unter 8,50 € in der Stunde liegen. Diese Bewertung des Gesetzgebers lässt sich in zwei Komponenten teilen.

bb) Keine Unterschreitung für die einzelnen Branchen

Zunächst geht es um die Entscheidung, für keine Branche eine Unterschreitung zuzulassen. Diese Entscheidung des Gesetzgebers basiert auf seinem Konzept und der Begründung für den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn, die in erster Linie bei der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Arbeitnehmer und der Sozialversicherung ansetzen. Die Bewertung des Gesetzgebers, dazu sei eine einheitliche Untergrenze notwendig, ist wegen des weiten Gestaltungsspielraums in diesem Bereich nicht zu beanstanden.

Angesichts der Erfahrungen anderer Staaten mit allgemeinen gesetzlichen Mindestlöhnen in durchaus sehr unterschiedlicher Höhe durfte der Gesetzgeber auch davon ausgehen, dass eine Differenzierung nach Branchen über das von ihm gewählte ge-

409 BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 46 (49).

410 BVerfG 31.10.1984, NJW 1985, 1385 (1388).

stufte Modell (AVE, AEntG und allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn) hinaus nicht erforderlich ist und auch die betroffenen Unternehmen nicht unverhältnismäßig belastet. Dabei durfte er auch berücksichtigen, dass das von ihm gewählte Modell eine Übergangsphase beinhaltet und anschließend ein Anpassungsmechanismus besteht, der eine Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Arbeitgeber ermöglicht.

cc) Keine Differenzierung bei der Mindesthöhe ab 2017

Die zweite Entscheidung des Gesetzgebers betrifft die konkrete Höhe. Erst aus dieser ergibt sich die unterschiedlich intensive Betroffenheit einzelner Branchen oder Wirtschaftszweige. Der Gesetzgeber hat bei der Festlegung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns einen ersten Ausgangswert bei 8,50 € festgelegt. Dieser greift allerdings in einigen Branchen nach Maßgabe des § 24 E-MiLoG erst ab 2017, damit diese eine Übergangsphase eigenständig organisieren können. Wo dies nicht möglich ist oder nicht gelingt, lässt der Gesetzgeber den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn ab 1.1.2015 eingreifen.

Auch diese wirtschaftspolitische Entscheidung ist von dem besonders weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers gedeckt. Bei jeder Festlegung, gleichgültig in welcher Höhe, muss der Gesetzgeber verschiedene Parameter berücksichtigen und abwägen. Dabei gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG Folgendes:

„Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer wirtschaftsordnenden gesetzlichen Regelung im Bereich der Berufsausübung ist nicht die Interessenlage eines Einzelnen maßgebend; vielmehr ist eine generalisierende Betrachtungsweise geboten, die auf den betreffenden Wirtschaftszweig insgesamt abstellt (vgl. BVerfGE 30, 292 (316 f.)).“⁴¹¹

Der Gesetzgeber hat im vorliegenden Fall allerdings als Bezugsrahmen die gesamte Wirtschaft gewählt, wozu er befugt ist⁴¹², und eine Generalisierung bei der Höhe vorgenommen, die sich auf die gesamte Bundesrepublik erstreckt.

Dabei hat er sich bei der Festlegung der Höhe zunächst an den von ihm verfolgten sozialpolitischen Zielen orientiert. Dass der Gesetzgeber allerdings davon ausgegangen wäre, er würde einzelne Branchen in unzumutbarer Weise treffen, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist es nachvollziehbar, dass diejenigen Branchen, die bisher von durch Sozialtransfers subventionierter Arbeit profitiert haben, besonders getroffen werden. Dies ist aber kein unverhältnismäßiger Effekt, sondern legitimes Ziel des Gesetzes. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung eines Mindestlohns von 8,50 € willkürlich die wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Unternehmen verletzt hätte. Er muss auch bei einer pauschalierenden und typisierenden Festlegung

411 BVerfG 31.10.1984, NJW 1985, 1385 (1388).

412 Siehe soeben unter 3. Abschnitt C. III. 3. B) bb), S. 123.

nicht jeden Einzelfall berücksichtigen.⁴¹³ Dabei gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein denkbar großzügiger Maßstab:

„Selbst wenn die Vergütungsregelung im Einzelfall tatsächlich zur Existenzgefährdung einzelner Betriebe führen sollte, folgte hieraus noch nicht die Verfassungswidrigkeit der Regelung (vgl. BVerfGE 30, 292 (316)).“⁴¹⁴

Des Weiteren gilt, dass der Gesetzgeber in einer Übergangsphase, in der er zunächst Erfahrungen sammeln muss, in besonderer Weise berechtigt ist, zu generalisieren und zu typisieren.

„Handelt es sich um komplexe Sachverhalte, so kann es vertretbar sein, daß ihm zunächst eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen eingeräumt wird und daß er sich in diesem Anfangsstadium mit gröberer Typisierungen und Generalisierungen begnügen darf, die unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität namentlich deshalb gerechtfertigt sein können, weil eine Verfeinerung die Gefahr mangelnder Wirksamkeit mit sich bringen kann (BVerfGE 33, 171 (189 f)).“⁴¹⁵

Nicht anders liegt der Fall hier. Nach dem Tarifautonomiestärkungsgesetz hat der Gesetzgeber einen Übergangszeitraum bis zur erstmaligen Anpassung des Mindestlohns durch eine Kommission vorgesehen. In diesem Zeitraum können erste Erfahrungen mit dem Mindestlohn gesammelt und der Mindestlohn dann flexibel angepasst werden. Bis zu diesem Zeitpunkt musste der Gesetzgeber einen Ausgangswert festlegen. Mit der Pfändungsfreigrenze und dem Ziel, soziale Transferleistungen zu vermeiden oder zumindest zu begrenzen, hat sich der Gesetzgeber an Punkten orientiert, die jedenfalls nicht willkürlich sind. Mehr muss er in diesem Stadium von Verfassungs wegen auch nicht leisten.

c) Fazit: Keine weitere Differenzierung erforderlich

Legt man diese Rechtsprechung zu Grunde, besteht daher kein verfassungsrechtlich gebotener Ansatz für die Annahme, der Gesetzgeber habe sein Regelungsmodell noch weiter ausdifferenzieren müssen.

Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber in willkürlicher Weise zu der Entscheidung gelangt wäre, den Mindestlohn für alle Branchen spätestens ab 2017 einheitlich festzulegen und dabei keine Abweichungen für bestimmte Branchen mehr zuzulassen. Vielmehr erscheint diese Entscheidung angesichts der von ihm verfolgten Ziele nicht inkonsequent und angesichts der betroffenen Interessen der Unternehmer nicht offensichtlich unzumutbar. Dies gilt insbesondere deswegen, weil der Gesetzgeber eine Untergrenze aufgrund der von ihm verfolgten und in vertretbarer Weise als vorrangig

413 BVerfG 16.3.2005, NJW 2005, 2448 (2449).

414 BVerfG 31.10.1984, NJW 1985, 1385 (1388).

415 BVerfG 14.5.1985 NJW 1986, 772 (774).

angesehenen Schutzzwecke nicht zu niedrig ansetzen konnte, weil die legitimen Ziele sonst verfehlt würden. Insofern musste er notwendigerweise Unternehmer härter treffen, die aus seiner Sicht unangemessenen Lohnkostenwettbewerb betreiben. Die Annahme, eine solche sozialpolitische Entscheidung sei ihm aus verfassungsrechtlichen Gründen verwehrt, ist mit dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum unvereinbar.

4. Ergebnis

Die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz verstößt auch nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

D. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Ausnahmen zum allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn

In Ansehung der vorstehenden Erwägungen ist der allgemeine gesetzliche Mindestlohn von seiner Grundkonzeption und Begründung her ausnahme-feindlich. Angesichts seiner Ziele, „angemessene Löhne“ anzustreben und die hiervon abhängigen Ziele (Sicherung der Sozialsysteme, Vermeidung von Dumpingwettbewerb, Stärkung der Tarifautonomie) zu verfolgen,⁴¹⁶ ginge er mit großflächigen Ausnahmen das Risiko ein, die Reform selbst wegen unsachgemäßer Ausnahmen zumindest teilweise verfassungsrechtlich angreifbar zu machen.

In der politischen Diskussion wurden mannigfache Ausnahmetatbestände in die Diskussion gebracht. Auch nach Verabschiedung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung fordert die CSU weitere Ausnahmen vom Mindestlohn, insbesondere für verschiedene Branchen und Arbeitnehmergruppen (Erntehelfer, Zeitungsausträger, Gastronomie).⁴¹⁷ Die vorgeschlagenen Ausnahmen sind so umfangreich, dass man den Eindruck gewinnen konnte, dadurch sollten Schneisen in das Grundkonzept des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns geschlagen werden sollen.

Der Gesetzentwurf zum Tarifautonomiestärkungsgesetz ist mit Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich des Mindestlohns sehr zurückhaltend. § 22 Abs. 1 Satz 2 E-MiLoG stellt Praktikantinnen und Praktikanten im Sinne des § 26 BBiG Arbeitnehmern gleich. § 22 Abs. 2 E-MiLoG schließt Personen, die noch keine 18 Jahre alt sind und noch keine Berufsausbildung abgeschlossen haben, von der Anwendung des E-MiLoG aus.

§ 22 E-MiLoG stellt klar, dass

- zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte (§ 22 Abs. 3 E-MiLoG),
- ehrenamtlich Tätige (§ 22 Abs. 3 E-MiLoG),

⁴¹⁶ Vgl. hierzu oben 3. Abschnitt A., S. 26 ff.

⁴¹⁷ CSU-Generalsekretär *Andreas Scheuer* am 3.4.2014 in der Rheinischen Post.

- Praktikantinnen und Praktikanten, die ein Praktikum verpflichtend im Rahmen einer Schul-, Ausbildungs- oder Studienordnung leisten (§ 22 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 E-MiLoG),
- Praktikantinnen und Praktikanten, die ein Praktikum von bis zu sechs Wochen zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums leisten (§ 22 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 E-MiLoG) oder
- die an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a SGB III teilnehmen (§ 22 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 E-MiLoG) und
- Langzeitarbeitslose im Sinne des § 18 SGB III in den ersten 6 Monaten der Beschäftigung (§ 22 Abs. 4 S. 1 E-MiLoG)

nicht vom E-MiLoG erfasst werden.

Es bedarf nachfolgend der Untersuchung, ob diese und weitere in der politischen Debatte angedachten Ausnahmen mit den Anforderungen an Folgerichtigkeit und Systemgerechtigkeit im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sind.

I. Kontrollmaßstab

Zur Kontrolle der Ausnahmeregelungen kommen, insbesondere weil sie teilweise an das Alter als Differenzierungskriterium anknüpfen, nicht nur Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung in Betracht.

1. Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG

Das Bundesverfassungsgericht hatte insbesondere in steuerrechtlichen Fällen mehrfach darüber zu entscheiden, ob Ausnahmen von einem allgemeinen Gesetz zu einer solchen Systemwidrigkeit führen, dass die Ausnahme oder gar das gesamte Gesetz im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG scheitert.⁴¹⁸

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.⁴¹⁹ Art. 3 Abs. 1 GG ist jedenfalls verletzt, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender

418 BVerfG 10.10.2001, BVerfGE 104, 74 (Verfassungswidrigkeit eines Entschädigungsausschlusses); BVerfG 6.3.2002, BVerfGE 105, 73 (Verfassungswidrigkeit unterschiedlicher Besteuerung von Versorgungsbezügen der Ruhestandsbeamten einerseits und von Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung andererseits); BVerfG 4. 12. 2002, BVerfGE 107, 27 (Verfassungswidrigkeit der zeitlichen Begrenzung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Mehraufwendungen); BVerfG 7.7.2009, BVerfGE 124, 199 (Verletzung von Art 3 Abs 1 GG durch Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung; BVerfG 21.7.2010, BVerfGE 126, 400 (Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Erbschaftsteuer- und Schenkungssteuergesetz).

419 Vgl. hierzu Sachs/*Osterloh*, (6. Aufl. 2011) Art. 3 Rn. 90 ff.

*oder sonstwie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt“.*⁴²⁰

Weiterhin ist der allgemeine Gleichheitssatz auch dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, die die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können.⁴²¹ Dafür kommt es wesentlich auch darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.⁴²²

Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall das Willkürverbot oder das Gebot verhältnismäßiger Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber verletzt sind, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen.⁴²³ Gleichwohl besteht auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftspolitik eine erhebliche Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.⁴²⁴

Ausnahmen von einer folgerichtigen Umsetzung einer gesetzlichen Maßnahme bedürfen eines besonderen sachlichen Grundes.⁴²⁵ Führt eine Norm zur Ungleichbehandlung mehrerer Vergleichsgruppen, muss die Ungleichbehandlung bezogen auf die jeweilige Vergleichsgruppe durch einen hinreichenden sachlichen Grund gerechtfertigt werden.

Lassen sich die einzelnen Ungleichbehandlungen nur durch unterschiedliche Gründe rechtfertigen, dürfen diese Gründe zueinander nicht in Widerspruch stehen, sondern müssen innerhalb eines vertretbaren gesetzgeberischen Konzepts aufeinander abgestimmt sein.⁴²⁶

Um eine Ungleichbehandlung von Personengruppen sachlich zu rechtfertigen, ist neben einem seiner Art nach geeigneten Unterscheidungsmerkmal erforderlich, dass auch für das Maß der Differenzierung ein innerer Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Unterschieden und der differenzierenden Regelung besteht. Werden Personengruppen ungleich behandelt, so wachsen die Anforderungen an die Rechtfertigung entsprechend der Gefahr, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale wie jene des Art. 3 Abs. 3 GG zur Diskriminierung einer Minderheit führt.⁴²⁷

420 BVerfG 23.10.1951, BVerfGE 1, 14 (52); st. Rspr., vgl. etwa BVerfG 5.10.1993, BVerfGE 89, 132 (141).

421 vgl. BVerfG 13.6.1956, BVerfGE 5, 72 (88); BVerfG 31.1.1996, BVerfGE 93, 386 (397).

422 BVerfG 30.5.1990, BVerfGE 82, 126 (146); BVerfG 26.1.1993, BVerfGE 88, 87 (96); BVerfG 8.4.1997, BVerfGE 95, 267 (316 f.).

423 BVerfG 6.3.2002, BVerfGE 105, 73 Rn. 157; Sachs/*Osterloh*, (6. Aufl. 2011), Art. 3 GG Rn. 92.

424 Sachs/*Osterloh*, (6. Aufl. 2011), Art. 3 GG Rn. 96 m.w.N.

425 BVerfG 4. 12. 2002, BVerfGE 107, 27 Rn. 57.

426 BVerfG 21. 6. 2006, BVerfGE 116, 164.

427 BVerfG 7.7.2009, BVerfGE 124, 199.

2. Altersbezogene Ausnahmen und das Verbot der Altersdiskriminierung (Art. 21 GrCh)

Zahlreiche Vorschläge für Ausnahmen von dem allgemeinen Mindestlohn setzen bei einer Altersdifferenzierung an. So werden Ausnahmen für junge Menschen in den Altersstufen 18, 21 und 25 Jahren diskutiert. Schließlich wird eine Mindestlohnausnahme für Rentner gefordert. All diese Ausnahmen müssen sich nicht nur an Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch an dem spezielleren unionsrechtlich fundierten Verbot der Altersdiskriminierung (Art. 21 der Grundrechtecharta) messen lassen, das sekundärrechtlich in der RL 2000/78/EG (Gleichb-RL) niedergelegt ist.

Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist altersneutral. Geschützt werden Menschen, gleichgültig wie jung oder alt sie sind. Jedes Lebensalter ist Anknüpfungspunkt des Diskriminierungstatbestandes. Kurzum: „Jung und Alt“ sind geschützt.⁴²⁸ Das Verbot der Altersdiskriminierung, das zu den umstrittensten Prinzipien des deutschen und europäischen Arbeitsrechts zählt,⁴²⁹ ist seit Dezember 2009 ausdrücklich in Art. 21 I GRCh normiert (vgl. auch Art. 6 Abs. 1 EUV). Bereits zuvor hatte der EuGH das Verbot der Altersdiskriminierung als „allgemeine[n] Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“ angesehen, der „seinen Ursprung in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hat“.⁴³⁰

Insgesamt hat der EuGH bisher keine einheitliche Linie bei der Prüfungsintensität gefunden. Legendär und exemplarisch sind die unterschiedlichen Maßstäbe in den Rechtssachen *Mangold*⁴³¹ und *Palacios de la Villa*⁴³². Bereits im *Mangold*-Urteil hielt der EuGH alle Obersätze vor, die nahezu beliebig eine strenge als auch eine weniger strenge Linie ermöglichen. Einerseits sollen zwar die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung altersdifferenzierender Regelungen genießen.⁴³³ Andererseits erklärte der EuGH dennoch die schrankenlose Befristungsmöglichkeit älterer Arbeitnehmer für unanwendbar, da sie über das hinausgehe, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich sei.⁴³⁴ Die Möglichkeit, unbegrenzt befristete Arbeitsverhältnisse mit Arbeitnehmern, die 52 Jahre oder älter sind, abzuschließen, diskriminierte nach Auffassung des EuGH dagegen unverhältnismäßig wegen des Lebensalters. Es gelang nicht, darzulegen, dass die Festlegung der Altersgrenze 52 Jahre als solche objektiv erforderlich war, um das Ziel der beruflichen Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer zu erreichen.⁴³⁵

428 Zum Schutz junger Arbeitnehmer: EuGH 19.1.2010 – Rs. C-555/07 – Küçükdeveci, Slg. 2010 I-365 Rz. 21 = NZA 2010, 85.

429 Vgl. zu den „Schlangelinien“ in der EuGH Rechtsprechung *Preis*, NZA 2010, 1323.

430 EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Mangold, Slg. 2005, I-9981 Rz. 74f. = NZA 2005, 1345; dazu *Preis*, NZA 2006, 401.

431 EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Mangold, Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345.

432 EuGH 16.10.2007 – Rs. C-411/05 – Palacios de la Villa, Slg. 2007, I-8531 = NZA 2007, 1219.

433 EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Mangold, Slg. 2005, I-9981 Rz. 63 = NZA 2005, 1345.

434 EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Mangold, Slg. 2005, I-9981 Rz. 65 = NZA 2005, 1345.

435 Vgl. EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 – Mangold, Slg. 2005, I-9981 Rz. 64 = NZA 2005, 1345.

Es kommt hinzu, dass nach Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Gleichb-RL eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters nur zulässig ist, wenn sie einem legitimen Ziel dient. Nach der Auslegung des Art. 6 Abs. 1 Gleichb-RL in der Rechtsprechung des EuGH können nur sozialpolitische Ziele legitim sein.⁴³⁶ Der nationale Gesetzgeber darf nach der Richtlinie also nur dann Ausnahmen vom Verbot der Altersdiskriminierung zulassen, wenn er damit ein sozialpolitisches Ziel verfolgt. Das setzt aber voraus, dass einzelne Ausnahmetatbestände vorhanden sind oder geschaffen werden, deren Ziel überprüft werden kann.

Im Zusammenhang mit Altersgrenzen bei der Mindestentlohnung wird man sich auf eine strenge Prüfung durch den EuGH einstellen müssen. Der EuGH hat altersdifferenzierende Regelungen der Entgeltgestaltung als diskriminierend erachtet, sofern diesen Abstufungen ein sachgerechtes Ziel fehlt.⁴³⁷

Für unzulässig erklärt wurden danach sogar Altersstaffeln in Tarifverträgen (im konkreten Fall der BAT), die den Lohn der Arbeitnehmer von ihrem Alter abhängig macht, weil sie eine unmittelbar auf dem Kriterium des Alters beruhende Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 Buchst. a Gleichb-RL seien.⁴³⁸ Das Ziel, durch die höhere Entlohnung eine längere Berufserfahrung zu honorieren, sieht der EuGH zwar als legitim an.⁴³⁹ Allerdings dürfe zur Erreichung dieses Ziels nicht alleine an das Lebensalter angeknüpft werden, da mit einem höheren Lebensalter zwar regelmäßig, aber nicht zwangsläufig, eine längere Berufserfahrung verbunden sei.⁴⁴⁰

Das Bundesarbeitsgericht hat in Ausfüllung der Rechtsprechung des EuGH Regelungen von Urlaubsansprüchen für Arbeitnehmer, die nach Altersstufen differenzieren, für diskriminierend erachtet, wenn der Abstufung kein legitimes Ziel zugrundeliegt.⁴⁴¹ Außerdem wird die relativ junge Norm des § 26 Abs. 1 Satz 2 TVöD, wonach Beschäftigte nach der Vollendung ihres 40. Lebensjahres in jedem Kalenderjahr Anspruch auf 30 Arbeitstage Urlaub haben, während der Urlaubsanspruch bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres nur 26 Arbeitstage und bis zur Vollendung des 40. Lebensjahres nur 29 Arbeitstage beträgt, vom BAG als unmittelbare, nicht gerechtfertigte Diskriminierung wegen des Alters eingeordnet. Das BAG begründet im Einzelnen, dass die Tarifvertragsparteien mit der Regelung in § 26 TVöD weder den Schutz der Gesundheit bezweckten noch einem gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Beschäftigter Rechnung tragen wollten. Bei einer Anknüpfung an die Gruppe der über 50- oder über 60-jährigen Beschäftigten wäre möglicherweise ein altersbedingt gesteigertes Erholungsbedürfnis eher nachvollziehbar gewesen. Die praktisch wichtigste Frage, ob als

436 EuGH 13.9.2011 – Rs. C-447/09 – Prigge, Slg. 2011, I-8003, Rz. 81 = NZA 2011, 1039.

437 EuGH 8.9.2011 – verb. Rs. C-297/10 u. C-298/10 – Hennigs/Mai, Slg. 2011, I-7965 = NZA 2011, 1100.

438 EuGH 8.9.2011 – verb. Rs. C-297/10 u. C-298/10 – Hennigs/Mai, Slg. 2011, I-7965 Rz. 59 = NZA 2011, 1100.

439 EuGH 8.9.2011 – verb. Rs. C-297/10 u. C-298/10 – Hennigs/Mai, Slg. 2011, I-7965 Rz. 72 = NZA 2011, 1100.

440 EuGH 8.9.2011 – verb. Rs. C-297/10 u. C-298/10 – Hennigs/Mai, Slg. 2011, I-7965 Rz. 76f. = NZA 2011, 1100.

441 BAG 20.3.2012 – 9 AZR 529/10, NZA 2012, 803; vgl. schon BAG 10.11.2011 – 6 AZR 481/09, NZA-RR 2012, 100.

Rechtsfolge der Anspruch auf „Anpassung nach oben“ greift, hat die Rechtsprechung ebenfalls bejaht.⁴⁴²

3. Fazit

Damit geraten die vom Gesetzgeber vorgesehenen und die in der rechtspolitischen Diskussion erwogenen Ausnahmen unter einen jedenfalls partiell doppelten Rechtfertigungsdruck, weil sie nicht nur den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG, sondern auch dem Unionsrecht Rechnung tragen müssen.

II. Jugendliche unter 18 Jahren bzw. Altersgrenze für den Mindestlohn

Die Bundesregierung will in § 22 Abs. 2 E-MiLoG Jugendliche unter 18 Jahren ohne Berufsausbildung vom Mindestlohn ausnehmen. Hinter dieser Regelung verbirgt sich das Ziel, Jugendlichen keinen Anreiz zu geben, nach der Schulausbildung einen Job zum Mindestlohn anzunehmen, statt sich um einen Ausbildungsplatz zu bemühen. Fraglich ist, ob die dahinter stehende Annahme objektivierbar und plausibel ist. Es geht der Norm also nicht darum, Jugendarbeitslosigkeit durch Ausnahmen zum Mindestlohn zu bekämpfen. Sie soll die Qualifizierung junger Menschen fördern.

Gleichwohl steht in der politischen Diskussion auch die Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit durch Ausnahmen vom Mindestlohn im Raum. Die rechtspolitische Bewertung dieser Annahme ist kontrovers.⁴⁴³ Es gibt zwar auch in einigen anderen Ländern der Europäischen Union altersdifferenzierende Mindestlohnregelungen, insbesondere für junge Menschen.⁴⁴⁴ Es fehlt allerdings ein erkennbarer Zusammenhang zwischen Niedriglöhnen und geringerer Jugendarbeitslosigkeit. Obwohl etwa in Italien kein gesetzlicher Mindestlohn gilt, ist die Jugendarbeitslosigkeit hoch (41,6 %; Quelle Eurostat 2013). In den Niederlanden gelten – wie in Großbritannien – gestaffelte niedrigere Mindestlöhne für Beschäftigte unter 23.⁴⁴⁵ In Großbritannien ist die Jugendarbeitslosigkeit indes gleichwohl sehr hoch (20,1 %), in den Niederlanden noch immer leidlich hoch (11,3%). Am besten schneiden ab Deutschland (7,4%) – bislang ohne Mindestlohn – und Österreich (8,9 %) mit relativ hohen branchenbezogenen Mindestlöhnen, die nur Ausnahmen für Auszubildende und Praktikanten kennen.⁴⁴⁶ In Belgien hat man Altersdifferenzierungen wieder aufgegeben.⁴⁴⁷ Von besonderer Bedeutung ist, dass die meisten Staaten Jugendliche auch nicht vollständig vom Mindestlohn ausnehmen, sondern

442 BAG 20.3.2012, NZA 2012, 803.

443 Siehe *Fischer-Lescano*, Gutachten Verfassungs-, völker- und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohnausnahmen, S. 19, auch mit Hinweisen zu Großbritannien.

444 Vgl. hierzu *Amlinger/Bispinck/Schulten*, Jugend ohne Mindestlohn, WSI-Report 14.3.2014.

445 Böckler Impuls Ausgabe 05/2008.

446 <http://www.sozialministerium.at/site/Arbeit/Bundeseinigungsamt/Mindestlohnstarife/>

447 *Fischer-Lescano*, Gutachten Verfassungs-, völker- und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohnausnahmen, S. 19 f.; *Schulten*, Mindestlohnregime in Europa, S. 3.

geringere Jugendmindestlöhne festsetzen.⁴⁴⁸ Dies wird bei der in Deutschland insoweit überschießenden Debatte um diese Frage nicht hinreichend beachtet.

Die dem Gesetzentwurf zugrunde liegende Annahme, ein Mindestlohn verringere die Ausbildungsbereitschaft, erscheint angesichts der Entwicklung in anderen Ländern zweifelhaft. In Großbritannien haben sich in einzelnen Bereichen die Ausbildungsaktivitäten nach Einführung des Mindestlohns sogar verstärkt.⁴⁴⁹

Das rechtstatsächliche Bild im europäischen Kontext ist daher höchst unspezifisch. So ist schon im Ausgangspunkt fraglich, ob das Mittel, also die Altersgrenze 18 Jahre, als Differenzierungskriterium sachgerecht ist. Denn de facto würde es, die Annahme des Gesetzgebers als zutreffend unterstellt, gerade bei etwas älteren Arbeitnehmern ohne Ausbildung noch mehr Sinn machen, diese in eine Ausbildung zu drängen. Überdies ist die Altersgrenze deshalb ungeeignet, weil sie ihr Ziel verfehlt. Der durchschnittliche Eintritt in eine Berufsausbildung liegt deutlich über dem 18. Lebensjahr. Grund dafür sind (erwünschte) verlängerte Schulzeiten. Das Bundesinstitut für Berufsbildung hat für das Jahr 2013 als Durchschnittsalter für den Einstieg in eine Berufsausbildung 20,0 Jahre ermittelt.⁴⁵⁰

Andererseits stellt sich die Frage, ob bei Personen unter 18 Jahren der (schon heute) denkbare höhere Verdienst bei einem Job als Ungelernter tatsächlich die Ursache dafür ist, eine denkbare Ausbildung zu unterlassen. Ferner erscheint die Ausnahme schon deswegen nicht folgerichtig, als sie auch Personen erfasst, die überhaupt nicht für eine Ausbildung zur Verfügung stehen, weil sie noch zur Schule gehen oder bereits in einer Ausbildung stehen. Der Haupteffekt der Regelung wird erkennbar sein, dass Schülerinnen und Schüler, die noch in der schulischen Qualifikationsphase sind, Nebenjobs zu einem Lohn unterhalb des Mindestlohnes angeboten werden. Von den zwischen 15 und 19 Jahre alten Jugendlichen in Deutschland sind 90 % Schüler oder in einer Ausbildung.⁴⁵¹

Es wird durch die Regelung also geradezu primär ein Anreiz für Unternehmen geschaffen, minderjährige Schüler zu einem Niedriglohn zu beschäftigen. Mit dieser Regelung wird man das angestrebte Ziel nicht erreichen. § 22 Abs. 2 E-MiLoG ist jedenfalls mit der gegenwärtigen Begründung verfassungsrechtlich und unionsrechtlich schwer zu halten, weil das behauptete Differenzierungskriterium nicht greift.

Unterstellt man einmal, Jugendliche würden sich von einer entsprechenden ökonomischen Denkweise leiten lassen, die der Gesetzgeber unterstellt, müsste er konsequenterweise verbieten, Jugendliche und junge Erwachsene, die tatsächlich nicht ausgebildet sind und für eine Ausbildung in Betracht kommen, besser zu bezahlen als die

448 Amlinger/Bispinck/Schulten, Jugend ohne Mindestlohn, WSI-Report 14.3.2014, S. 3.

449 Amlinger/Bispinck/Schulten, Jugend ohne Mindestlohn, WSI-Report 14.3.2014, S. 6.

450 http://datenreport.bibb.de/media2013/BIBB-Datenreport_2013_Vorversion.pdf

451 Amlinger/Bispinck/Schulten, Jugend ohne Mindestlohn, WSI-Report 14.3.2014, S. 7.

niedrigste denkbare Ausbildungsvergütung. Denn da Auszubildende nur eine Ausbildungsvergütung und keinen Mindestlohn erhalten, kann das Ziel nicht erreicht werden, sie nicht zu Löhnen zu beschäftigen, die höher sind als eine Ausbildungsvergütung. Daher wäre eigentlich eine Höchstgrenze für den Stundenlohn für junge Menschen ohne Ausbildung die konsequente Verwirklichung des Ziels des Gesetzgebers.

Nicht überzeugend ist überdies der Grundgedanke, man müsse als Gesetzgeber Arbeitnehmer dadurch schützen, dass man sie benachteiligt. Wer den Schutz der unter 18-jährigen will, muss beim Jugendarbeitsschutz ansetzen. So könnte der Gesetzgeber zum Beispiel die Arbeitszeit von unter 18-jährigen begrenzen, die nicht in einer Berufsausbildung stehen (z.B. auf 20 Stunden), ihnen aber in der begrenzten Arbeitszeit den Mindestlohn gewähren. Damit würde der Gesetzgeber seine Ziele erreichen: Schutz vor zu langen Arbeitszeiten im Minderjährigenalter, Schutz durch Mindestentlohnung, Begrenzung der Verdienstmöglichkeit und Anreiz für Arbeitgeber und Arbeitnehmer, einen Ausbildungsvertrag zu schließen. Die gegenwärtig angedachte Regelung ist dagegen zweckwidrig, ungeeignet, ja sogar anstößig, weil sie unseriöse Arbeitgeber geradezu anreizen dürfte, einfache Tätigkeiten (z.B. Regaleinräumer) in Teilzeit (neben dem Schulunterricht) an Minderjährige zu vergeben. So werden Schüler von sinnvoller Vor- und Nacharbeit im jeweiligen schulischen Bildungsgang abgehalten. Überdies würde der Lohnkostenwettbewerb zwischen über und unter 18-jährigen eröffnet! Die Norm sollte gestrichen werden, um die Gefahr zu vermeiden, dass niedrigbezahlte Arbeit von Kindern und Jugendlichen gefördert wird. Diese Gefahr erscheint uns mindestens so groß wie die, dass ein Schüler einen Ausbildungsplatz ausschlägt, weil er ungelernt zum Mindestlohn arbeiten kann.

Die verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken werden nicht dadurch geringer, dass man die Altersgrenze, etwa auf 21 Jahre oder gar 25 Jahre heraufsetzt. Eine solchermaßen willkürliche Altersgrenze verstieße erkennbar gegen die Grundsätze, die der EuGH zum Verbot der Altersdiskriminierung ausgeführt hat.⁴⁵²

III. Ausnahmen für Rentner?

Auf vergleichbare Probleme der unsachgemäßen Ungleichbehandlung stößt die erwogene Ausnahme für Rentner, sofern Einige davon ausgehen, diese seien aufgrund des Bezugs von Altersrente nicht in vergleichbarer Weise schutzbedürftig wie andere Arbeitnehmer.⁴⁵³

452 Siehe oben H. II., S. 125; ebenso *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker-, und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohn ausnahmen, S. 20 f.

453 So der Bayerische Ministerpräsident Seehofer (Die Welt vom 31.3.2014): „Ein Rentner, der von seiner Altersrente lebt und noch etwas dazuverdient, muss dies nicht unter den Bedingungen des Mindestlohns tun.“

aa) Einordnung des Problems

Wer für Rentenempfänger generell nach ihrem Status Lohndifferenzierung zulassen will, muss begründen können, mit welcher Legitimation vom Grundsatz „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ abgewichen wird. Es wäre etwa die Frage zu beantworten, weshalb der 62-jährige noch hauptberuflich tätige Zeitungszusteller einen anderen Lohn für die gleiche Arbeit erhalten soll, als der 67-jährige Rentner? Hier muss man nicht erst auf die Rechtsprechung des BAG zum Gleichbehandlungsgrundsatz verweisen,⁴⁵⁴ die Sachwidrigkeit eines solchen Ansatzes ist mit den Händen zu greifen.

bb) Sachliches Differenzierungskriterium

Ein Sachgrund, weshalb Arbeitnehmer, die bereits einen Anspruch auf Altersrente haben, von dem Prinzip gleicher Lohn für gleiche Arbeit ausgeschlossen sein sollten, ist nicht erkennbar. Gerade im Niedriglohnbereich sind viele Rentenberechtigte auf einen Zusatzverdienst angewiesen. So lag 2012 die Zahl der über 65-jährigen Empfänger der Grundsicherung bei über 460.000 Personen.⁴⁵⁵

Eine Differenzierung verstieße gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung. Arbeitnehmer mit unzureichendem Rentenanspruch würden gewissermaßen „doppelt bestraft“. Zudem würde der Gesetzgeber den Anreiz für die Ausweitung eines Billiglohnssektors für ältere Beschäftigte schaffen.

Die Ungleichbehandlung von Rentnern wäre überdies mit Blick auf die Ziele des Mindestlohngesetzes nicht folgerichtig und damit widersprüchlich. Denn es würde ein altersabhängiger Lohnkostenwettbewerb eröffnet. Es ist nicht erkennbar, dass mit einer solchen Regelung ein legitimes sozialpolitisches Ziel verfolgt wird. Angesichts der immer größer werdenden Anzahl von Rentnern, die ihre Alterseinkünfte verbessern wollen oder müssen, ist der Ansatz sozialpolitisch und aus Gründen der Lohngerechtigkeit abzulehnen. In Ansehung der größer werdenden Zahl von Rentnern, die Grundsicherung in Anspruch nehmen müssen, trifft auch die Behauptung, sie seien weniger schutzbedürftig, im Ausgangspunkt nicht zu.⁴⁵⁶

Damit ist festzuhalten, dass eine solche Regelung zum einen angesichts der gesetzgeberischen Ziele nicht folgerichtig ist. Zum anderen ist das Differenzierungskriterium nicht folgerichtig sachlich begründet, wenn man die Ziele des Gesetzgebers zu Grunde legt. Es soll generell ein die Tarifautonomie destabilisierender Lohnkostenwettbewerb begrenzt werden und ein angemessener Lohn gesichert werden. Das gilt allgemein,

454 BAG 23.8.1995, NZA 1996, 579.

455 Statistisches Bundesamt Pressemitteilung Nr. 356 vom 22.10.2013: Zahl der Empfänger von Grundsicherung im Alter 2012 um 6,6 % gestiegen.

456 Ähnlich *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker-, und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohnausnahmen, S. 18

also auch zwischen Alt und Jung. Das Verbot der Altersdiskriminierung sichert dieses Ziel des Gesetzgebers insoweit auf stringente Weise ab.

cc) Ergebnis

Die Anwendbarkeit des Mindestlohns davon abhängig zu machen, ob ein Arbeitnehmer bereits eine Altersrente bezieht oder nicht, ist verfassungsrechtlich und unionsrechtlich nicht haltbar.

IV. Ausnahmen für Auszubildende und Praktikanten

Evident sachgerecht ist es dagegen, solche Beschäftigten herauszunehmen, die in einem Ausbildungsverhältnis stehen. Der Gesetzgeber regelt diese Frage für die Auszubildenden elegant, indem er in § 22 Abs. 3 E-MiLoG statuiert, dass die Vergütung der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten durch dieses Gesetz nicht erfasst ist. Das ist richtig, weil sich die Vergütung nach § 17 BBiG richtet, der auch für „echte“ Praktikanten gilt (§ 26 BBiG).

Sehr differenziert regelt der Gesetzentwurf in § 22 Abs. 1 E-MiLoG den Status der Praktikanten. Das Unterscheidungskriterium ist hier die Funktion der Tätigkeit. Diese dient zumindest im Kern dazu, Fertigkeiten zu vermitteln und einen Einblick in die beruflichen Aufgaben zu geben. Satz 3 regelt, welche Praktikumsverhältnisse nicht in den Anwendungsbereich des Mindestlohngesetzes fallen. Die folgenden Nr. 1 bis 4 knüpfen an den klar abgrenzbaren Ausbildungscharakter an. Dies gilt insbesondere für die Nr. 1, die verpflichtende Praktika im Rahmen einer Schul-, Ausbildungs- oder Prüfungsordnung ausnimmt. Nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen nach Nr. 4 Praktikanten, die an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a des Dritten Buches Sozialgesetzbuch teilnehmen. Die sog. freiwilligen Praktikanten nach Maßgabe der Nr. 3 haben, für die Dauer von sechs Wochen, wohl immerhin einen Anspruch auf angemessene Vergütung nach den Grundsätzen des Berufsbildungsrechts (§§ 26, 17 BBiG).⁴⁵⁷ Der Mindestlohn ist nach Maßgabe der Nr. 2 auf Praktika von bis zu sechs Wochen Dauer zur Orientierung für die Wahl einer Ausbildung oder eines Studiums nicht anwendbar. Diese – einmaligen und nicht aneinandergereihten⁴⁵⁸ – Schnupperpraktika von sechs Wochen werden Praktikanten und Arbeitgebern großzügig gerecht. Sie begrenzen den Missbrauch, bei dem sogenannte Scheinpraktikanten oft monatelang unbezahlt beschäftigt werden.

Aus dieser Regelung folgt dann über § 2 Abs. 1 Satz 1 E-MiLoG zwingend, dass Praktikanten außerhalb dieser Sondertatbestände unter das MiLoG fallen, also Anspruch auf den Mindestlohn haben. Damit bekämpft der Entwurf das lange Zeit ungelöste Pro-

⁴⁵⁷ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung zur Stärkung der Tarifautonomie, S. 50.

⁴⁵⁸ Vgl. dazu ArbG Bochum 26.3.2014 – 2 Ca 1482/13.

blem der Scheinpraktika, in denen Praktikanten ohne substantielle Ausbildungsinhalte wie Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Diese Regelung ist sachgerecht abgestuft und gelungen. Verfassungsrechtliche Bedenken sind nicht zu erkennen.⁴⁵⁹

V. Ausnahmen für einzelne Arbeitnehmergruppen (Saisonbeschäftigte, Erntehelfer, Taxifahrer)?

Für die willkürliche Herausnahme einzelner Arbeitnehmergruppen wie Saisonbeschäftigte, Erntehelfer und Taxifahrer lässt sich kein plausibles Differenzierungskriterium finden. Die bislang vorgebrachten Gründe reichen über die Einschätzung nicht hinaus, der Mindestlohn sei für diese Beschäftigtengruppen zu hoch.

Im Übrigen existiert nach Angaben der Gewerkschaft Verdi bereits ein Tarifvertrag für die Landwirtschaft, der in seiner untersten Lohngruppe nicht mehr weit von dem allgemeinen Mindestlohn von 8,50 € entfernt ist.⁴⁶⁰

VI. Ausnahmen für Teilzeitbeschäftigte und Minijobber?

Der Vorschlag, Teilzeitbeschäftigte und geringfügig Beschäftigte von der Mindestlohnregelung auszunehmen, würde mit Sicherheit zur Verfassungswidrigkeit des gesamten Gesetzesvorhabens führen.⁴⁶¹ Denn gerade bei diesen Beschäftigtengruppen ist die Problematik unter dem Mindestlohn liegender Arbeitsentgelte besonders akut.⁴⁶² Angesichts der Tatsache, dass es sich um eine große Gruppe von Beschäftigten handelt, wäre damit das Vorhaben des Mindestlohns faktisch aufgehoben und damit konterkariert. Der größte Teil der Minijobber und Teilzeitbeschäftigten sind Niedriglöhner.

Teilzeitbeschäftigte und geringfügig Beschäftigte sind, wie das Teilzeit- und Befristungsgesetz regelt, normale Arbeitnehmer (vgl § 2 Abs. 2 TzBfG), für die der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt (§ 4 Abs. 1 TzBfG). Für sie gilt das Prinzip gleicher Lohn für gleiche Arbeit. Dieses Prinzip ist verfassungsrechtlich und unionsrechtlich über Art. 157 AEUV und § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (aufgenommen in die RL 97/81/EG) abgesichert. Überdies kollidiert eine unterschiedliche Bezahlung mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts⁴⁶³, weil Frauen

459 *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker-, und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohn ausnahmen, S. 15.

460 *Bispinck*, Mibestimmung 2014, 47 (49).

461 Siehe auch die Einschätzung im Positionspapier der Arbeitnehmergruppe der CDU/CSU-Bundestagsfraktion vom 27. 2. 2014, Seite 8.

462 Siehe dazu 2. Abschnitt D.I.

463 EuGH 9.9.1999 – Rs. C -281/97 -, NJW 2000, 647; ErfK/Preis, § 4 TzBfG Rn. 14.

in diesen Beschäftigungsformen überwiegend vertreten sind.⁴⁶⁴ Der EuGH hat solche Diskriminierungen bereits in der Rs. *Bilka* für einen primärrechtswidrigen Verstoß gegen Art. 157 AEUV gehalten.⁴⁶⁵ Auch Art. 3 Abs. 2 GG wirkt der – auch mittelbaren – Entgeltdiskriminierung entgegen.⁴⁶⁶

Nach alledem ist eine Herausnahme bestimmter Arbeitsvertragstypen, seien es geringfügig Beschäftigte, im Nebenerwerb Beschäftigte, Teilzeit- oder befristet Beschäftigte, nach der Zielsetzung des E-MiLoG nicht zu rechtfertigen. Die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele gelten diesen Beschäftigtengruppen gegenüber gleichermaßen wie für Vollzeitbeschäftigte.⁴⁶⁷ Es ist unter keinem Gesichtspunkt eine Entgeltdifferenzierung gerechtfertigt, je nachdem, ob der Arbeitnehmer in Vollzeitarbeit zum Beispiel 40 Stunden oder „nur“ Teilzeitarbeit, etwa in Höhe von 35 Stunden, leistet. Schließlich ist aus dem Ansatz der allgemeinen Lohnsicherung stets zu beachten, dass der Gesetzgeber davon ausgehen muss, dass ein Teilzeitbeschäftigter mehrere Arbeitsverhältnisse wahrnehmen muss, um seinen Lebensunterhalt zu sichern. Damit würde bei dieser Differenzierung der Gesetzgeber nicht nur sämtliche seiner Regelungsziele verfehlen, was das E-MiLoG dann insgesamt verfassungswidrig machen würde, sondern darüber hinaus die ohnehin am schlechtesten geschützte Gruppe am Arbeitsmarkt noch weiter benachteiligen.

Auch hier sei darauf verwiesen, dass aufgrund der gegenwärtigen Beschäftigtenstruktur in diesen Bereichen eine solche Regelung auch eine verdeckte Diskriminierung von Frauen wäre,⁴⁶⁸ weil diese weit häufiger in Teilzeitarbeitsverhältnissen und Mini-Jobs beschäftigt werden als Männer.⁴⁶⁹ Damit wäre bereits die Sachgruppenbildung durch den Gesetzgeber unzulässig.

VII. Ehrenamtlich Tätige, freiwilliges soziales Jahr, Bundesfreiwilligendienst

Der Gesetzentwurf stellt in § 2 Abs. 3 E-MiLoG überdies klar, dass ehrenamtlich Tätige nicht unter das Gesetz fallen. Das erklärt sich aus der Natur der Sache. Wo kein Dienstverhältnis begründet wird, in dem nach den Umständen auch keine Vergütung zu erwarten ist (§ 612 Abs. 1 BGB), kann auch kein Anspruch auf einen Mindestlohn entstehen.⁴⁷⁰ Ehrenamtliche Tätigkeit dient in erster Linie ideellen Zwecken und nicht dem Erwerb. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, gegebenenfalls Anhaltspunkte für

464 *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker- und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohn ausnahmen, S. 22; *Brenke/Müller*, DIW Wochenbericht, Nr. 29/2013.

465 EuGH 13.5.1986 – Rs. C – 170/84 -, NZA 1986, 599.

466 ErfK/Preis, § 4 TzBfG Rn. 17.

467 BAG 1.11.1995, NZA 1996, 813; BAG 9.10.1996, NZA 1997, 191; ErfK/Preis, § 4 TzBfG Rn. 55.

468 Vgl. hierzu EuGH 9.9.1999 – Rs. C -281/97 -, NJW 2000, 647; *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker-, und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von Mindestlohn ausnahmen, S. 22.

469 *Brenke/Müller*, DIW Wochenbericht, Nr. 29/2013.

470 BAG 29.8.2012, NZA 2012, 1433.

eine Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Vorschriften zu erkennen. Die aus der Natur der Sache folgende Herausnahme der Ehrenamtlichen ist unter keinem Gesichtspunkt verfassungsrechtlich zu beanstanden.⁴⁷¹

In der Begründung des Gesetzentwurfes werden ferner Personen, die einen freiwilligen Dienst im Sinne des § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 Buchst. d EStG leisten, den Ehrenamtlichen gleichgestellt. Im Klartext handelt es sich um Personen, die nach verschiedenen Vorschriften ein Freiwilliges Soziales Jahr oder den sog. Bundesfreiwilligendienst absolvieren. Das ist sachlich gut vertretbar. Doch würde sich eine Klarstellung im Gesetz empfehlen, dass die Personen nach Maßgabe der Norm als „ehrenamtlich Tätige“ gelten.

VIII. Langzeitarbeitslose

Die Ausnahme für Langzeitarbeitslose gemäß § 22 Abs. 4 Satz 1 E-MiLoG ist dagegen schwieriger zu rechtfertigen. Denn der Gesetzgeber will Langzeitarbeitslose in den ersten sechs Monaten eines Beschäftigungsverhältnisses von der Anwendung des Mindestlohns freistellen. Anders als im Referentenentwurf hat man die Norm nicht etwa auf Personen mit besonderen Vermittlungshemmnissen beschränkt, was den Anwendungsbereich auf unter 20.000 Arbeitnehmer begrenzt hätte, sondern diese auf sämtliche Langzeitarbeitslose erstreckt. Damit fallen (Stand: März 2014) etwa 1,1 Millionen Personen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes heraus.⁴⁷²

Der sachliche Differenzierungsgrund liegt hier nicht darin, dass der Gesetzgeber annimmt, die betroffenen Arbeitnehmer seien nicht schutzbedürftig, sondern dass er annimmt, diese Arbeitnehmer könnten durch eine zeitlich begrenzte Ausnahme vom Mindestlohn wieder in den Arbeitsmarkt integriert werden.⁴⁷³ Die Bekämpfung von Arbeitslosigkeit ist – wie bereits ausgeführt – ein überragendes Ziel mit Verfassungsrang.⁴⁷⁴ Das Bundesverfassungsgericht erkennt insoweit traditionell einen weiten Beurteilungs- und Prognosespielraum an.⁴⁷⁵ Es erscheint denkbar, diese Rechtsprechung auf Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls insoweit zu übertragen, als abgesenkte Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt werden könnten, wenn der Gesetzgeber auf dieses Ziel verweist. Angesichts des weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums erscheint es durchaus denkbar, eine solche Norm auch mit den sonstigen Zielen des Gesetzes in Einklang zu bringen, wenn man darauf abstellt, auch die Sozialversicherungssysteme profitieren, wenn Langzeitarbeitslose wieder auf den Arbeitsmarkt gelangen.

471 Vgl. hierzu im Übrigen, *Fischer-Lescano*, Verfassungs-, völker-, und europarechtlicher Rahmen für die Gestaltung von MindestlohnAusnahmen, S. 14.

472 Langzeitarbeitslose Stand März 2014, Statistik der Bundesagentur für Arbeit, März 2014.

473 Vgl. dazu auch *Giesen*, FS Kempen, S. 214 (220 f.).

474 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (54); BVerfG 29.12.2004, NZA 2005, 153 (154); BVerfG 27.4.1999, NJW 1999, 3033 (3034).

475 BVerfG 11.7.2006, NJW 2007, 51 (54); BVerfG 29.12.2004, NZA 2005, 153 (154).

Gleichwohl erscheint die Vorschrift in ihrer gegenwärtigen Fassung durchaus missbrauchsanfällig, nicht zuletzt durch die Ausweitung des betroffenen Personenkreises. So ist ein sogenannter „Drehtüreffekt“ wie bei der Leiharbeit zu befürchten, bei dem eine Langzeitarbeitsloser nach sechs Monaten wieder entlassen und durch den nächsten Langzeitarbeitslosen ersetzt wird. Insofern sollte der Gesetzgeber hier nachsteuern, um dieses Risiko zu minimieren. Dass die Bundesregierung das Risiko sieht, erkennt man an dem ausdrücklichen Berichtsauftrag an die Bundesregierung in § 22 Abs. 4 Satz 2 E-MiLoG.

Bei einer Gesamtbetrachtung ist die Regelung durchaus nicht unkritisch zu sehen; sie dürfte aber im Ergebnis noch verfassungskonform sein.

IX. Ausnahmen für besondere Arbeitnehmergruppen am Beispiel der Zeitungszusteller

Schlussendlich stellt sich die Frage, ob die Arbeitnehmergruppe der Zeitungszusteller vom allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn ausgenommen werden kann. Wäre eine solche Ausnahme haltbar? Dazu liegt ein Gutachten des Bundesverfassungsrichters a.D. Professor Dr. Dr. *Udo Di Fabio*⁴⁷⁶ vor, zu dem hier gesondert Stellung genommen werden soll.

1. Wesentlicher Inhalt des Gutachtens von Di Fabio

Di Fabio geht davon aus, dass ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn in die nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Pressefreiheit eingreift, weil er Mindeststundenlöhne vorsieht, die auch an Zeitungszusteller zu zahlen sind. Damit soll der Gesetzgeber nicht nur in die allgemeine Handlungsfreiheit und in die Berufsfreiheit, sondern auch in die Pressefreiheit eingreifen. Diesen Eingriff hält er unter Berücksichtigung der bereichsspezifischen Besonderheiten des Pressevertriebs für besonders intensiv. Der Gesetzgeber sei verpflichtet, die praktischen Auswirkungen von wirtschaftsspezifischen Gesetzen auf das Pressewesen gesondert zu untersuchen, wenn ein konkreter Anlass dazu bestehe. Dies sei bei der Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns für Zeitungszusteller der Fall.

2. Problemstellung

Zunächst ist zu bemerken, dass es sich bei der gesetzlichen Mindestlohnregelung gerade nicht um einen gesetzlichen Mindestlohn für Zeitungszusteller handelt, sondern um einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn, der gerade nicht nach Branchen differenziert. Dessen ungeachtet, soll hier der Frage nachgegangen werden, ob sich eine solche

⁴⁷⁶ *Di Fabio*, Mindestlohn und Pressefreiheit, Rechtsgutachten, 2014.

spezifische Wirkung und damit auch spezifische Rechtfertigungsanforderungen auf Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herleiten lassen.

In diesem Zusammenhang wird auch der Frage nachzugehen sein, ob die-angenommene Eingriffsintensität des Mindestlohnes insoweit eine schwächere sozial-und arbeitsmarktpolitische Rechtfertigung gegenüber steht, weil das Ziel, die Existenz von Vollzeitbeschäftigung durch auskömmliche Löhne zu sichern, bei typischen Nebenerwerbsverhältnissen angeblich nicht greifen soll. Die weiteren Einwände, die sich aus dem Gutachten von *Di Fabio* gegen die Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns (im Gutachten verstanden als Mindestlohn für Zeitungszusteller) ergeben, werden hier insoweit aufgegriffen, als sie nicht bereits durch die obigen allgemeinen Ausführungen abgehandelt sind.

3. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn

a) Eröffnung des Schutzbereichs

aa) Auffassung Di Fabios

Di Fabio legt seinem Gutachten die Auffassung zu Grunde, dass die Zustellung von Zeitungen durch Boten in den Gewährleistungsbereich der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz) fällt.⁴⁷⁷ Des Weiteren geht er deshalb davon aus, dass Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz auch die Funktionsfähigkeit einer freien Presselandschaft schützt.⁴⁷⁸ Eine bestehende staatliche Fördermaßnahme, die besonders wichtig sei, sei die kostengünstige Verbreitung von Druckschriften durch die Post auf Grundlage des Universaldienstes.

bb) Stellungnahme

Es ist allerdings nicht ersichtlich, in welchem Zusammenhang der allgemeine gesetzliche Mindestlohn mit den Kosten steht, die die Verbreitung von Druckschriften durch die Post verursachen. Das gilt jedenfalls, solange Einwände gegen den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn mit Blick auf etwaige Auswirkungen auf die Zeitungszusteller erhoben werden.

Zweifelsohne hat der Gesetzgeber mit den einschlägigen einfachrechtlichen Regelungen zur Postzustellung das Ziel verfolgt, eine möglichst kostengünstige Zustellung von Presseerzeugnissen zu gewährleisten. Es ist allerdings nicht ersichtlich, dass er dieses Ziel im Zusammenhang mit der Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns aufgegeben hätte. Die entsprechenden Normen sind unangetastet geblieben.

⁴⁷⁷ Gutachten *Di Fabio*, S.18, BVerfG 20.4.1999, NJW 1999, 2106

⁴⁷⁸ Gutachten *Di Fabio*, S.21 ff.

b) Eingriff in die Pressefreiheit

Di Fabio geht davon aus, dass zum Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch die wirtschaftlichen, technischen und gesellschaftlichen Funktionsbedingungen einer freien Presse gehören, eingeschlossen die Informationsbeschaffung, ihre Verarbeitung, die redaktionelle Arbeit, die technische Herstellung, die Werbung, die Verbreitung und der Vertrieb. Auch wenn man nicht jede untergeordnete technische Hilfstätigkeit im Randbereich der Presse unbesehen zum Schutzbereich zählen werde, so sei jedoch ein in der Literatur mitunter einschränkend geforderter Funktionsbezug zur Eigenlogik der Presse bei der Zeitungszustellung ersichtlich gegeben. *Di Fabio* geht davon aus, dass einem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn zumindest eine mittelbare auf die Presse bezogene Wirkung zukomme und es sich daher um einen Grundrechtseingriff handele.⁴⁷⁹

Aus Sicht von *Di Fabio* ergibt sich ein etwaiger Grundrechtseingriff aus folgenden Gründen:

aa) Verteuerung der Zustellung

Er führt aus: „*die morgendliche verlässliche Botenzustellung, deren Bedeutung für den Zeitungsvertrieb im Printbereich zentral ist, könnte sich wegen der zu erwartenden Lohnsteigerungen für die Zusteller so verteuern, dass die Botenzustellung im Vertriebsgebiet insgesamt, jedenfalls aber regional und lokal sich nicht mehr wirtschaftlich rentiert.*“

Der Mindestlohn verpflichte die Zeitungszustellungsunternehmen, ihr bestehendes und bewährtes Abrechnungsmodell auf der Grundlage von Stücklohn umzustellen. Dies führe zu Umstellungskosten und beeinträchtige die Attraktivität der Zeitungsbontentätigkeit für die Zusteller, weil sie Freiheiten der Arbeitsgestaltung verlieren würden.

Indem er die rentable Botenzustellung erschwere, stelle der Gesetzgeber die Weichen für eine weitere Pressekonzentration und behindere die regionalen Presseverlage in einem Leistungsbereich, der ein Alleinstellungsmerkmal und insoweit ein Wettbewerbsvorteil sei.

bb) Stellungnahme

Dass die Zustellung von Presseerzeugnissen sich aufgrund des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns nicht mehr rentieren würde, behauptet *Di Fabio* selbst nicht. Auf die spekulative Annahme, dies könnte der Fall sein, muss der Gesetzgeber sich nicht einlassen.

⁴⁷⁹ Gutachten *Di Fabio*, S. 28 ff.

Rechtstatsächlich stellt sich die Frage, welche Auswirkungen der Mindestlohn überhaupt konkret hat. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Entgelte für die Zusteller nicht mit den „Vertriebskosten“ für die Zeitungen gleich gesetzt werden können, weil die Zeitungen unter diese auch die Abonnentenwerbung und die Logistikmitarbeiter fassen. Nach Berechnungen von Verdi liegt der durchschnittliche Stundenlohn eines Zustellers (umgerechnet aus dem Stücklohn) bei 7,79 € zuzüglich etwaiger Zuschläge. Im Westen sei nur mit einer kleinen Entgelterhöhung durch den Mindestlohn zu rechnen. Als problematisch werden lediglich Betriebe im Osten und solche ohne Betriebsrat eingestuft, die teilweise Stundenlöhne (wiederum umgerechnet) von 5 € und darunter erreichen.⁴⁸⁰

Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Zustellkosten weniger als 15 % der Gesamtkosten der Verlage betragen.⁴⁸¹ Die durchschnittlichen Abonnementpreise liegen bei monatlich 25 €, teilweise deutlich höher, wobei die Zustellkosten bei ca. 3 € liegen. Es ist nicht ansatzweise ersichtlich, dass sich die absehbare Erhöhung der Mindestentgelte der Zusteller massiv negativ auswirken könnte. Insgesamt zeigt sich, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn in einen eher nachrangigen Kostenbereich der Zeitungen eingreift. Überdies sind in den letzten Jahren die Abonnementpreise gestiegen, die Zustellerlöhne sind aber rückläufig oder stagnieren. Dies zeigt, dass die Vergütung der Zusteller von der allgemeinen Lohn- und Preisentwicklung abgekoppelt ist. Weitgehend fehlende Tarifverträge lassen erkennen, dass die Zeitungszusteller mit Recht von der Zielsetzung des E-MiLoG profitieren dürfen.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Annahme, der allgemeine gesetzliche Mindestlohn zwingt zu einer Abkehr vom Stücklohn, unzutreffend ist. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn erfordert lediglich eine Dokumentation der Arbeitszeit. Danach ist eine Umrechnung ohne Weiteres möglich. Es ist lediglich ein Vergleich von Stücklohn und Zeitlohn notwendig. Dort, wo der Mindestlohn nicht erreicht wird, gibt es einen ergänzenden Anspruch. Wie hierdurch die Freiheit der Zusteller zur Arbeitseinteilung eingeschränkt werden sollte, ist nicht ersichtlich. Wann die Zustellung erfolgen soll, schreibt das Gesetz nicht vor.

c) Rechtfertigung

Es stellt sich die Frage, ob ein etwaiger Eingriff in die Pressefreiheit durch einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn nach den bereits dargestellten Rechtfertigungsstatbeständen gerechtfertigt werden kann.

⁴⁸⁰ Vgl. dazu insgesamt: Stellungnahme Verdi zum Branchendialog Zeitungsverlage/Anzeigenblätter am 7.3.2014 im BMAS.

⁴⁸¹ Stellungnahme Verdi zum Branchendialog Zeitungsverlage/Anzeigenblätter am 7.3.2014 im BMAS.

aa) Legitimes Ziel, Geeignetheit und Erforderlichkeit

Dass im Lichte der Pressefreiheit die vom Gesetzgeber mit dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn verfolgten Ziele illegitim wären, behauptet auch *Di Fabio* nicht. Ebensovienig ist ersichtlich, dass die Pressefreiheit der Geeignetheit oder Erforderlichkeit der in Aussicht genommenen gesetzgeberischen Maßnahme entgegenghalten werden könnte.

bb) Angemessenheit

Fraglich ist aber, ob – wie von *Di Fabio* angenommen⁴⁸² – die Angemessenheitsprüfung wegen des besonderen Gewichts der Pressefreiheit anders ausfallen muss.

(1) Gewicht der mit dem Gesetz verfolgten Ziele

Auch mit Blick auf die Pressefreiheit wiegen die Ziele des Gesetzgebers schwer. Es gibt keine graduelle Abstufung nach der Art des Arbeitgebers.

(2) Gewicht des betroffenen Rechtsguts

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber die Pressefreiheit im Gesetzgebungsverfahren besonders berücksichtigen muss.

Wie bereits ausgeführt, ist der Gesetzgeber berechtigt, auch in Ansehung der Berufsfreiheit der Unternehmen zu typisieren und gerade nicht verpflichtet, jede erdenkliche Folge eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns *ex ante* zu überprüfen.⁴⁸³ Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber die bereits dargestellten Sollbruchstellen in das Tarifautonomiestärkungsgesetz implementiert hat, die es möglich machen, wirtschaftliche Fehlentwicklungen zu berücksichtigen. Im Übrigen legt *Di Fabio* an keiner Stelle dar, wegen welcher wirtschaftlicher Umstände der Gesetzgeber Anlass hätte, von seiner typisierenden Betrachtungsweise abzurücken.

Berücksichtigt man die vorhandenen Daten, so scheint es schwer nachvollziehbar, eine intensive Betroffenheit anzunehmen. Im Übrigen hat der Gesetzgeber im Vorfeld des Gesetzes durch Gespräche mit den Sozialpartnern versucht, sich ein differenziertes Bild von der Branche zu machen.

Eine allgemeine Umkehr der Darlegungslast, wie sie *Di Fabio* annimmt⁴⁸⁴, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Typisierung gerade nicht gegeben. Vielmehr bedarf es konkreter besonderer Umstände, die den Gesetzgeber zwingen, sich im Detail mit den Folgen einer Regelung auseinander zu setzen. Dies lässt sich

482 Gutachten *Di Fabio*, S. 43 ff.

483 Vgl. dazu oben 3. Abschnitt C. III. 3. b).

484 Gutachten *Di Fabio*, S. 45.

aber ohne tatsächliche Umstände nicht belegen. Das bloß abstrakte Gewicht einer verfassungsrechtlich geschützten Position wird dazu regelmäßig nicht ausreichen.

Der bloße Eintritt wirtschaftlicher Folgen für eine Branche ist erkennbar ungeeignet, besondere Prüfpflichten auszulösen, weil ansonsten die Tatsache, dass das Gesetz sofort wirkt, eine Typisierung nicht zulassen würde. Deswegen ist der Gesetzgeber gerade nicht verpflichtet, durch detaillierte Auseinandersetzung mit den Folgen des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns für die Presselandschaft darzulegen, dass dieser keine unverhältnismäßigen Wirkungen hat. Der Gesetzgeber geht vielmehr aufgrund der ihm zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielräume in vertretbarer Weise davon aus, dass unzumutbare negative Folgen nicht eintreten. Etwas anderes kann nur dort gelten, wo die Annahmen des Gesetzgebers auch in Ansehung der zurückgenommenen Kontrolldichte unter keinem Gesichtspunkt vertretbar sind und sich bei objektiver Betrachtungsweise negative Folgen aufdrängen. Die Tatsache allein, dass ein Mindestlohn zu einer Lohnerhöhung führen kann, ist dazu nicht ausreichend.

Dagegen spricht auch nicht das besondere Gewicht der Pressefreiheit. Denn auch die Tarifautonomie hat ein besonderes Gewicht, woraus sich aber noch nichts für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns ergibt.

(3) Gewicht der konkreten Eingriffs

Die vorstehenden Erwägungen gelten insbesondere, weil gravierende Folgen des Mindestlohns, etwa weil sich die Zustellungen verteuerten, nicht ansatzweise ersichtlich sind. Das Gutachten von *Di Fabio* enthält dazu keine belastbaren Angaben. Die Eingriffsintensität ist damit gegenwärtig bloß behauptet. Soweit *Di Fabio* davon ausgeht, diese sei nicht erforderlich, ist dies unzutreffend. Insoweit ist auf die bereits dargestellte Rechtsprechung des BVerfG zur Typisierung zu verweisen.

Die von *Di Fabio* geforderten „Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten“⁴⁸⁵ beinhaltet das Gesetz durch seinen Anpassungsmechanismus.⁴⁸⁶

Der Gesetzgeber muss zwar nicht darauf hinweisen, dass sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für den Vertrieb von Presseergebnissen trotz Pressefreiheit und auch ohne das Zutun des Gesetzgebers verändern, etwa durch die zunehmende Digitalisierung. Er kann aber darauf abstellen, dass die Kostenstruktur von Presseunternehmen noch durch andere Faktoren als die Zustellung beeinflusst wird. Im Übrigen müssen die Presseunternehmen insoweit mit den gleichen wirtschaftlichen Fragestellungen leben, die auch die übrige Wirtschaft mit Blick auf die Einführung des Mindestlohns zu bewältigen hat. Insoweit ist nicht ersichtlich, dass sie – wegen ihrer Eigenschaft als Presseunternehmen – durch den Mindestlohn intensiver getroffen würden als andere Wirtschaftszweige.

485 Gutachten *Di Fabio*, S. 46.

486 Siehe dazu oben I. Abschnitt B. IV. S. 24.

Insgesamt ist mit der Zustellung nur ein Randbereich der Pressefreiheit betroffen, wobei die Betroffenheit gegenwärtig als eher wenig intensiv zu veranschlagen ist.

(4) Abwägung

(a) Unangemessenheit wegen Wettbewerbsverschiebung gegenüber den Rundfunkanstalten?

Die Annahme, dass der Gesetzgeber die Kostenstruktur der Presseunternehmen durch den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn in unangemessener Weise gegenüber den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten verschiebe, ist kein Gesichtspunkt, der eine besondere Eingriffsintensität begründen würde.

Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn gilt auch gegenüber den öffentlich-rechtlichen Rundfunkunternehmen. Wie diese getroffen werden, braucht den Gesetzgeber im Verhältnis zu den Presseunternehmen nicht zu interessieren.⁴⁸⁷ Soweit der öffentlich-rechtliche Rundfunk durch seine Förderung einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Presseunternehmen hat, ist der allgemeine gesetzliche Mindestlohn kein geeigneter Ansatzpunkt, dieses Problem zu lösen. Ein solches Vorgehen setzte überdies voraus, dass man einen etwaigen Wettbewerbsvorteil als verfassungsrechtlich zu beanstandendes Problem begreift.

Di Fabio reklamiert eine staatliche Schutzpflicht für die Pressefreiheit, derentwegen von einem gesetzlichen Mindestlohn für Zeitungszusteller abzusehen sei. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass die erforderlichen Voraussetzungen für einen Anspruch aus einer präsumtiven Schutzpflicht vorliegen.⁴⁸⁸

Denn dafür müsste zum einen die Gefährdung der Pressefreiheit durch die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nachgewiesen werden, was gegenwärtig nicht ersichtlich ist. Des Weiteren müsste dieser Ansatz eine geeignete Lösung⁴⁸⁹ dafür darstellen, auf einen Mindestlohn für Zeitungszusteller zu verzichten. Denn ansonsten wäre der Gesetzgeber bei einer existenziellen Gefährdung aufgrund seines Beurteilungs- und Ermessensspielraums⁴⁹⁰ sehr frei, das von ihm als geeignet angesehene Mittel zu wählen.

Dass der allgemeine Mindestlohn den Weg in eine Staatspresse ebnet, weil den Zustellern ein Mindestlohn gezahlt werden muss⁴⁹¹, erscheint weit hergeholt.

487 A.A. Gutachten *Di Fabio*, S. 57 ff.

488 Vgl. Sachs/*Sachs* (6. Aufl. 2011), vor Art. 1 Rn. 35 ff.

489 Vgl. dazu Sachs/*Sachs* (6. Aufl. 2011), vor Art. 1 Rn. 36.

490 Sachs/*Sachs* (6. Aufl. 2011), vor Art. 1 Rn. 35.

491 So *Di Fabio*, Gutachten, S. 64.

(b) Unangemessenheit fehlender Bereichsausnahmen

Auch im Lichte der besonders gewichtigen Pressefreiheit ist die Entscheidung des Gesetzgebers, einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn ohne Bereichsausnahmen festzulegen, nicht zu beanstanden. Wie auch in anderen Branchen geht der Gesetzgeber in vertretbarer Weise davon aus, dass die von ihm gezogene Untergrenze keine unangemessenen wirtschaftlichen Folgen haben wird. Der eher geringen Eingriffsintensität steht eine Vielzahl gewichtiger Rechtsgüter gegenüber. Der Gesetzgeber hat diesen in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise den Vorrang gegeben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bei den weiteren Anpassungen des Mindestlohns etwaige Fehlentwicklungen berücksichtigen kann und die Presseunternehmen ihre Interessen durch eine Stellungnahme in das Verfahren einbringen können.

(c) Bestehende Privilegien der Presseunternehmen

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber den Besonderheiten der Presseunternehmen bereits durch eine Vielzahl arbeitsrechtlicher Privilegien Rechnung getragen hat. Sie unterliegen daher bereits jetzt nicht vollständig dem Arbeitsrecht, soweit dies mit ihrem Charakter als Tendenzunternehmen unvereinbar ist. Insofern ist nicht zu Unrecht von einem „Sonderarbeitsrecht der Presse“⁴⁹² die Rede. Ein Beispiel für Sonderregelungen ist § 118 BetrVG. Insofern ist bei einer Gesamtbetrachtung auch nicht zu erkennen, dass der Gesetzgeber keine hinreichende Rücksicht auf die legitimen Belange einer freien Presse nehme, soweit er arbeitsrechtliche Schutzvorschriften erlässt. Der Mindestlohn betrifft aber weder direkt noch indirekt den Tendenzschutz für Presseunternehmen. Eine weitere Privilegierung ist auch vor diesem Hintergrund nicht angezeigt.

d) Fazit

Bei einer Gesamtbetrachtung ist der Gesetzgeber nicht gehalten, für welche Branche auch immer Ausnahmen vom allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn vorzusehen. Dies gilt auch für den Pressebereich. Es ist nicht ersichtlich, dass die Presse durch die Anwendbarkeit des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns auf Zeitungszusteller in unzumutbarer Weise belastet würde. Es bestehen auch keinerlei Umstände, die den weiten Beurteilungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers einschränken würden. Die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn vorzusehen, sind auch in Ansehung der Pressefreiheit besonders gewichtig.

4. Ergebnis

Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn ist auch in Ansehung der Pressefreiheit verfassungsgemäß. Ausnahmen sind insoweit nicht geboten.

492 Giesen, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 336.

4. Abschnitt: Gesamtergebnis

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns – E-MiLoG – im Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Lediglich die Ausnahme in § 22 Abs. 2 E-MiLoG für Jugendliche unter 18 Jahren erweist sich als nicht folgerichtiges, zweckwidriges, ungeeignetes und unverhältnismäßiges Mittel.
2. Der Bundesgesetzgeber hat gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG die Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht. Er ist befugt, zwingende Mindestarbeitsbedingungen wie einen allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn zu schaffen.
3. Das gesamte Arbeitsrecht (Individual- und Kollektivarbeitsrecht; Arbeitsschutz) dient der Kompensation der strukturell unterlegenen abhängig beschäftigten Arbeitnehmer.
4. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist der Gesetzgeber berechtigt, wenn nicht gar verpflichtet, arbeitsrechtliche Regelungen zu schaffen und damit seiner staatlichen Schutzpflicht für die strukturell unterlegene Partei des Arbeitsvertrags, also den Arbeitnehmer, nachzukommen.
5. Der Gesetzgeber hat bereits vielfältige punktuelle Maßnahmen zur Sicherung tariflicher Mindestarbeitsbedingungen geschaffen. Mit Ausnahme des Mindestarbeitsbedingungengesetzes setzen bislang alle Instrumente entweder nur in einzelnen Branchen oder bestimmten wirtschaftlichen Sektoren an. Ferner setzen die bisherigen Mindestlohnregelungen Tarifverträge als Grundlage voraus, um sie auf Nichttarifgebundene erstrecken zu können. Wegen dieser Begrenzung sind die bisherigen Systeme ungeeignet, einigen immer drängender werdenden Problemen zu begegnen:
 - a. In einem erheblichen Teil des deutschen Arbeitsmarktes, insbesondere in den neuen Bundesländern, können bestimmte Branchen oder Gebiete durch tarifvertragliche Regelungen nicht erfasst werden. Mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz reagiert der Gesetzgeber auf dieses Problem. Die Tarifbindung ist allein in den Jahren 1998-2012 von 74 % auf 58 % gesunken. In den tariflosen Bereichen des Arbeitsmarktes versagen sowohl die tarifgestützten Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) als auch die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.

- b. Nach Daten des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung und des Statistischen Bundesamtes ist seit dem Jahr 2001 die Zahl der Voll- und Teilzeitbeschäftigten mit einem Niedriglohn von 17,4 % auf 21,7 % gestiegen. Zwischen 11 % und 15 % aller Beschäftigten verdienen weniger als 8,50 € pro Stunde. Deutschland hat auch im EU-Durchschnitt (17,1 %) einen außerordentlich hohen Niedriglohnsektor (Vergütung unterhalb 9,15 €) in Höhe von 22,2 % (im Vergleich Schweden: 2,5 %).
 - c. Die bestehenden Instrumente zur Sicherung von Mindestentlohnung (Allgemeinverbindlicherklärung, per Rechtsverordnung angeordnete tarifgestützte Mindestlöhne) können weder sicherstellen, dass in einer Branche überhaupt Tarifverträge geschlossen werden, noch dass eine existenzsichernde Mindesthöhe erreicht wird.
6. Ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn ergänzt das bestehende System des Arbeitsrechts und setzt in seiner Schutzwirkung an mehreren Stellen an. Er schließt die wachsenden Schutzlücken, die die tarifgestützten Mindestlöhne lassen (müssen). Damit wird auch deutlich, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn weder Widerspruch noch Alternative zum Tarifvertrag oder zu den tarifgestützten Mindestlöhnen und der Allgemeinverbindlicherklärung ist. Er setzt nur dort an, wo die Tarifvertragsparteien aus eigener Kraft nicht mehr zur angemessenen Regulierung der Entgelte in der Lage sind.
7. Für die verfassungsrechtliche Bewertung und Rechtfertigung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns sind die Ziele des Gesetzgebers von entscheidender Bedeutung. Die aus dem Gesetzentwurf des Tarifautonomiestärkungsgesetzes erkennbaren Ziele sind:
 - a. Kompensation struktureller Unterlegenheit des Arbeitnehmers.
 - b. Schutz vor unangemessen niedrigen Löhnen durch eine allgemeine Lohnuntergrenze.
 - c. Verringerung staatlicher Transferleistungen. Der gesetzliche Mindestlohn soll verhindern, dass der Lohnkostenwettbewerb zwischen den Unternehmen zu Lasten der sozialen Sicherungssysteme geführt wird. Es soll der Fehlentwicklung entgegengewirkt werden, dass nicht existenzsichernde Entgelte durch staatliche Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende aufgestockt werden. Über 1,3 Millionen Beschäftigte erhalten zusätzliche Sozialleistungen, um das Grundsicherungsniveau der Sozialhilfe zu erreichen.
 - d. Stabilisierung des Sozialversicherungssystems.
 - Verbesserung der Altersversorgung für Arbeitnehmer im Niedriglohnsektor. Der Mindestlohn soll die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass bei 45 Ver-

sicherungsjahren ein Anspruch aus der gesetzlichen Rentenversicherung entsteht, der oberhalb der Grundsicherung liegt.

- Sicherung eines auskömmlichen Lohnes auch für Erwerbstätige mit Kleinstrenten.
 - Verbesserung des Beitragsaufkommens der Sozialversicherung.
- e. Schutz der deutschen Wirtschaft (Beispiel Baubranche, Leiharbeit) im europäischen Wettbewerb.
8. Das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns verstößt weder gegen die Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) noch gegen die Berufsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 12 Abs. 1 GG).
 9. Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.
 10. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist davon auszugehen, dass staatliche Mindestnormsetzung im Arbeitsrecht als „Eingriff“ in die Tarifautonomie zu werten ist. Das ist nach diesseitiger Auffassung nicht überzeugend. Die verfassungshistorische Entwicklung zeigt, dass zur Zeit der Verabschiedung des Grundgesetzes ein Nebeneinander von staatlicher und tarifvertraglicher Setzung von Mindestarbeitsbedingungen selbstverständlicher Ausgangspunkt war. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit ist kein Grundrecht gegen Arbeitnehmerschutz.
 11. Dem steht die Erkenntnis des BVerfG gegenüber, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Tarifvertragsparteien in dem für tarifvertragliche Regelungen zugänglichen Bereich zwar ein Normsetzungsrecht verleiht, aber kein Normsetzungsmonopol. Der Gesetzgeber bleibt befugt, das Arbeitsrecht zu regeln (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Damit verbundene Beeinträchtigungen der Tarifautonomie sind verfassungsgemäß, wenn der Gesetzgeber mit ihnen die Grundrechte Dritter oder andere Güter mit Verfassungsrang schützen will und die Eingriffe verhältnismäßig sind.
 12. Dessen ungeachtet ist ein Eingriff durch staatliche Mindestlohnsetzung durch legitime Ziele gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat ein geeignetes, erforderliches und verhältnismäßiges Mittel gewählt.
 13. Das BVerfG hat bereits eine Vielzahl von Rechtfertigungsgründen für Eingriffe in die Tarifautonomie entwickelt. Anerkannt wurden bereits die staatlichen Schutzpflichten für die Arbeitnehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG, die Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit, die finanzielle Stabilität des Systems der sozialen Sicherung sowie der Erhalt der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Auf alle diese Recht-

fertigungsgründe kann sich der Gesetzgeber auch bei der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes stützen.

14. Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber bei der Umsetzung seiner legitimen Ziele einen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum ein.
15. Das BVerfG differenziert den Schutz, den Art. 9 Abs. 3 GG gewährt, nach der Intensität des Eingriffs. Je stärker der Eingriff, umso gewichtiger müssen die Rechtfertigungsgründe sein.
16. Das Tarifautonomiestärkungsgesetz mit dem integrierten E-MiLoG stellt einen schonenden, die Tarifautonomie eher fördernden denn belastenden „Eingriff“ in die Tarifautonomie dar.
 - a. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für tarifvertragliche Entgeltregelungen. Es greift nur ergänzend der Anspruch auf den Mindestlohn, falls die Tarifregelungen unterhalb der gesetzlichen Grenze liegen (vgl. § 1 Abs. 3 E-MiLoG). Es werden mithin lediglich den Mindestlohn unterschreitende Niedriglöhne verhindert. Die Regelung markiert den Mindestlohn gewissermaßen als gesetzlich fixierte Sittenwidrigkeitsgrenze.
 - b. Durch das E-MiLoG wird nur ein sehr kleiner Teil regelbarer Mindestarbeitsbedingungen betroffen, nämlich die untersten Entgeltgruppen. Im Übrigen wird in tarifvertragliche Regelungen nicht eingegriffen.
 - c. Ein Eingriff in die Tarifautonomie kann in Branchen oder Wirtschaftszeigen nicht vorliegen, in denen keine Tarifverträge bestehen. In diesen Bereichen ist die größte Wirkung des MiLoG zu erwarten. Insofern wird auch nicht die Chance für die Sozialpartner, Tarifverträge zu schließen, behindert.
 - d. Dass eine Mindestlohnregelung zu einem „Abreiz“ führt, Mitglied einer Koalition zu werden, lässt sich empirisch nicht belegen.
 - e. Einen Anreiz für alte und neue tarifautonome Regelungen sieht der Entwurf des Mindestlohngesetzes in § 24 E-MiLoG vor. Der Anreiz wird dadurch hergestellt, dass bis zum 31.12.2016 für alte, aber auch für neue Tarifverträge vom Mindestlohn 8,50 € abgewichen werden kann. Durch § 7a AEntG schafft der Gesetzgeber eine Möglichkeit, in sämtlichen Branchen (§ 4 Abs. 2 E-AEntG) Tarifverträge nach dem AEntG zu erstrecken. Überdies wird in § 24 Satz 2 E-MiLoG klargestellt, dass diese Regelung entsprechend für die Pflegebranche (§ 11 AEntG) und die Leiharbeit (§ 3a AÜG) gilt. Insofern können die Sozialpartner in den jeweiligen Branchen den Übergang selbst organisieren.
 - f. Des Weiteren kommen zukünftige Änderungen des Mindestlohnes nur auf Vorschlag der Mindestlohnkommission zustande, in der die Vertreter der Spitzenorganisationen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern stimmberechtigt sind.

Das Gesetz gewährleistet also, dass die Interessen der Tarifvertragsparteien berücksichtigt werden können. Im Verfahren ist darüber hinaus die Möglichkeit einer Anhörung vorgesehen (§ 10 Abs. 3 E-MiLoG). Außerdem dürfen die Spitzenorganisationen gem. § 11 Abs. 2 Satz 1 E-MiLoG eine Stellungnahme zu einer beabsichtigten Rechtsverordnung abgeben.

- g. Da Ende 2013 lediglich 10 % der tariflichen Vergütungsgruppen unter 8,50 € lagen, verteilt auf im Wesentlichen acht Branchen, wird deutlich, dass ein Großteil der Wirtschaftszweige von einem Mindestlohn von 8,50 € bereits aktuell nicht erfasst wird. Wenn der allgemeine Mindestlohn ab 1.1.2017 flächendeckend greift, wird das MiLoG nur noch für wenige tarifizierte Branchen greifen, da bereits heute absehbar ist, dass die Niedriglohntarife angehoben werden.
17. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu beachten, dass das Gewicht, das der jeweiligen Betätigung für die Koalitionsfreiheit zukommt, durch den Grad der Un-erlässlichkeit der Betätigung mitbestimmt wird. Andererseits hat der Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum („Einschätzungsprärogative“) bei der Frage, ob Regelungen geeignet, erforderlich und angemessen sind. Dies gilt insbesondere in den Bereichen der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung.
 18. Sowohl hinsichtlich der Eignung als auch der Erforderlichkeit von Maßnahmen auf dem Gebiet der Wirtschafts-, Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik hat das BVerfG einen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers anerkannt.
 19. Das BVerfG hat den arbeits- und sozialpolitischen Maßnahmen des Gesetzgebers durchgängig ein erhebliches Gewicht, ja sogar „überragende Bedeutung“ beige-messen (so zur Tariftreuregelung). Die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und gleich-zeitig die finanzielle Stabilität des Systems der sozialen Sicherung zu gewährle-isten, ist ein besonders wichtiges Ziel, bei dessen Verwirklichung dem Gesetzgeber ein großer Entscheidungsspielraum zusteht.
 20. Alle mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz verfolgten Ziele der
 - a. Stabilisierung und Funktionssicherung des Sozialversicherungssystems (Erhö-hung des Beitragsaufkommens, Verbesserung der Altersrenten, Verringerung von Sozialtransfers, Verteilungsgerechtigkeit in der Kranken- und Pflegever-sicherung),
 - b. Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie,
 - c. Bekämpfung des Lohnkostenwettbewerbs zur Vermeidung von Arbeitslosig-keit und der
 - d. Kompensation struktureller Unterlegenheit der Arbeitnehmer

haben erhebliches Gewicht im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG. Der Einschätzungs- und Prognosespielraum hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit ist erkennbar nicht überschritten.

21. Mildere Mittel sind nicht erkennbar. Die denkbare „erga-omnes-Wirkung“ von Tarifverträgen würde zur mitgliederunabhängigen zwingenden Wirkung führen. Darüber hinaus wäre sie nicht gleich geeignet, weil der Ansatz nur wirkt, wenn überhaupt Tarifverträge in einem Bereich vorhanden sind. Es blieben genau die Schutzlücken, die das MiLoG schließen will. Im Übrigen würde eine solche Erstreckung ganzer Tarifverträge intensiver wirken als ein bloßer gesetzlicher Mindestlohn. Damit ist dieser Ansatz als milderes Mittel nicht geeignet. Auch eine Ausweitung des AEntG löste nicht das Problem der tariflosen Zonen und der ggf. unterhalb der Mindestgrenze liegenden Lohngruppen. Es fehlt damit auch dem erweiterten AEntG an der gleichen Eignung. Wo es gelingt, höhere Mindestlöhne als 8,50 € zu erzielen, ist das AEntG im Ergebnis kein milderes Mittel als der allgemeine gesetzliche Mindestlohn.
22. Die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems wird durch den Mindestlohn insoweit gestärkt, als für Arbeitgeber der Anreiz gemindert wird, einem Arbeitgeberverband fernzubleiben. Festzustellen ist schon jetzt eine Anreizwirkung der absehbaren Gesetzgebung auf die Einigungsfähigkeit der Tarifparteien. So haben die Tarifvertragsparteien des Friseurhandwerks, nachdem jahrelang die Branche unter Niedriglöhnen gelitten hatte, Ende 2013 einen Mindestlohntarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären lassen, der differenziert zwischen Ost und West vom 1.1.2013 bis zum 1.8.2015 den Mindestlohn einheitlich auf 8,50 € anhebt.
23. Es ist nur ein scheinbarer Widerspruch, dass der präsumtive Eingriff in die Tarifautonomie sie zugleich stärkt. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn trifft ja primär die Bereiche, in denen die Tarifautonomie gestört ist. Insofern ist nach den konkreten Auswirkungen zu fragen. Überdies begrenzt ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn den Wettbewerbsvorteil von Außenseitern gegenüber tarifgebundenen Arbeitgebern. Die Begrenzung des Lohnkostenwettbewerbs trägt zu einer Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bei.
24. Unzweifelhaft führt das gesetzgeberische Gesamtpaket des Tarifautonomiestärkungsgesetzes mit der Reform der Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) und des AEntG zu einer Stärkung der Tarifautonomie durch die erleichterte Erstreckung. Der allgemeine Mindestlohn wirkt gegenüber diesen Maßnahmen nur subsidiär.
25. Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des BVerfG ist ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn auch in Ansehung des Zieles, durch die Begrenzung von Lohnkostenwettbewerb Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und so die Arbeitnehmer zu schützen, angemessen. Den sehr begrenzten Auswirkungen auf die Tarifauto-

nomie steht gegenüber, dass der allgemeine gesetzliche Mindestlohn es auch ermöglicht, den Lohnkostenwettbewerb durch ausländische Arbeitgeber im Inland einzuschränken.

26. Der allgemeine Mindestlohn kompensiert die strukturelle Schwäche der Arbeitnehmer, die ohne kollektive Interessenvertretung sind. Der Befund, dass Millionen Menschen ein Entgelt nicht erreichen, das ein Auskommen ohne soziale Transferleistungen sichert, legitimiert den Gesetzgeber in höchstem Maße, diesem Zustand entgegenzuwirken.
27. Das gesetzgeberische Ziel, unangemessene Löhne zu verhindern, wiegt schwer. In Ansehung des Sozialstaatsprinzips kann der Gesetzgeber einen Mindestlohn anstreben, der nicht nur unangemessene Löhne verhindert, sondern auch eine auskömmliche Altersversorgung ohne Sozialtransfers zumindest wahrscheinlicher macht. Mit Blick auf dieses Ziel ist die Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns daher verfassungskonform.
28. Der allgemeine Mindestlohn nach Maßgabe des E-MiLoG greift auch nicht unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 12 Abs. 1 GG) ein.
29. Das BVerfG hat das Recht des Gesetzgebers anerkannt, die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen einzelvertraglich zu vereinbaren, durch zwingendes Gesetzesrecht zu begrenzen, um sozialen oder wirtschaftlichen Ungleichgewichten entgegenzuwirken.
30. Dabei ist ein verhältnismäßiger Interessenausgleich zwischen den regelmäßig kollidierenden Grundrechtsträgern anzustreben. Dafür verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Dieser Kontrollmaßstab erfasst nur evidente Missgriffe.
31. Für die Zulässigkeit der Regulierung von Entgeltregelungen hat das Bundesverfassungsgericht unlängst die maßgeblichen Gesichtspunkte festgehalten. Von der Zulässigkeit ist danach auszugehen, wenn
 - a. den Vertragsparteien nicht jeglicher Verhandlungsspielraum genommen wird, sondern lediglich ausgeschlossen ist, dass die Verhandlungsstärke ausgenutzt und eine unangemessen niedrige Vergütung vereinbart wird,
 - b. es sich nicht um eine allgemeine Beschränkung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsleben handelt, sondern um eine Ausnahmeregelung für einen Bereich, in dem der Gesetzgeber von einem typischerweise bestehenden Verhandlungsungleichgewicht zwischen den Parteien ausgehen darf, und
 - c. die Festsetzung des Entgelts ausreichend Spielraum für die Interessen der Beteiligten lässt.

32. Diese Voraussetzungen erfüllt das MiLoG. Die Festlegung der konkreten Höhe des Mindestlohns von 8,50 € ist aus Rechtsgründen ebenso wenig zu beanstanden, weil der Gesetzgeber bei der Festlegung der konkreten Höhe einen besonders weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum hat, den er durch den Rückgriff auf die Pfändungsfreigrenze als grobe Orientierung jedenfalls sachlich fundiert hat.
33. Ein verfassungsrechtliches Gebot einer Differenzierung nach Branchen und Personengruppen hinsichtlich des Mindestlohns besteht nicht. Grundsätzlich ist der Gesetzgeber – insbesondere auch, wenn er gesetzliche Regelungen zur Vergütung schafft – befugt, eine generalisierende Betrachtungsweise zugrunde zu legen, die nicht jeden Einzelfall berücksichtigt. Insofern ist er zur Aufstellung einer allgemeinen Lohnuntergrenze berechtigt.
34. Das BVerfG betont, dass bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer wirtschaftsordnenden gesetzlichen Regelung im Bereich der Berufsausübung nicht die Interessenlage eines Einzelnen maßgebend sein kann, sondern eine generalisierende Betrachtungsweise geboten ist. Er muss auch bei einer pauschalisierenden und typisierenden Festlegung nicht jeden Einzelfall berücksichtigen. Dem Gesetzgeber wird dabei ein denkbar großzügiger Maßstab eingeräumt: *„Selbst wenn die Vergütungsregelung im Einzelfall tatsächlich zur Existenzgefährdung einzelner Betriebe führen sollte, folgte hieraus noch nicht die Verfassungswidrigkeit der Regelung (vgl. BVerfGE 30, 292 (316)).“*
35. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber in willkürlicher Weise zu der Entscheidung gelangt wäre, den Mindestlohn für alle Branchen spätestens ab 2017 einheitlich festzulegen und dabei keine Abweichungen für bestimmte Branchen zuzulassen. Vielmehr erscheint diese Entscheidung angesichts der von ihm verfolgten Ziele konsequent und angesichts der betroffenen Interessen der Unternehmer zumutbar. Dass Unternehmen härter getroffen werden, die aus seiner Sicht unangemessenen Lohnkostenwettbewerb betreiben, bewegt sich im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums.
36. Der allgemeine gesetzliche Mindestlohn ist von seiner Grundkonzeption und Begründung her ausnahmefeindlich. Verfolgt der Gesetzgeber die von ihm selbst gesetzten Ziele konsequent, also ein angemessenes Lohnminimum anzustreben und die hiervon abhängigen Ziele (Sicherung der Sozialsysteme, Vermeidung von Dumpingwettbewerb, Stärkung der Tarifautonomie) zu verfolgen, geht er mit großflächigen Ausnahmen das Risiko ein, die Reform selbst wegen unsachgemäßer Ausnahmen verfassungsrechtlich zu gefährden.
37. Auch wenn der Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative hat, ist zu beachten, dass Ausnahmen von einem allgemeinen Gesetz zu einer Systemwidrigkeit führen können, durch die die Ausnahme oder gar das gesamte Gesetz gegen den

Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Ausnahmen von einer folgerichtigen Umsetzung bedürfen deshalb eines besonderen sachlichen Grundes.

38. Der Gesetzentwurf zum Tarifautonomiestärkungsgesetz ist mit Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich des Mindestlohns – in Ansehung dieser verfassungsrechtlichen Lage – zu Recht sehr zurückhaltend.

a. § 22 Abs. 1 Satz 2 E-MiLoG stellt Praktikantinnen und Praktikanten im Sinne des § 26 BBiG Arbeitnehmern gleich und bedeutet eher eine sachgerechte Erstreckung des Mindestlohns auf Volontäre und Trainees, die der existenzsichernden Grundeinkünfte bedürfen.

b. § 22 Abs. 2 E-MiLoG schließt Personen, die noch keine 18 Jahre alt sind, also Jugendliche und Kinder, von der Anwendung des E-MiLoG aus.

c. § 22 Abs. 3 und 4 E-MiLoG stellt klar, dass

- zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte,
- ehrenamtlich Tätige,
- Praktikantinnen und Praktikanten, die ein Praktikum verpflichtend im Rahmen einer Schul-, Ausbildungs- oder Studienordnung leisten,
- die ein Praktikum von bis zu sechs Wochen zur Orientierung für eine Berufsausbildung oder für die Aufnahme eines Studiums leisten oder
- die an einer Einstiegsqualifizierung nach § 54a SGB III teilnehmen und
- Langzeitarbeitslose im Sinne des § 18 SGB III, jedenfalls für einen gewissen Zeitraum,

nicht von dem E-MiLoG erfasst werden.

39. Die im E-MiLoG geregelten Ausnahmen sind bis auf die Ausnahme in § 22 Abs. 2 E-MiLoG (Freistellung vom Mindestlohn für Minderjährige) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Weitere Ausnahmen sind verfassungsrechtlich nicht geboten.

40. Würde der Gesetzgeber weitere Arbeitnehmergruppen von der Mindestlohnregelung ausnehmen, könnte das Gesetz insgesamt verfassungswidrig werden. Das gilt insbesondere, wenn willkürliche bestimmte Branchen oder Berufsgruppen privilegiert oder gar solche Arbeitnehmergruppen wie Teilzeitbeschäftigte und Mini-Jobber ausgenommen würden, die in besonders starkem Maße von Niedriglöhnen betroffen sind.

- a. Für Saisonbeschäftigte, Erntehelfer oder Taxifahrer ist kein plausibler und verfassungsrechtlich tragbarer Grund für die Rechtfertigung einer Ausnahmeregelung festzustellen.
- b. Teilzeitbeschäftigte und geringfügig Beschäftigte sind, wie das Teilzeit- und Befristungsgesetz regelt, normale Arbeitnehmer (vgl § 2 Abs. 2 TzBfG), für die der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt (§ 4 Abs. 1 TzBfG). Für sie gilt das Prinzip gleicher Lohn für gleiche Arbeit. Dieses Prinzip gilt auch verfassungsrechtlich und unionsrechtlich. Überdies kollidiert eine unterschiedliche Bezahlung mit dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, weil Frauen in diesen Beschäftigungsformen überwiegend vertreten sind.
- c. Ein Sachgrund, weshalb Arbeitnehmer, die bereits einen Anspruch auf Altersrente haben, von dem Prinzip gleicher Lohn für gleiche Arbeit ausgeschlossen sein sollten, ist nicht erkennbar. Gerade im Niedriglohnbereich sind viele Rentenberechtigte auf einen Zusatzverdienst angewiesen. Eine Differenzierung verstieße damit krass gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung. Arbeitnehmer mit unzureichendem Rentenanspruch würden gewissermaßen „doppelt bestraft“. Zudem würde der Gesetzgeber den Anreiz für die Ausweitung eines Billiglohnssektors für Alte und Minderjährige schaffen.
- d. Deshalb ist auch die Herausnahme von unter 18-jährigen (Kindern und Jugendlichen) nach Maßgabe des § 22 Abs. 2 E-MiLoG unter dem Gesichtspunkt der Altersdiskriminierung ebenfalls verfassungs- und unionsrechtswidrig. Soweit der Gesetzgeber diese Regelung damit begründet, der Mindestlohn solle keinen Anreiz setzen, zugunsten einer mit dem Mindestlohn vergüteten Beschäftigung auf eine Berufsausbildung zu verzichten, hat diese Begründung wegen evidenten Sachwidrigkeit keinen Bestand. Dies gilt zum einen deshalb, weil die meisten Schüler/innen ihre Berufsausbildung ohnehin erst nach Vollendung des 18. Lebensjahres beginnen. Ungeeignet und unverhältnismäßig ist überdies der Grundgedanke, man müsse als Gesetzgeber einen Arbeitnehmer dadurch schützen, dass man ihn benachteiligt. Wer den Schutz der unter 18-jährigen will, muss beim Jugendarbeitsschutz ansetzen und z.B. die Arbeitszeit nach § 8 JArbSchG anpassen. Anstößig ist die Regelung, weil sie unseriöse Arbeitgeber geradezu dazu anreizen dürfte, einfache Tätigkeiten (z.B. Regaleinräumer) in Teilzeit (neben dem Schulunterricht) an Minderjährige zu vergeben. Die Norm sollte gestrichen werden, um die nicht von der Hand zu weisende Gefahr der Förderung niedrigbezahlter Arbeit von Kindern und Jugendlichen zu vermeiden. Diese Gefahr erscheint uns mindestens so groß wie die Annahme, dass ein Schüler einen Ausbildungsplatz ausschlägt, weil er ungelernt zum Mindestlohn arbeiten kann. Die verfassungs- und europarechtlichen Bedenken werden nicht dadurch geringer, dass die Altersgrenze, etwa auf 21 Jahre, heraufgesetzt wird.

- e. Die Herausnahme von Langzeitarbeitslosen aus dem Mindestlohn für die ersten sechs Monate kann zwar mit einschlägiger Rechtsprechung des BVerfG gerechtfertigt werden. Die Regelung ist durch den Gedanken der Förderung des Wiedereinstiegs in das Berufslebens sachgerecht zu rechtfertigen. Sie birgt aber die Gefahr der Umgehung („Drehtüreffekt“).
 - f. Die – klarstellende – Herausnahme aus dem Mindestlohn für Auszubildende und Praktikanten erschließt sich schon aus der Auszubildende schützenden bundesgesetzlichen Sonderregelung des BBiG. Gleichwohl ist eine klarstellende Präzisierung in § 22 Abs. 3 E-MiLoG sinnvoll. Überdies wird durch § 22 Abs. 1 und Abs. 3 E-MiLoG in geeigneter Weise vor langdauernden Scheinpraktikantenverhältnissen geschützt.
41. Auch eingedenk der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Pressefreiheit ist es nicht geboten, Zeitungszusteller von der Mindestlohnregelung auszunehmen. Zeitungszusteller sind keine Tendenzträger. Sie sind als Arbeitnehmertypus von Briefzustellern und sonstigen Zustelldiensten nicht sachgerecht zu unterscheiden. Es ist befremdlich, anzunehmen, dass die Niedrigentlohnung von Zeitungszustellern überhaupt ein Belang von verfassungsrechtlicher Tragkraft im Lichte der Pressefreiheit sein kann. Mit den Arbeitsbedingungen für Zeitungszusteller ist nur ein Randbereich der Pressefreiheit tangiert. Die gewichtigen Ziele des allgemeinen Mindestlohnes verpflichten den Gesetzgeber nicht, für eine Branche allein wegen ungewisser wirtschaftlicher Folgen eine Sonderregelung zu schaffen. Der Gesetzgeber trägt überdies durch eine Anzahl auch wirtschaftlich relevanter Sonderregelung dem hohen Gut der Pressefreiheit Rechnung. Es ist nicht ersichtlich, dass sich an der Frage der allgemeinen Mindestentlohnung für das gesamte Wirtschaftsgebiet der Bundesrepublik Deutschland und der Bezahlung der Zeitungszusteller Wohl und Wehe der Printmedien in Deutschland entscheidet. Soweit angeführt wird, der öffentlich-rechtliche Rundfunk genieße durch seine Förderung Wettbewerbsvorteile gegenüber den Printmedien, ist der allgemeine gesetzliche Mindestlohn kein geeigneter Ansatzpunkt, dieses Problem zu lösen.

Hans-Böckler-Stiftung

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

Mitbestimmungsförderung und -beratung

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen, zu Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden.

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

Institut für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK)

Das Ziel des Instituts für Makroökonomie und Konjunkturforschung (IMK) in der Hans-Böckler-Stiftung ist es, gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zu erforschen und für die wirtschaftspolitische Beratung einzusetzen. Daneben stellt das IMK auf der Basis seiner Forschungs- und Beratungsarbeiten regelmäßig Konjunkturprognosen vor.

Forschungsförderung

Die Forschungsförderung finanziert und koordiniert wissenschaftliche Vorhaben zu sechs Themenschwerpunkten: Erwerbsarbeit im Wandel, Strukturwandel – Innovationen und Beschäftigung, Mitbestimmung im Wandel, Zukunft des Sozialstaates/Sozialpolitik, Bildung für und in der Arbeitswelt sowie Geschichte der Gewerkschaften.

Studienförderung

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

Öffentlichkeitsarbeit

Mit dem 14tägig erscheinenden Infodienst „Böckler Impuls“ begleitet die Stiftung die aktuellen politischen Debatten in den Themenfeldern Arbeit, Wirtschaft und Soziales. Das Magazin „Mitbestimmung“ und die „WSI-Mitteilungen“ informieren monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft.

Mit der Homepage www.boeckler.de bietet die Stiftung einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung

Hans-Böckler-Straße 39
40476 Düsseldorf

Telefon: 02 11/77 78-0
Telefax: 02 11/77 78-225

