

GRUNDLINIEN DES ARBEITSRECHTS IN DEUTSCHLAND

*Prof. Dr. Reinhard RICHARDI**

I. Einführung

Polat Soyer, dem ich seit seiner Regensburger Zeit freundschaftlich verbunden bin, hat in der mir 2007 gewidmeten Festschrift ausführlich “Neue kündigungsschutzrechtliche Regelungen und Gerichtspraxis in der Türkei” einer kritischen Stellungnahme unterzogen. Die folgenden Zeilen sind ihm von Herzen gewidmet.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft haben in den Anfangsjahren der Bundesrepublik Deutschland die Grundlagen geschaffen, auf denen auch heute noch deren Arbeitsverfassung beruht. Unmittelbar nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland sind Gesetze ergangen, die in bisher nicht gekanntem Ausmaß die Arbeitnehmerinteressen in der Gestaltung der Arbeitsverfassung berücksichtigten. Zugleich traf der Gesetzgeber in ihnen auch die Grundsatzentscheidung für eine freiheitliche Ordnung des Arbeitslebens. Bestimmend blieb für sie aber die Verbändeherrschaft. Die Kollektivmächte im Arbeitsleben hatten sich etabliert. Zu ihrer rechtlichen Bewältigung und der Grenzziehung zum Individualbereich eines Arbeitnehmers ließen Rechtsprechung und Rechtslehre sich von einer Aufteilung nach der Funktion im Arbeitsleben leiten.

Diese Sicht bestimmt auch heute noch die Beurteilung. Die Formel von der strukturellen Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen rechtfertigt nach ihr den Vorrang kollektiven Handelns selbst dort, wo man zur Deregulierung und Flexibilisierung eine Ersetzung

* Universität Regensburg

der Tarifvertragsparteien durch die Betriebsparteien fordert; denn auch in diesem Fall tritt an die Stelle des einzelnen Arbeitnehmers im Betriebsrat ein Kollektivorgan, mit dem die Regelung zustande kommen soll. Der Umbruch vom Status zum Vertrag, der die Wirtschaftsverfassung beherrscht, markiert zwar auch den Beginn der modernen Arbeitsverfassung. Die vorherrschend gebliebene Aufteilung von Regelungsbefugnissen nach der Funktion im Arbeitsleben hat aber die Arbeitsverfassung auf ein Gegenprogramm festgelegt, in dem die Privatautonomie nicht als das prägende Element der Arbeitsverfassung in Erscheinung tritt. Dieser Grundwiderspruch zu dem sonst maßgeblichen Leitprinzip der Wirtschaftsverfassung, deren Teil auch die Arbeitsverfassung ist, blieb und bleibt auch heute noch unaufgelöst.

II. Gesetzgebung zum Arbeitsrecht in Deutschland

1. Labyrinth ohne Ariadnefaden

Die Gesetzgebung zum Arbeitsrecht ist in Deutschland durch punktuelle Eingriffe gekennzeichnet, um Schranken zu beseitigen, die nach der jeweiligen politischen Sicht einer Deregulierung und Flexibilisierung der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen entgegenstehen. Der Einsatz des Instrumentariums bewirkt aber das Gegenteil. Zum einen ist es vom Ansatz her in sich widersprüchlich, eine Deregulierung durch Regulierung erreichen zu wollen; zum anderen werden durch die Vielzahl der Gesetze Grenzziehungen notwendig, die erheblich dazu beitragen, die bestehende Gesetzeszersplitterung zu vermehren.

Weite Bereiche in den Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen, wie das Recht der Arbeitnehmerhaftung und vor allem das Arbeitskampfrecht, sind gesetzlich unregelt. Der Arbeitskreis "Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht", dem es darum ging, die Zersplitterung im Arbeitsvertragsrecht zu beheben, hat bereits in seinem Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag in Hannover 1992 schon damals die erst recht heute geltende Feststellung getroffen, das deutsche Arbeitsvertragsrecht lasse sich mit den Worten *Pufendorfs* als "aliquid monstro simile"¹, als ein kunstvoll geordnetes Chaos

¹ Samuel Pufendorf (1632 - 1694) prägte den Begriff in seinem Buch "De statu Imperii Germanici" (Genevae 1667) für das Heilige Römische Reich Deutscher Nation, wie es sich seit dem Friedensschluss von 1648 darstellte.

oder einen Irrgarten des Rechts charakterisieren, in dem sich nicht einmal der Durchschnittsjurist auskenne².

2. Bemühungen um eine Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts

Bei der Wiedervereinigung Deutschlands wies der Staatsvertrag über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) vom 31. August 1990³ dem gesamtdeutschen Gesetzgeber die Aufgabe zu, „das Arbeitsvertragsrecht sowie das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht einschließlich der Zulässigkeit von Sonn- und Feiertagsarbeit und den besonderen Frauenarbeiterschutz möglichst bald einheitlich neu zu kodifizieren“⁴. Damit bot sich die Chance, einen Mangel zu beheben, der die Funktion des Arbeitsrechts für die Gestaltung der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen erheblich beeinträchtigt.

Schon der Reichstag hatte nach der Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seiner Sitzung vom 11. Dezember 1896 die Erwartung ausgesprochen, „daß die Verträge, durch welche sich jemand verpflichtet, einen Theil seiner geistigen oder körperlichen Arbeitskraft für die häusliche Gemeinschaft, ein wirthschaftliches oder gewerbliches Unternehmen eines anderen gegen einen vereinbarten Lohn zu verwenden, für das Deutsche Reich baldthunlichst einheitlich geregelt werden“⁵. Bereits vor dem Ersten Weltkrieg war daher gefordert worden, das Dienstvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch ein Arbeitsvertragsgesetz zu ergänzen,

² Arbeitskreis „Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht“: Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrages zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben? In: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages Hannover 1992. Bd. I (Gutachten) Teil D. München 1992, S. 15.

³ BGBl. II S. 889. Vgl. BT-Drs. 11/7760.

⁴ Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 Einigungsvertrag.

⁵ Vgl. den Antrag der XII. Kommission, abgedruckt in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Dritter Anlageband, S. 2119, verabschiedet in der Sitzung des Reichstages am 11. Dezember 1896, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/96, Erster Band S. 3846, siehe auch dort S. 3823.

wie es für den Handelsverkehr das Handelsgesetzbuch darstellte⁶. Die Weimarer Reichsverfassung hatte versprochen: „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht“⁷. Erfolg hatten die Kodifikationsbemühungen aber nicht - damals nicht und auch nicht in der Bundesrepublik Deutschland⁸. Der Gesetzgebungsauftrag im Einigungsvertrag, das Arbeitsvertragsrecht möglichst bald einheitlich zu kodifizieren⁹, eröffnete die Chance, die hier bestehende Lücke des Bürgerlichen Gesetzbuches zu schließen, bevor das Jahrhundert sich neigte.

Trotz des Gesetzgebungsauftrags im Einigungsvertrag sah die nach der Bundestagswahl vom 2. Dezember 1990 gebildete Bundesregierung davon ab, eine Gesetzgebungsinitiative zu ergreifen. CDU/CSU und FDP hatten bei der Koalitionsvereinbarung das Versprechen des Einigungsvertrages unter den Tisch fallen lassen. Die Gründe, warum der Gesetzgebungsauftrag in der Koalitionsvereinbarung keine Erwähnung fand, sind nie öffentlich bekannt geworden. Nach Einschätzung von Fachbeamten des damaligen Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung hat zu diesem Befund erheblich beigetragen, dass von beiden Sozialpartnern damals kein Druck auf die Politik ausging, den Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes alsbald vorzulegen¹⁰. Die Arbeitgeberseite war offensichtlich misstrauisch, auch ein aus ihrer Sicht „vernünftiger Entwurf“ könnte im Laufe des parlamentarischen Verfahrens noch mit nicht gewollten Regelungen angereichert werden. Die Arbeitnehmerseite hatte wohl Sorge, ein Gesetzentwurf der damaligen Bundesregierung könnte für sie zum Teil ungünstig ausfallen.

⁶ Vgl. *Pothoff*, Gutachten über die Frage: Empfiehlt es sich, soziale Schutzvorschriften in der Art der für Handlungsgehilfen bestehenden für Privatangestellte überhaupt zu treffen? In: Verhandlungen des 30. DJT Danzig 1910, Bd. I S. 266-301.

⁷ Art. 157 Abs. 2.

⁸ Vgl. *Richardi*, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung – Von der Zwangsordnung im Arbeitsleben zur Arbeitsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, 2002, S. 179-184.

⁹ Art. 30 Abs. 1 Einigungsvertrag.

¹⁰ So *Wlotzke*, bis zu seiner Pensionierung am 31. 1. 1991 Ministerialdirektor im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung und dort mit der Leitung der Abteilung „Arbeitsrecht, Arbeitsschutz“ betraut, in einem Schreiben an den Autor vom 26.11.2002.

Der 59. Deutsche Juristentag erhob die rechtspolitische Forderung nach einem Arbeitsvertragsgesetz zum Diskussionsthema; in seiner Abteilung Arbeitsrecht befasste er sich am 16./17. September 1992 in Hannover mit der Frage: "Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrages zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben?" Beratungsgrundlage war der Diskussionsentwurf des "Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht"¹¹. Mit überwältigender Mehrheit forderte er in seiner Arbeitsrechtlichen Abteilung eine gesetzliche Regelung des Arbeitsvertragsrechts nach Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 Einigungsvertrag; sie sei "im Hinblick auf die Herstellung der deutschen Rechtseinheit besonders dringlich"¹². Der Bundesregierung wurde, wenn auch nur mit knapper Mehrheit, empfohlen, zur Ausführung des Gesetzgebungsauftrags noch im Jahre 1993 einen Gesetzentwurf vorzulegen. Dazu ist es aber nicht gekommen.

Die Bertelsmann-Stiftung versuchte daher, wie *Peter Hanau* es 2007 formulierte, "das Kodifikationsprojekt aus der Intensivstation herauszuholen, öffentlich zur Diskussion zu stellen und am Ende ins Bundesgesetzblatt zu befördern"¹³. Sie hat *Martin Henssler* und *Ulrich Preis* mit der Ausarbeitung eines Entwurfs beauftragt, der in der Fassung vom Oktober 2007 vorliegt. Wegen der Gefahr eines abermaligen Scheiterns empfiehlt *Manfred Löwisch* die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁴. Doch auch der Diskussionsentwurf von *Henssler/Preis* wahrt die Verbindung mit dem BGB. Er stellt an die Spitze in § 1 Abs. 1: "Das Arbeitsverhältnis wird durch Vertrag begründet. Soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, gelten die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches." Für ihren Entwurf erhielten die Verfasser den "Preis für gute Gesetzgebung", den die Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung e. V. (DGG) am 24. April 2007 erstmals während eines Festakts im Deutschen

¹¹ Siehe hier Fn. 191 Abgedruckt in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Bd. I Teil D, 1992.

¹² Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages Hannover 1992 - Abteilung Arbeitsrecht. Abgedruckt in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Bd. II Teil P, S. 201.

¹³ *Hanau*, in: Festschrift für Richardi, 2007, S. 247 (248).

¹⁴ *ZfA* 2007, 1 ff.

Bundestag verlieh¹⁵. Eingbracht in das Gesetzgebungsverfahren wurde der Entwurf gleichwohl nicht.

III. Punktuelle Eingriffe des Gesetzgebers in die Arbeitsrechtsordnung unter Verlagerung der Rechtsentwicklung auf die Rechtsprechung

1. Beibehaltung einer Gesetzgebung ohne übergreifende Rechtskonzeption

Da die Politik davon abgesehen hatte, das Projekt einer Arbeitsrechtskodifikation weiterzuverfolgen und nicht einmal mehr Teilkodifikationen in Angriff genommen wurden, ließ die Gesetzgebung jede übergreifende Rechtskonzeption vermissen. Da in ihr auch die rechtswissenschaftliche Arbeit keinen Widerhall erfuhr, trat in diese Lücke wie bisher die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

Eine Spezialisierung, die nicht von der Sache her gefordert wird, nahm in der Gesetzgebung zu, wobei die Erkenntnis wuchs, dass durch das Arbeitsrecht gesicherte Sozialstandards keinen Beitrag dazu leisten können, die Beschäftigungslosigkeit abzubauen. Kennzeichnend für den Rückzug der Gesetzgebung aus der Verantwortung für die innere Einheit der Rechtsordnung ist die Erscheinungsform der so genannten Artikel-Gesetze, die unter der eine politische Wunschvorstellung ausdrückenden Bezeichnung neue Gesetze und Gesetzesänderungen enthalten. Ein Beispiel dafür bot schon das amtlich so bezeichnete "Beschäftigungsförderungsgesetz 1985", das in seinem ersten Artikel das Gesetz über Arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung enthielt und in den folgenden Artikeln bestehende Gesetze mit höchst unterschiedlicher Tragweite änderte. Dabei war das in dem ersten Artikel genannte Gesetz nicht einmal aus einem Guss; denn es war für den Abschluss befristeter Arbeitsverträge als Zeitgesetz ergangen, während es als Dauerregelung Schutzvorschriften für die Vereinbarung von Teilzeitarbeit enthielt. Das Entgeltfortzahlungsgesetz, das die für Arbeiter und Angestellte verschiedene Regelung im Krankheitsfall beseitigte, erging als Art. 53 des Pflegeversicherungsgesetzes vom 26. Mai

¹⁵ Mitgeteilt in RdA 2007, 253 f.

1994¹⁶, wobei man ausschließlich wegen des Streits über die Finanzierung der Pflegeversicherung rechtssystematisch völlig widersinnig die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall in dem Gesetz zusammenfasste. Die Beispiele lassen sich vermehren.

2. Privatisierung und Unternehmensumstrukturierung als Faktoren für die Gestaltung der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen

Den Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen durch den Prozess der Globalisierung begegnete der Gesetzgeber zum einen durch die Privatisierung bisher öffentlich-rechtlich geführter Unternehmen und zum anderen durch eine Erleichterung der Umstrukturierung von Unternehmen. Vor allem die Ersetzung der Zentralverwaltungswirtschaft der DDR durch eine marktwirtschaftliche Ordnung in den neuen Bundesländern erforderte eine Umwandlung in einem historisch einmaligen Ausmaß. Die Gesetze, die zur Privatisierung und zur Unternehmensumstrukturierung ergingen, führten zur Ausweitung im Anwendungsbereich des Arbeitsrechts. Sie hatten auf die Arbeitsverhältnisse in den umstrukturierten Unternehmen erhebliche Auswirkungen.

Das Umwandlungsgesetz vom 28. Oktober 1994¹⁷ erleichterte die Umstrukturierung von Unternehmen. Mit dem Gesetz wurden die Dritte und die Sechste Gesellschaftsrechtliche Richtlinie der EG vom 9. Oktober 1978¹⁸ und 17. Dezember 1982¹⁹ in nationales Recht umgesetzt. Das Gesetz bezieht sich auf den Rechtsträger eines Unternehmens; es regelt primär das Recht der Umwandlung von Gesellschaften, in denen die privatrechtlich organisierten Unternehmen geführt werden. Arten der Umwandlung sind die Verschmelzung mit einem anderen Rechtsträger, die Spaltung des Rechtsträgers, die Vermögensübertragung und der Rechtsformwechsel. Neu war insbesondere die Einführung der Spaltung, die ihr Vorbild bei der

¹⁶ BGBl. I, S. 1014.

¹⁷ Art. 1 des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG) vom 28. 10. 1994, BGBl. I, S. 3210, ber. am 22. 3. 1995, BGBl. I, S. 428.

¹⁸ ABIEWG Nr. L 295/36.

¹⁹ ABIEWG Nr. L 378/47.

Ersetzung der Zentralverwaltungswirtschaft der DDR durch eine marktwirtschaftliche Ordnung im Gesetz zur Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen vom 5. April 1991²⁰ hat. Darauf ist zurückzuführen, dass erst während des Gesetzgebungsverfahrens die arbeitsrechtlichen Folgewirkungen entdeckt wurden, die vor allem bei einer Spaltung eintreten. Die arbeitsrechtlich relevanten Bestimmungen wurden in das Achte Buch des Umwandlungsgesetzes aufgenommen, das den Übergangs- und Schlussvorschriften gewidmet ist²¹.

Das vor allem bei einer Spaltung des Rechtsträgers praktisch erhebliche Problem des Arbeitgeberwechsels löste der Gesetzgeber, indem er in das Umwandlungsgesetz die Bestimmung aufnahm: “§ 613a Abs. 1 und 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt durch die Wirkungen der Eintragung einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung unberührt.”²² Diese gesetzestechisch missglückte Bestimmung verhindert, dass die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger frei darüber entscheiden, auf welchen Rechtsträger ein Arbeitsverhältnis übergeht. Im Spaltungs- und Übernahmevertrag kann zwar festgelegt werden, welcher Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Rechtsträger übergeht; damit steht aber zugleich fest, dass der Rechtsträger als Arbeitgeber in die Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer eintritt, die dem Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet werden.

Die Umwandlung betrifft den Rechtsträger einer Arbeitsorganisation, also nicht unmittelbar die Arbeitsorganisation selbst, die im Betriebsbegriff für die Betriebsverfassung den maßgeblichen Anknüpfungspunkt bildet. Dennoch ergeben sich Auswirkungen auf die Mitbestimmung; denn die Betriebsverfassung ist nicht arbeitgeberunabhängig gestaltet, und die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat eines Unternehmens hängt von der Rechtsform ab, in der ein Unternehmen geführt wird. Erlangt eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts durch Formwechsel die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft, so gilt für die Betriebsverfassung nicht mehr das Personalvertretungsrecht, sondern es findet das

²⁰ BGBl. I, S. 854.

²¹ §§ 321-325 UmwG.

²² § 324 UmwG.

Betriebsverfassungsrecht Anwendung. Außerdem fällt das Unternehmen in den Geltungsbereich der Gesetze, die eine Mitbestimmung in den Unternehmensorganen vorsehen. Damit keine Lücke in der Wahrnehmung der Beteiligungsrechte eintritt, hat das Gesetz berücksichtigt, dass die Spaltung des Rechtsträgers auch die Spaltung eines Betriebs zur Folge haben kann. Für diesen Fall bleibt dessen Betriebsrat zunächst im Amt; er hat ein Übergangsmandat, das erstmals durch das Umwandlungsgesetz vorgesehen wurde²³, aber seit dem Betriebsverfassungs-Reformgesetz vom 23. Juli 2001 in § 21a Betriebsverfassungsgesetz verankert ist²⁴.

3. Richterrecht als Rechtsbildungsfaktor

Wegen des Versagens der Gesetzgebung blieb die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der die Arbeitsverfassung bestimmende Rechtsbildungsfaktor. Sozialpolitisch bedeutsame Festlegungen beruhen auf richterlicher Rechtserkenntnis, obwohl der Richter nicht als Gesetzgeber tätig werden darf, auch wenn dessen Untätigkeit ihn zwingt, die für seine Entscheidung maßgeblichen Maßstäbe zu entwickeln. Das Bundesverfassungsgericht hat sogar für den Arbeitskampf im Beschluss seines Ersten Senats vom 26. Juni 1991 verlangt, die Gerichte müssten "bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind"²⁵.

IV. Festsetzung staatlicher Mindestlöhne

1. Bedeutung des Tarifvertragssystems für die Ordnung des Arbeitslebens

Die Verfassungsgarantie der Koalitionsfreiheit gewährleistet eine autonome Ordnung des Arbeitslebens durch das Tarifvertragssystem.

²³ § 321 Abs. 1 UmwG.

²⁴ § 21a BetrVG.

²⁵ BVerfGE 84, 212 (226 f.).

Dadurch erhalten die Koalitionen ein Vorrecht zur Rechtsetzung, eine, "Normsetzungsprärogative"²⁶. Sie erfüllen damit eine Aufgabe, die für die Existenz einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung wesentlich ist; denn der Funktionsverlust des Tarifvertragssystems hätte zur Folge, dass die Tarifautonomie durch eine autoritäre oder korporative Gestaltung der Arbeitsverhältnisse zu ersetzen wäre, um einen sozialen Interessenausgleich zu gewährleisten. Dennoch nehmen die Koalitionen kein staatsbezogenes, sondern ein durch den Willen ihrer Mitglieder legitimiertes Mandat wahr. Der Tarifvertrag wird in seiner den Wettbewerb beschränkenden Wirkung anerkannt und ist insoweit sogar durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gewährleistet. Er sichert dem Arbeitnehmer zu, dass er Mindestbedingungen festlegt. Für den Arbeitgeber bietet er den Vorteil, dass hinsichtlich der Löhne und Arbeitsbedingungen die Kalkulationsgrundlage konstant bleibt. Der Grundsatz der Vertragstreue gibt dem Tarifvertrag zugleich den Charakter eines Friedensvertrages. Soweit eine Angelegenheit geregelt ist, kann um sie kein Arbeitskampf geführt werden. Außerdem schafft der Tarifvertrag, sofern er mit einem Arbeitgeberverband abgeschlossen wird, im Verhältnis zu anderen Unternehmen eine gleichmäßige Wettbewerbsausgangslage.

Der staatliche Gesetzgeber bleibt jedoch subsidiär für die Ordnung des Arbeitslebens weiterhin zuständig, wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht. Entsprechend besteht daher das Recht des Staates, Mindestarbeitsbedingungen festzusetzen, wenn die Tarifautonomie ihre Funktion nicht erfüllen kann, weil Arbeitgeber oder Arbeitnehmer nicht oder nur in völlig unzureichendem Umfang organisiert sind. Die Politik in Deutschland nimmt neuerdings an, dass diese Voraussetzung gegeben ist, und wird darin von den Gewerkschaften unterstützt.

²⁶ So BVerfGE 44, 322 (341).

2. System der staatlichen Mindestlohngesetzgebung

Rechtsgrundlage für ein Eingreifen des Staats ist zum einen das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (Mindestarbeitsbedingungsgesetz - MiArbG), das in seiner ursprünglichen Fassung vom 11. Januar 1952 (BGBl. I S. 17) nie angewandt worden ist. Zur Durchsetzung von Mindestlöhnen erging das Erste Gesetz zur Änderung dieses Gesetzes vom 22. April 2009 (BGBl. I S. 818). Das Gesetz dient als Grundlage für Mindestarbeitsentgelte in Wirtschaftszweigen, in denen es entweder keine Tarifverträge gibt oder nur noch eine Minderheit von Arbeitnehmern tarifgebunden beschäftigt wird. Klarstellend legt es nach wie vor fest, dass die Regelung von Entgelten und sonstigen Arbeitsbedingungen grundsätzlich in freier Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien durch Tarifvertrag erfolgt (§ 1 Abs. 1). Mindestarbeitsentgelte nach dem MiArbG können nur festgesetzt werden, wenn für einen Wirtschaftszweig keine Tarifverträge bestehen oder die an Tarifverträge für diesen Wirtschaftszweig gebundenen Arbeitgeber weniger als 50 Prozent der unter den Geltungsbereich dieser Tarifverträge fallenden Arbeitnehmer beschäftigen (§ 1 Abs. 2). In Wirtschaftszweigen mit einer Tarifbindung von mindestens 50 Prozent können die Tarifvertragsparteien zur Sicherung von Mindestlöhnen die Aufnahme in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz beantragen.

Einen weiteren Rechtsrahmen zur Bekämpfung eines Sozialdumping schuf der Gesetzgeber mit dem Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AEntG) vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799). Es hat das Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 26. Februar 1996 (BGBl. I S. 227) abgelöst, das ursprünglich für den Einsatz ausländischer Arbeitnehmer durch ausländische Bauunternehmen auf Baustellen in Deutschland ergangen war. Es bietet den Rechtsrahmen, um tarifvertragliche Mindestlöhne für alle Arbeitnehmer einer Branche verbindlich zu machen, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seinen Sitz im Inland oder Ausland hat. Tarifvertragsparteien aus Branchen mit einer Tarifbindung von mindestens 50 Prozent wird die Möglichkeit eröffnet, die Erstreckung der von ihnen geschlossenen Tarifverträge auf alle Arbeitnehmer durch Allgemeinverbindlicherklärung oder Rechtsverordnung

zu erreichen. Das Gesetz sichert für die von ihm erfassten Branchen (§ 4), dass das Arbeitsentgelt nicht die zu seiner Umsetzung vereinbarten Mindestlohntarifverträge unterschreitet. Da Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Allgemeinen nicht auf Grund der Zugehörigkeit zu den tarifschließenden Verbänden beiderseits tarifgebunden sind, hängt die Tarifgeltung von einer Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags (§ 5 TVG) ab. Das Gesetz räumt außerdem - wie bereits sein Vorläufer (§ 1 Abs. 3a) seit dem Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998 (BGBl. I S. 3843) - dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung ein (§ 7 AEntG). Da die Mindestlohnregelung auch ausländische Arbeitgeber erfassen soll, wenn sie ihre Arbeitnehmer in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigen, hat das Gesetz unter Abänderung des Internationalen Arbeitsrechts das Arbeitsortsprinzip für die Geltung der Mindestlohnregelung festgelegt (§ 2).

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz hat bereits bei seinem Vorläufer, dem Gesetz vom 26. Februar 1996, das Baugewerbe erfasst sowie seit Gesetz vom 25. April 2007 das Gebäudereinigerhandwerk und seit 1. Januar 2008 die Briefdienstleistungen (§ 4 Nr. 1, 2 und 3). Aufgenommen wurden die Branchen Sicherheitsdienstleistungen, Bergbauspezialarbeiten, Wäschereidienstleistungen, Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst sowie Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen (§ 4 Nr. 4 bis 8). Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz enthält für den Pflegebereich eine Sonderregelung in §§ 10 bis 13, die erst auf Empfehlung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales in das Gesetz aufgenommen wurden, weil in diesem Bereich häufig kirchliche Rechtsträger tätig sind, für die keine Tarifverträge geschlossen werden, sondern das Arbeitsrechtsregelungsverfahren des "Dritten Weges" Anwendung findet. Die Gesetzesregelung ist insoweit partiell dem Mindestarbeitsbedingungsgesetz nachgebildet.

Nicht aufgenommen wurde die Leiharbeit als Branche. Für Leiharbeitnehmer kann aber das Bundesministerium für Arbeit und Soziales nach § 3a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz durch Rechtsverordnung eine verbindliche Lohnuntergrenze festlegen. Soweit ein Tarifvertrag sie unterschreitet, hat ein Leiharbeitnehmer Anspruch auf das im Entleiherbetrieb gewährte Arbeitsentgelt (§ 10 Abs. 4 Satz 3 AÜG). Der

Verleiher ist verpflichtet, mindestens das in der Lohnuntergrenze festgesetzte Mindestentgelt zu zahlen (§ 10 Abs. 5 AÜG).

3. Keine Konkretisierung des Entgeltanspruchs beim Mindestlohn ohne Festlegung der Entgeltgestaltung

Eine staatliche Festlegung der Mindestlohnhöhe beschränkt die Tarifautonomie. Sie setzt daher verfassungsrechtlich deren Funktionsverlust in den erfassten Wirtschaftsbereichen voraus. Vor allem erweist sich für eine staatliche Festlegung der Mindestlohnhöhe als Mangel, dass ein Arbeitsvertragsgesetz fehlt; denn allein die Festlegung der Lohnhöhe lässt noch offen, welchen Lohnanspruch ein Arbeitnehmer hat. Die Ermittlung der konkreten Lohn- oder Gehaltshöhe für den einzelnen Arbeitnehmer hängt nämlich gleichermaßen von zwei Faktoren ab: vom System der Lohn- und Gehaltsfindung und der Festlegung der Lohn- und Gehaltshöhe, die dem bei der Lohn- und Gehaltsfindung ermittelten Maßstab zugeordnet wird. Beide Faktoren erfüllen eine selbständige Funktion, deren Besonderheit vielfach nur deshalb verkannt wird, weil mathematisch Faktoren miteinander vertauscht werden können, ohne dass eine Änderung des Produkts eintritt. Steht fest, nach welchem System Lohn und Gehalt zu ermitteln sind und welcher Verfahren man sich dabei zu bedienen hat, so kann die Zuordnung der Lohnhöhe lediglich zu dem Ergebnis führen, dass das Gesamtniveau der Löhne und Gehälter hoch oder niedrig ist; durch sie wird aber nicht der Lohn- und Gehaltsschlüssel geändert, der durch das System der Lohn- und Gehaltsbemessung festgelegt ist. Deshalb hat nach § 87 Abs. Nr. 10 BetrVG der Betriebsrat über Fragen der betrieblichen Lohngestaltung mitzubestimmen. Die Mitbestimmung in diesem Bereich soll, wie das Bundesarbeitsgericht zutreffend feststellt, "den Arbeitnehmer vor einer einseitig an den Interessen des Unternehmens orientierten oder willkürlichen Lohngestaltung schützen"²⁷. Sie besteht auch bei einer staatlichen Festlegung der Mindestlohnhöhe; denn der Gesetzesvorbehalt, der nach dem Eingangshalbsatz des § 87 Abs. 1 BetrVG das Mitbestimmungsrecht verdrängt, erfasst bei ihr nicht die Entgeltgestaltung.

²⁷ BAG (Großer Senat) vom 3.12.1991 AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51 (unter C III 1 a).

